

VINICIUS GOMES DOS SANTOS

**Transparência administrativa e a privacidade da informação de
conteúdo econômico do agente público:
perspectivas brasileira e europeia**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Edmir Netto de Araújo

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2023**

VINICIUS GOMES DOS SANTOS

**Transparência administrativa e a privacidade da informação de
conteúdo econômico do agente público:
perspectivas brasileira e europeia**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Prof. Dr. Edmir Netto de Araújo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo - SP

2023

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

Santos, Vinicius Gomes dos

Transparência administrativa e a privacidade da
informação de conteúdo econômico do agente público:
perspectivas brasileira e europeia ; Vinicius Gomes
dos Santos ; orientador Edmir Netto de Araújo --
São Paulo, 2023.

276 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito administrativo. 2. Transparência
administrativa. 3. Direito à privacidade. 4. Proteção
de dados pessoais. 5. Agente público. I. Araújo ,
Edmir Netto de, orient. II. Título.

SANTOS, Vinicius Gomes dos. *Transparência administrativa e a privacidade da informação de conteúdo econômico do agente público: perspectivas brasileira e europeia*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

A Beatriz

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é resultado da persistência contra diversos “nãos”. Ouvi de quem tinha altíssima admiração que jamais obteria o título de mestre. O tema não despertou entusiasmo a quem apresentava o projeto, até a edição de legislação sobre a matéria. Quando finalmente ingresso no programa de pós-graduação, a pandemia de COVID-19 negou o convívio acadêmico necessário à troca de ideias e o acesso físico às bibliotecas. A escrita é tarefa assaz solitária e não há muito o que se possa fazer para amenizar a situação. Muitas vezes, basta estar ao lado para um abraço de conforto, ou mesmo para ouvir um pouco sobre o que está sendo escrito.

Agradeço, inicialmente, a quem acreditou no desafio da pesquisa proposta e na minha capacidade de empreendê-la: Professor Edmir Netto de Araújo.

A minha mãe, pelos litros de café fresco, as fatias de bolo e demais guloseimas quando, para aplacar a solidão, ia escrever em sua casa. A minha filha Beatriz pela paciência e compreensão nos momentos em que não pude estar ao seu lado para brincar. A quem amo imensa e devotamente, sentimento inquebrantável que não se explica neste mundo, com o pedido de perdão por não ter correspondido à altura. A Fábio Lahass pela amizade e apoio espiritual nas horas mais difíceis, mesmo do outro lado do Atlântico. Aos colegas do curso e dos cafés pós-aula, Helenita Ramos e Rafael Elias Ferreira, amigos de primeira hora para me alertarem quando o descanso era necessário. Estarei por vocês também em suas aflições acadêmicas vindouras. A Bruno Raszeja, mestrando no mesmo período, pelas conversas e conhecimentos compartilhados, aprendendo um com o outro sobre o Direito e a Psicologia. Aos amigos da “Fileira”, colegas de graduação que permaneceram na vida e no coração, por compreenderem meu “ostracismo” e a dimensão do que este projeto representa na minha vida. A Tatiana Robles Seferjan pelo “pronto-socorro” acadêmico e afetivo, e a meu amigo-irmão Erik Ribeiro de Carvalho, pelos sopapos de realidade.

Aos que tornaram possível a pesquisa remota no período de reclusão, entidades públicas estrangeiras que disponibilizaram acervo bibliográfico digitalizado e queridos amigos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em especial Jade, Rosângela, Livia, Beatriz, Aurélio e Ivan.

Dizem que o pós-graduando nunca está plenamente contente com o resultado do trabalho. Verdade ou não, contra as adversidades do período, eis o resultado do esforço despendido. O possível dentro do impossível - ou o impossível dentro do possível -, tangível graças à força intangível do divino, a quem a gratidão também não poderia faltar.

The Unknown Citizen (To JS/07/M/378 This Marble Monument Is Erected by the State)

*He was found by the Bureau of Statistics to be
One against whom there was no official complaint,
And all the reports on his conduct agree
That, in the modern sense of an old-fashioned word, he was a saint,
For in everything he did he served the Greater Community.
Except for the War until the day he retired
He worked in a factory and never got fired,
But satisfied his employers, Fudge Motors, Inc.
Yet he wasn't a scab or odd in his views,
For his Union reports that he paid his dues,
(Our report on his Union shows it was sound)
And our Social Psychology workers found
That he was popular with his mates and liked a drink.
The Press are convinced that he bought a paper every day
And that his reactions to advertisements were normal in every way.
Policies taken out in his name prove that he was fully insured,
And his Health-card shows he was once in hospital but left it cured.
Both Producers Research and High-Grade Living declare
He was fully sensible to the advantages of the Instalment Plan
And had everything necessary to the Modern Man,
A phonograph, a radio, a car and a frigidaire.
Our researchers into Public Opinion are content
That he held the proper opinions for the time of year;
When there was peace, he was for peace; when there was war, he went.
He was married and added five children to the population,
Which our Eugenicist says was the right number for a parent of his generation,
And our teachers report that he never interfered with their education.
Was he free? Was he happy? The question is absurd:
Had anything been wrong, we should certainly have heard.*

Wystan Hugh Auden

(Collected Shorter Poems 1927-1957. New York: Random House, 1966. p. 146-147.)

RESUMO

SANTOS, Vinicius Gomes dos. *Transparência administrativa e a privacidade da informação de conteúdo econômico do agente público: perspectivas brasileira e europeia*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O objetivo do presente estudo é propor uma reflexão sobre os limites da divulgação de informações individuais de conteúdo econômico dos agentes públicos por parte da Administração Pública –manifestação do princípio da transparência administrativa – quando em jogo o direito constitucional à privacidade e a legislação atinente à proteção de dados pessoais. Em busca de alternativas ao aparente conflito existente, foram analisadas as perspectivas do direito brasileiro e do direito comunitário europeu. Inicialmente, examinou-se a definição de privacidade, desde suas primeiras origens históricas até sua dimensão informacional e contextual, enfatizando a proteção à informação pessoal de conteúdo econômico. A seguir, foi relatado o processo de positivação desse direito fundamental, destacando-se, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados, e na Europa, o Regulamento Geral de Proteção de Dados. Por outro lado, foi definido o conteúdo do princípio da transparência administrativa a partir do surgimento e consolidação do Estado Democrático de Direito e do princípio da publicidade, enfatizando o direito de acesso à informação em poder do Estado e suas limitações. A análise prosseguiu com a positivação do direito de acesso à informação pública em ambos os ordenamentos jurídicos, notadamente às informações relativas aos vencimentos dos agentes públicos. Considerando tratar-se de matéria relativamente recente, principalmente no direito brasileiro, as conclusões expuseram os principais desafios a serem superados em relação ao tratamento da questão, bem como alternativas para a harmonização e concreção dos direitos individuais e dos princípios da Administração Pública, todos consagrados constitucionalmente.

Palavras-chave: Direito administrativo. Transparência administrativa. Direito à privacidade. Proteção de dados pessoais. Agente público.

ABSTRACT

SANTOS, Vinicius Gomes dos. *Administrative transparency and the privacy of public agent economic content information: Brazilian and European perspectives*. 2023. Dissertation (Master's Degree) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2023.

The aim of the present study is to propose a reflection on the limits of disclosure public agents economic content information by the Public Administration - manifestation of the principle of administrative transparency - when the constitutional right to privacy and the legislation regarding the protection of personal data are at stake. Searching alternatives to the apparent existing conflict, the perspectives of Brazilian law and European community law were analyzed. Initially, the definition of privacy was examined, from its first historical origins to its informational and contextual dimension, emphasizing the protection of economic content personal information. Next, the process of making this fundamental right positive was reported, highlighting, in Brazil, the General Data Protection Law, and in Europe, the General Data Protection Regulation. On the other hand, the content of the principle of administrative transparency was defined from the emergence and consolidation of the Democratic Rule of Law and the principle of publicity, emphasizing the right to access the information held by the State and its limitations. The analysis continued with the affirmation of the right of access to public information in both legal systems, notably information on the salaries of public agents. Considering that it is a relatively recent matter, mainly in Brazilian law, the conclusions exposed the main challenges to be overcome in relation to the treatment of the issue, as well as alternatives for the harmonization and implementation of those individual rights and the principles of Public Administration, all constitutionally enshrined.

Keywords: Administrative law. Administrative transparency. Right to privacy. Personal data protection. Public agent.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AEPD - Autoridade Europeia para Proteção de Dados
ANPD - Autoridade Nacional de Proteção de Dados
CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos
CDC - Código de Defesa do Consumidor
CDI - Carta Democrática Interamericana
CdE - Conselho da Europa
CDFUE - Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEE - Comunidade Econômica Europeia
CEEA ou “Euratom” - Comunidade Europeia de Energia Atômica
CF/88 - Constituição Federal do Brasil de 1988
CGI.br - Comitê Gestor da Internet no Brasil
CGU - Controladoria-Geral da União
COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras
DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos
FIPPs - Fair Information Privacy Principles
FOIA - Freedom of Information Act
GSI - Gabinete de Segurança Institucional
LAI - Lei de Acesso à Informação
LCP - Lei do Cadastro Positivo
LGPD - Lei geral de proteção de dados
LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal
MCI - Marco Civil da Internet
NDC - National Data Center
NSA - National Security Agency
OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos
OEA - Organização dos estados americanos.
ONU - Organização das Nações Unidas.
RE - Recurso Extraordinário

RESP - Recurso Especial

RGPD - Regulamento Geral de Proteção de Dados

SPC - Serviço de Proteção ao Crédito

STF - Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE - Tratado da União Europeia

UE - União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DIREITO À PRIVACIDADE E SEU CONTEÚDO	15
2.1 Origens: vida privada e o direito de ser deixado em paz	16
2.2 A (r)evolução da informação e o chamado “núcleo-duro” da privacidade	30
2.3 Novas fronteiras do conteúdo do direito à privacidade: economia e contexto	46
2.4 Dado pessoal e informação à luz da privacidade contextual e sua proteção como direito fundamental	61
2.5 Informação pessoal e sua classificação	67
2.6 Informação pessoal de caráter econômico e privacidade	71
3 POSITIVAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE	75
3.1 O <i>iter</i> da positivação: proteção da privacidade do campo “físico ao corpo eletrônico”	77
3.2 As gerações de leis de proteção de dados pessoais	80
3.3 Princípios comuns às legislações de proteção de dados pessoais	86
3.4 Tutela da privacidade no ordenamento jurídico internacional	89
3.5 Tutela da privacidade no direito brasileiro	97
3.5.1 Garantias constitucionais	97
3.5.2 Proteção infraconstitucional	103
3.5.3 Fronteiras da legislação: a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD)....	111
3.6 Tutela da privacidade no direito comunitário europeu	119
3.6.1 O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)	129
4 TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E SEU CONTEÚDO	139
4.1 Origens: Estado, democracia e publicidade	140
4.2 O “território” da publicidade: ampliações da definição	149
4.3 Transparência e participação: novas dimensões da publicidade	154
4.4 Direitos relativos à informação em poder do Estado	160
4.5 Limites à visibilidade da ação estatal: razões de Estado, sigilo e segredo	165
4.6 Reunindo elementos: uma possível definição da transparência administrativa	177
4.7 A divulgação da informação em poder do Estado	190
4.8 Agente público e a transparência remuneratória	199

5 POSITIVAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA	205
5.1 Tutela da transparência no ordenamento jurídico internacional.....	210
5.2 Tutela da transparência no direito brasileiro	214
5.2.1 Garantias constitucionais	214
5.2.2 Proteção infraconstitucional	217
5.2.3 A Lei de Acesso à Informação brasileira.....	221
5.2.4 O entendimento do tema no Supremo Tribunal Federal.....	226
5.2.5 A Lei de Governo Digital	229
5.3 Tutela da transparência no direito comunitário europeu	230
6 CONCLUSÃO.....	237
REFERÊNCIAS	251
Doutrina	251
Legislação e jurisprudência	271

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste estudo é a de compreender os limites da divulgação de informações individuais dos agentes públicos – precipuamente as de caráter econômico – por parte da Administração Pública – a chamada transparência administrativa – quando em jogo o direito à privacidade.

A atividade administrativa das últimas duas décadas tem sido marcada pelo surgimento de mecanismos de controle que permitem aos administrados o completo acompanhamento da gestão dos recursos públicos e dos atos praticados pelos seus agentes. Tais ferramentas têm como fundamento jurídico a transparência administrativa, frequentemente ligada a outros princípios constitucionais do Direito Administrativo: eficiência, publicidade e moralidade.

A divulgação de informações atinentes à atividade administrativa, notadamente as de caráter financeiro-orçamentário, ganha ainda mais força com a facilidade de difusão e armazenamento de dados por meio da rede mundial de computadores. A mesma rede virtual que permite a coleta de tais informações também é responsável por uma considerável alteração do que se entende por privacidade. Em relação a esta última, houve alguma alteração em relação à sua definição primária do direito ao resguardo íntimo do indivíduo? O que está abrangido, hoje, pelo direito à privacidade? E no que tange a transparência administrativa? Não há, de fato, nenhum tipo de assunto que deva ser restringido do amplo acesso ao público, para garantia da própria existência e incolumidade do Estado ou dos indivíduos que se relacionam com a Administração Pública? É o fim da *arcana praxis*?

Acrescenta-se à arena o panorama legislativo que se desenhou durante o desenvolvimento histórico - e tecnológico - para a proteção da privacidade em suas últimas fronteiras - a proteção de dados pessoais - e para a conferir efetividade à visibilidade do agir administrativo – pilar do Estado Democrático de Direito. Quais os caminhos percorridos no país para tais intentos? Foram os mesmos trilhados pelos modelos que nos serviram de inspiração?

A discussão aprofunda-se na divulgação dos dados remuneratórios dos agentes públicos do país, informação de cunho econômico, que procede à identificação nominal. Por sua vez, a edição da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, e do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) na Europa, indicam preocupação no sentido de reforçar e garantir a privacidade do indivíduo frente ao tratamento de seus dados pessoais, ainda que realizado pelo poder público, com informações de que este disponha.

Novos questionamentos surgem neste ponto: a divulgação de tais informações, quando identificam nominalmente os indivíduos junto aos valores percebidos a título de vencimentos, extrapolaria o dever de transparência? Consubstanciam informações de caráter pessoal, ao passo que o dever de informar refere-se exclusivamente à Administração Pública? A publicidade da ação estatal não estaria atendida apenas com a divulgação dos valores com identificação restrita à estrutura administrativa? O regime de proteção de dados pessoais trazido pela LGPD, em conjunto com a Lei de Acesso à Informação (LAI), permitiria um novo entendimento sobre o tema, para a efetiva e igualitária garantia do direito à privacidade dos indivíduos?

Para buscar as respostas às inquietações, parte-se da comparação entre a legislação brasileira - em que o acesso à informação governamental é extremamente amplo por força de interpretação da legislação então existente - e a legislação comunitária europeia, em que se observa movimento diametralmente oposto, porquanto no advento da regulamentação da transparência administrativa aquele ordenamento já garantia a tutela da privacidade dos dados pessoais indivíduos.

Inicialmente, serão estabelecidas as premissas doutrinárias em relação ao conteúdo do direito à privacidade e do direito à publicidade de dados e informações da Administração Pública. Os métodos utilizados na pesquisa para a comprovação da hipótese foram o analítico e o comparativo. A análise jurisprudencial, dada a atual prevalência de tese contrária ao presente estudo, fica prejudicada, embora seja possível a menção a alguns argumentos nos arestos capazes de corroborar o entendimento ora proposto.

Em seguida, por meio do método comparativo, serão confrontados os quadros normativos brasileiro e comunitário europeu para, em sede de conclusão, burilar as ideias desenvolvidas ao longo do estudo e construir raciocínios que desenvolvam soluções para o alegado conflito existente na garantia dos direitos fundamentais à privacidade e à divulgação da informação pública.

Ao fim e ao cabo, o presente estudo convida à reflexão - ainda que em dissenso - e ao aprofundamento do debate¹, considerando-se a evolução normativa do período, a experiência de ordenamento estrangeiro e a necessidade de equilíbrio na busca da concretização de direitos fundamentais forjados nos princípios mais caros e basilares de uma verdadeira democracia.

¹A “díade” mencionada por Virgílio Afonso da Silva que fomenta o desenvolvimento da literatura jurídica (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 609, 2003. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020).

2 DIREITO À PRIVACIDADE E SEU CONTEÚDO

A noção de privacidade sofreu profundas alterações desde os primeiros momentos em que sua tutela foi juridicamente garantida. Diante dessa evolução, prefere-se o uso do termo “noção” ou mesmo “definição” em lugar de “conceito”, conforme a lição de Eros Roberto Grau².

A ideia de um enunciado fechado de privacidade é frequentemente rejeitada nos textos relacionados ao tema, preferindo-se um estudo doutrinário de seu conteúdo através do tempo³. O que se observa na cronologia dessas obras é o crescente número de autores ligados ao direito público, principalmente após a edição do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18). Este estudo busca priorizar a consulta a essas novas fontes, para além das já existentes na seara do direito civil, a fim de proporcionar um direcionamento mais eficaz em relação ao recorte teórico, de modo que a linha de raciocínio criada resulte na relação da privacidade com a transparência administrativa.

Certas anotações são importantes, desde logo, quanto à distinção entre *intimidade* e *privacidade*, ainda que o presente trabalho os utilize como sinônimos. Pontes de Miranda buscou definir os contornos de privacidade - ou *intimidade*, na sua dicção, sem distinguir uma

²O professor e ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal tratou do tema em diversas ocasiões, a exemplo de sua obra *Direito, conceitos e normas jurídicas*, (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988), em que aborda o tema a partir de elementos da semiótica. A suma de seu pensamento, porém, está em “*A ordem econômica na Constituição de 1988*”, onde se lê, em citação a Sartre: “Desejo, aqui, aludir às noções, desde as seguintes observações de Sartre: ‘Althusser sustenta que o homem faz a história sem o saber. Não é a história que o reclama, mas o conjunto estrutural em que está situado que o condiciona. Mas Althusser não vê que há uma contradição permanente entre a estrutura prático-inerte e o homem que descobre estar condicionado por ela. Cada geração toma, em relação a essas estruturas, uma outra posição, e é esta posição que permite as mudanças nas próprias estruturas. Althusser, como Foucault, atém-se à análise das estruturas. Do ponto de vista epistemológico, isso resulta em tomar partido pelo conceito contra a noção. O conceito é atemporal. Pode estudar-se como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo nem, por consequência, a história podem ser objeto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A noção, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas. É o que Foucault chama de 'doxologia', e que ele recusa’. A partir daí parece-me, hoje, que a questão da indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções — lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há conceito indeterminado há, na verdade, noção. E a noção jurídica deve ser definida como ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (Sartre).” (GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 133-134).

³Nesse sentido, DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 45 e SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 141.

da outra - como “exercício da liberdade que se manifesta no fazer e no não fazer, revelar ou não revelar os assuntos de sua vida privada”⁴.

Alguns autores de direito civil distinguem os termos, embora admitam que a doutrina não consegue chegar a um consenso quanto aos limites de um e de outro⁵. Aos mais inquietos em relação a tal vertente, menciona-se a lição de Gisele Amaral:

“[E]nquanto a intimidade faz parte de uma esfera mais restrita de cada indivíduo, na qual compartilha-se dessa intimidade com poucas pessoas, a privacidade já faz parte de uma esfera mais abrangente, podendo ser dividida com um número mais amplo de pessoas”⁶.

Neste contexto – e a fim de estabelecer a primeira premissa do presente estudo – faz-se necessária a análise do conteúdo do direito da privacidade ao longo do tempo.

2.1. Origens: vida privada e o direito de ser deixado em paz

Não obstante a privacidade ter sido incluída nos ordenamentos jurídicos a partir do século XIX⁷, não se pode dizer que a noção da esfera íntima do indivíduo não existia antes de sua positivação. Outros eram os instrumentos e argumentos utilizados para a proteção da intimidade dos indivíduos, sendo considerada a sua positivação algo “tardia” em relação aos demais direitos fundamentais⁸.

⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 2, p. 126.

⁵GAMIZ, Mario Sergio de Freitas. *Privacidade e intimidade: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 37. Há civilistas inclusive que chamam a intimidade de “direito ao recato”, como Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 154).

⁶AMARAL, Gisele. *Defesa da personalidade e o direito ao esquecimento*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civis). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. p. 50. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/40322/1/ulfd140174_tese.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021. No mesmo sentido da jovem jurista – e também citado por ela, BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 29 e MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*. Ann Arbor: University of Michigan, 1971. p. 169.

⁸DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 111-112. Na pesquisa foram encontrados autores que já verificavam em Santo Agostinho a existência de uma noção de privacidade (TRUYOL Y SERRA, Antonio de; VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, Ramon. Derecho a la intimidad e informática. In: *Informática e Diritto*, 1, p. 173, 1975). No entanto, como adverte Pérez Luño, a questão relaciona-se muito mais à autoconsciência da intimidade do indivíduo do que a sua proteção jurídica (PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978. *Revista de Estudios Políticos*, n. 9, p. 65, mayo/jun. 1979. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/48087/29536>. Acesso em: 12 jul. 2020).

Associa-se frequentemente o surgimento da noção de privacidade com a propriedade privada e, mais precisamente, a habitação privada⁹. Assim, é comum a citação do *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* de Jean-Jacques Rousseau, como se observa na epígrafe ao artigo de Hirshleifer¹⁰: “O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”¹¹. O reconhecimento de Rousseau como um dos primeiros a abordar a questão da intimidade está presente na obra de Arendt, como se vê na seguinte – e por que não, belíssima - passagem:

O primeiro eloquente explorador da intimidade - e até certo ponto o seu terrorista - foi Jean-Jacques Rousseau; e é típico que ele seja o único grande autor ao qual ainda hoje nos referimos frequentemente pelo primeiro nome. Jean-Jacques chegou a sua descoberta mediante uma rebelião, não contra a opressão do Estado, mas contra a insuportável perversão do coração humano pela sociedade contra a inclusão desta última numa região recôndita do homem que, até então, não necessitara de qualquer tipo de proteção especial. A intimidade do coração, ao contrário da intimidade da moradia privada, não tem um lugar objetivo e tangível no mundo, nem pode a sociedade contra a qual ela protesta e se afirma ser localizada com a mesma certeza que o espaço público.¹²

A filósofa parte da análise da pólis grega, a partir do pensamento de Aristóteles, para fundar as bases das esferas pública e privada. Essas esferas não se confundem com uma noção de privacidade que se delineia verdadeiramente a partir da desagregação do estado feudal. A cidade-estado e a seara pública surgem às custas da esfera privada e do lar, cujo ambiente sagrado foi mantido. O que assegurava a integridade da vida privada do cidadão da pólis não era o que entendemos como respeito à propriedade individual, “mas o fato de que, sem ser dono de sua casa, o homem não podia participar dos negócios do mundo porque não tinha nele lugar algum que lhe pertencesse”¹³.

A breve análise histórica que ora se inicia faz-se necessária à compreensão da evolução da privacidade e de suas múltiplas facetas, lapidadas ao longo tempo. Para Rousseau, a natureza impeliu os homens a se associarem em busca de proteção, permitindo o surgimento de

⁹DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 116.

¹⁰HIRSHLEIFER, Jack. Privacy: its origin, function, and future. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 4, p. 649-664, 1980.

¹¹ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 181.

¹²ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 48.

¹³*Id. Ibid.*, p. 38-39.

elementos de linguagem para designar coisas e seus próprios nomes, bem como das primeiras regras de convivência, além do desenvolvimento de armas e instrumentos para a agricultura.¹⁴

O homem antigo tinha sua participação na vida coletiva, recolhendo-se a sua habitação para fins exclusivos de repouso e descanso. Não é possível afirmar a existência de uma individualidade, porquanto as primeiras moradias eram coletivas.

Na Idade Média, os relatos de historiadores indicam a inexistência de um ambiente propriamente privado. Tudo pertencia ao senhor feudal, fonte do único poder então conhecido, o que incluía os corpos dos que viviam sob sua proteção, como anota George Duby¹⁵.

Os relatos feitos pelo historiador francês impressionam, desde a obrigatoriedade de trabalho nos domínios senhoriais e da utilização da moradia dos servís e dos membros de sua família, ao chamado direito de pousada. Nos séculos XI e XII, implicava a hospedagem obrigatória de magistrados em trânsito pelos cidadãos. Os hóspedes eram instalados de maneira provisória e alimentavam-se no mesmo recinto, Junto à família do senhor ou com ele próprio e ao menos um de seus cavaleiros. Quando conseguia-se barrar o direito de pousada, os aldeões livres deveriam entregar o que tivessem (vinho, pão, dinheiro e até colchões), o que era considerado uma vitória, porquanto o cidadão e sua esposa podiam manter sua privacidade. “Paradoxalmente, quando a sociedade se feudalizou, houve cada vez menos vida privada porque todo poder se tornara cada vez mais privado”¹⁶.

Num estudo específico das habitações do período, Witold Rybczynski relata que as casas na Idade Média eram locais cheios de gente. Isso porque na ausência de estabelecimentos comerciais, eram os locais em que se realizavam os negócios. As famílias eram numerosas, algo em torno de vinte a vinte e cinco pessoas, número que poderia ser acrescido de criados e aprendizes, dependendo do quão afortunado era o morador. Não possuíam cômodos com funções específicas nem locais para reclusão. A mesma sala de estar servia como local de refeições e à noite, como quarto de dormir. As manifestações artísticas da época retratavam com frequência pessoas executando tarefas de higiene pessoal ou mesmo dormindo, ao lado de outras conversando normalmente no mesmo recinto¹⁷. Embora em algumas delas havia a

¹⁴ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, cit., p. 184-188.

¹⁵“[U]m senhor diz, que de tal ou qual, é meu homem ‘próprio’, ele me pertence, é de meu privado – ou então, é meu ‘homem de corpo’: seu corpo é meu.” DUBY, George (Ed.). *História da vida privada*, 2: da Europa feudal à renascença. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 42.

¹⁶*Id. Ibid.*, p. 39 e 43.

¹⁷RYBCZYNSKI, Witold. *Casa: pequena história de uma ideia*. Tradução de Betina von Staa. Rio de Janeiro: Record, 1986. p. 32.

presença de latrinas, não havia esgoto nem banheiros, embora recipientes para lavar as mãos eram muito utilizados. O banho era algo raro. Praticamente um acontecimento social, como parte de festividades como o casamento¹⁸.

A situação não era muito diferente no âmbito da realeza nos anos seguintes. O Palácio de Versalhes, por exemplo, não dispõe de banheiros em sua estrutura, ainda que possua um impressionante conjunto hidráulico para abastecimento de suas fontes¹⁹. Os aposentos possuem barramento semelhante aos que separam os magistrados do público nos tribunais, justamente porque a vida “privada” do monarca era apreciada pelos súditos, como o mero ato de levantar-se (*levée*).

De fato, segundo Doneda²⁰, somente a partir do século XVI há uma mudança na vida cotidiana, permitindo os primeiros contornos de privacidade. O isolamento era algo restrito a alguns poucos indivíduos e aos que viviam à margem da vida social, tais como “místicos, monges, pastores ou bandidos”²¹. A relação do indivíduo frente à sociedade, coincidindo com o surgimento do Estado e sua soberania, é o terreno fértil para o surgimento do individualismo e, conseqüentemente, da privacidade pessoal. Como ensina Danilo Doneda, a noção de privacidade tem por base a percepção do indivíduo com a sociedade, com duas principais causas: o surgimento do Estado e, conseqüentemente, da sociedade civil e das concepções de soberania, bem como a instituição de uma esfera privada sem ingerência desse novo ente público, contrariando o absolutismo, o que foi acelerado com o fim do feudalismo e pela revolução industrial²². A frase inicial do parágrafo seguinte é importante para a compreensão do tema, principalmente com o desenvolvimento que se propõe no presente trabalho:

A privacidade passa a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa que, com seu forte componente individualista, dela se utiliza para marcar sua identidade na sociedade e também para que o solitário burguês se isole dentro de sua própria classe.²³

¹⁸RYBCZYNSKI, Witold. *Casa: pequena história de uma ideia*, cit., p. 43.

¹⁹GOMES, Paulo César da Costa. “Versalhes não tem banheiros!” As vocações da geografia cultural. *Espaço e Cultura*, n. 19-20, p. 42, 2005. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/espacoecultura/article/download/6146/4418>. Acesso em: 12 ago. 2021. Nos séculos XVII e XVIII o hábito era o uso da rua, bem como jardins, chaminés e os cantos dos aposentos dos castelos. No século XVIII surge a figura do “portador ambulante”, que dispunha de um balde e uma capa para envolver o “necessitado”, exatamente o caso dominante do Palácio de Versalhes (*Id. Ibid.*, p. 45-46). A título ilustrativo, menciona-se a série televisiva *Versailles*, produção francesa do Canal +, com três temporadas (2015-2018).

²⁰DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 117.

²¹RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

²²DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 117-118.

²³*Id. Ibid.*, p. 118. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 26-27.

A vida privada consubstanciaria o refúgio, a proteção do indivíduo contra o Estado e a sociedade, permitindo-lhe garantir os primeiros direitos fundamentais, então pleiteados por aquela classe: os direitos liberais-individuais, ou direitos fundamentais de primeira geração. Retorna-se, neste ponto, ao pensamento de Hannah Arendt, demonstrando a importância da propriedade, mais precisamente da habitação, como proteção e sede da intimidade humana:

A segunda importante feição não privativa da privacidade é que as quatro paredes da propriedade particular de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum - não só contra tudo o que nele ocorre mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público na presença de outros, torna-se, como diríamos, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à tona a partir de um terreno mais sombrio, terreno este que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade num sentido muito real e não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a sombra do que deve ser escondido contra a luz da publicidade é a propriedade privada - um lugar só nosso, no qual podemos nos esconder.²⁴

A medida em que a nova classe burguesa amealhava riqueza e patrimônio - e desprovida da proteção de que gozava a nobreza, com suas guardas de segurança - a privacidade do ambiente doméstico ganha relevo na proteção da propriedade da cobiça e da curiosidade pública. Nesse sentido a lição de Perez Luño: a intimidade era uma aspiração da burguesia para obter o que antes era privilégio de poucos. Os elementos que vão construindo a ideia de intimidade estão relacionados às necessidades e à ideologia da classe social que a reclama. Isso é o que justifica sua feição individualista, corporificada na reivindicação de faculdades destinadas a salvaguardar um determinado espaço, de maneira exclusiva e excludente, remetendo aos instrumentos jurídicos de delimitação e defesa do direito de propriedade²⁵.

Essa relação também foi registrada pelos civilistas tradicionais, conforme Orlando Gomes, ao asseverar que “quanto mais se acentua a obsessão espasmódica da indiscrição, da curiosidade e da investigação do público, tanto mais se ergue esquivo o senso cuidadoso da imunidade de toda a ofensa à intimidade da vida privada²⁶”

Alguns autores fazem ressalvas quanto a essa relação com o direito à propriedade. Danilo Doneda adverte que a noção de privacidade não deve ser baseada unicamente no direito de propriedade e pela lógica da exclusão. É fato, porém, como reconhecido pelo próprio autor, que nos países de *common law* a proteção à privacidade foi concedida por decisões judiciais

²⁴ARENDDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 81.

²⁵PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978, cit., p. 65.

²⁶GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 157.

calçadas no direito de propriedade, como se verá adiante. Não será a mesma leitura do instituto, porém, que se desenvolverá com a necessidade de proteção das informações pessoais, hoje consideradas igualmente como um bem²⁷.

A busca pela proteção da intimidade passa, inicialmente, pela adoção de meios materiais e de recursos tecnológicos então em surgimento para sua garantia, permitindo-se a delimitação de espaços dentro de uma residência²⁸. Isso ocorre principalmente após a Revolução Industrial, com a modernização da hidráulica e o desenvolvimento das instalações elétricas.

Retornando à seara filosófica, o pensamento liberal de Stuart Mill ilustra este momento, ao admitir a existência de uma “esfera de ação” em que o Estado não deve interferir. Descrita pelo autor inglês como “região de liberdade humana”, composta por atos “egoístas” (*self-regarding acts*), nada mais é do que a esfera privada de um indivíduo:

But there is a sphere of action in which society, as distinguished from the individual, has, if any, only an indirect interest; comprehending all that portion of a person’s life and conduct which affects only himself, or, if it also affects others, only with their free, voluntary, and undeceived consent and participation²⁹.

Eis os motivos pelos quais, inicialmente, a privacidade, a propriedade e o individualismo estavam umbilicalmente ligados. A intimidade é um dos modos de proteção do patrimônio de um indivíduo, pelo qual se refugia em ambiente *reservado* para desconectar-se do *público*, a fim de manter determinados elementos de sua vida longe dos olhos de outros³⁰. A informação é importante e será retomada em outros capítulos.

Esse mesmo progresso tecnológico deu origem a objetos como as câmeras fotográficas, que colocavam em xeque a “proteção intramuros” dos que buscavam o isolamento. A utilização desses instrumentos pelos meios de comunicação em massa para noticiar os aspectos da intimidade e da vida privada da classe burguesa cria o ambiente propício para a discussão jurídica moderna sobre o tema.

²⁷DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 108-110.

²⁸*Id. Ibid.*, p. 122.

²⁹MILL, John Stuart. *On liberty*. Hazleton: Pennsylvania State University, 1998. p. 15.

³⁰Não sem motivo a expressão italiana para o direito à privacidade é *diritto alla riservatezza*, como se vê em RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2021. p. 17. A expressão foi utilizada pelo Professor de Filosofia do Direito Adolfo Ravà: “*Infine la qualità di persona richiede ed esige che alla persona stessa sia riservata una certa sfera, relativa ai lati più gelosi e più intimi di essa e della sua attività, nella quale non sia lecito ad alcuno di ingerirsi e di entrare. Da ciò un generale diritto alla riservatezza, che ha molteplici esplicazioni*”. (RAVÀ, Adolfo. *Istituzioni di diritto privato*. Diritto delle persone. 5. ed. Padova: CEDAM, 1932. v. 2, p. 34). Massimo Santamaria, por sua vez, entendeu a denominação como pouco compreensível, preferindo o uso da expressão “direito à ileza intimidade privada” (In: SANTAMARIA, Massimo Ferrara. *Il diritto alla ileza intimità privata. Riv. Dir. Priv.* v. 1, p. 170, 1937).

Nesse contexto surge o famoso artigo de Warren e Brandeis, publicado na *Harvard Law Review* no ano de 1890, citado em todos os textos pesquisados neste estudo como o marco da teoria moderna do direito à privacidade.

Antes dele, foram encontradas menções a obra alemã de Karl Röder, do ano de 1846, *Gründzuge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, ou “Fundamentos do direito natural ou da filosofia jurídica”, em tradução livre, que trata da existência de um “direito natural à vida privada”³¹.

A passagem referenciada pelos autores, também em tradução livre, assim assevera ao falar sobre o direito de lidar livremente consigo mesmo (*Das Recht auf freien Umgang mit sich selbst*):

A proteção adicional é baseada no mesmo fundamento legal: que todos têm direito a uma área espacial única e especial para sua vida e trabalho individual, ou seja, a sua própria casa, como um local de refúgio para lidar consigo mesmo e com os mais próximos, com quem se esforçam para expressar sua individualidade e, conseqüentemente, a separação do mundo exterior, isto é, com a mais estrita paz e direito ao lar.³²

José Adércio Sampaio, por sua vez, relata decisão judicial proferida na França, no ano de 1858, pelo Tribunal Civil do Sena, no chamado “caso Rachel”. Naquele julgado foi reconhecido o direito exclusivo aos familiares de uma atriz de consentir sobre a divulgação de sua imagem no leito de morte, garantindo-se a privacidade do momento de luto, ainda que a falecida fosse figura amplamente conhecida³³.

³¹As citações à obra alemã foram encontradas em DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 110, em CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46, p. 80, abr./jun. 2003, e PEZZI, Ana Paula Jacobus. *A necessidade de proteção de dados pessoais nos arquivos de consumo: em busca da concretização do direito à privacidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2007. p. 18.

³²No original: “*Auf denselben Rechtsgrund stützt sich auch die fernere Foderung: dass einem Jeden ein Recht auf ein alleineignes beson deres räumliches Gebiet für sein individuelles Leben und Wirken zugestanden werde, d. h. auf eigene Wohnung, als Freistätte für den Umgang mit sich selbst und mit den ihm Nächststehen den, mit denen vereint er bestrebt ist, seine Individualität auszubilden, und folglich zu beliebiger Absonderung von der Aussen welt d. h. mit strengstem Hausfrieden und Hausrecht.*” (RÖDER, Karl David August. *Gründzuge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*. Heidelberg: C.F. Winter, 1846. p. 178-179).

³³SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 55-56. A demanda foi ajuizada por Sarah Félix, irmã da atriz de origem suíça Rachel Félix, contra Frédérique O’Connell, artista holandesa que desenhou Rachel em seu leito de morte a partir de uma fotografia tirada por terceiros em ambiente familiar privado no momento do falecimento, publicando o retrato no jornal “*L’Illustration*”. O autor também menciona casos da jurisprudência alemã, atinentes à divulgação de cartas de personalidades como o compositor Richard Wagner e o filósofo Friedrich Nietzsche (*Id. Ibid.*, p. 77-78).

O artigo dos então advogados americanos, porém, é o texto que ganhou maior repercussão no mundo acadêmico, ao tratar, basicamente, dos efeitos das câmeras fotográficas instantâneas e seu uso pelas empresas jornalísticas, invadindo a intimidade das residências dos indivíduos para tais registros³⁴.

É importante o registro do contexto que gerou a redação do artigo pelos causídicos. Segundo relatam o Reitor William Prosser³⁵ e, posteriormente, Doneda³⁶, os advogados foram colegas no curso de Direito em Harvard e eram sócios na advocacia privada. Samuel Warren, casado com a filha do Senador americano e posteriormente Secretário de Estado Thomas Franklin, vinha de uma família que sempre esteve sob a mira da imprensa de especulação da vida alheia da época (imprensa de “fofocas” ou *gossip*, em inglês). A gota d’água que conduziu à redação do artigo com seu colega de profissão teria sido a cobertura do casamento de sua filha pela imprensa local. Enquanto Warren permaneceu na advocacia na cidade de Boston, Brandeis veio a tornar-se juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Logo de início observa-se a preocupação dos autores em mencionar a necessidade de proteção à pessoa, consagrando o primeiro aspecto pelo qual foi enunciado o direito à privacidade, extraído da obra do juiz americano Thomas Cooley: o direito a ser deixado em paz ou sozinho (*right to be let alone*). Vê-se, uma vez mais, que o direito à privacidade já constava da literatura jurídica, de sorte que o artigo dos advogados de Boston foi o responsável pela consolidação e desenvolvimento do tema, com novas reflexões a respeito.

A menção, no entanto, consta de um tratado dedicado aos *torts*, campo da *common law* que estuda os ilícitos civis que causam dano fora da esfera contratual³⁷, ao falar sobre a classificação de direitos, mais precisamente o direito à imunidade pessoal:

³⁴WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The right to privacy. *Harvard Law Review*, n. 4, p. 195, 1890.

³⁵PROSSER, William L. Privacy. *California Law Review*, v. 48, n. 3, p. 383, Aug. 1960. Disponível em: https://canvas.cornell.edu/courses/21938/files/1919488/download?download_frd=1. Acesso em: 12 jul. 2020.

³⁶DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 123.

³⁷A definição do instituto dos “*torts*” foi buscada no âmbito de artigo científico escrito por tradutores juramentados, fugindo das tradicionais definições de dicionários: “Nos países da *common law*, o *tort* é um dano ou ilícito civil (*civil wrong*), cometido por uma pessoa legalmente responsável (*legally liable*), chamado *tortfeasor*, que causa uma lesão, uma perda ou um dano (*injury, loss or harm*) a terceiro, para o qual a lei prevê uma reparação (*remedy*). O comportamento incorreto ou o dano causado devem ser reconhecidos pela lei como merecedores de ressarcimento ou reparação. A *tort law* é, em consequência, aquela parte do direito que se ocupa dos atos ilícitos cometidos por pessoas singulares e coletivas que, porém, não podem ser considerados crimes (*crimes*) nem incumprimentos de contratos (*breach of contract*)”. GÁMEZ, Ruth; CUÑADO, Fernando. A responsabilidade civil no direito inglês: terminologia e comparação com o direito espanhol. *A Folha - Boletim da língua portuguesa nas instituições europeias*, Bruxelas, n. 57, p. 1-7, 2018. Disponível em https://ec.europa.eu/translation/portuguese/magazine/documents/folha57_pt.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

Personal Immunity. The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone. The corresponding duty is, not to inflict an injury, and not, within such proximity as might render it successful, to attempt the infliction of an injury. In this particular the duty goes beyond what is required in most cases; for usually an unexecuted purpose or an unsuccessful attempt is not noticed. But the attempt to commit a battery involves many elements of injury not always present in breaches of duty; it involves usually an insult, a putting in fear, a sudden call upon the energies for prompt and effectual resistance. There is very likely a shock to the nerves, and the peace and quiet of the individual is disturbed for a period of greater or less duration. There is consequently abundant reason in support of the rule of law which makes the assault a legal wrong, even though no battery takes place. Indeed, in this case the law goes still further and makes the attempted blow a criminal offense also³⁸.

Observa-se, tanto aqui como na obra de Röder, um tratamento pragmático, enunciando um direito que seria garantido no âmbito civil, sem maior desenvolvimento quanto ao seu conteúdo.

Retornando ao texto do artigo de Warren e Brandeis, os autores mencionam uma série de julgados ingleses, demonstrando que a proteção do direito à privacidade reside não no direito à propriedade, mas nas ocorrências domésticas contidas, por exemplo, numa missiva, que são colocadas à luz para além dos interlocutores da comunicação³⁹. Concluem, inicialmente, que a proteção garantida aos pensamentos, sentimentos e emoções, expressas por escrito ou por meio das artes, além daquela atinente à sua não publicação, seria uma instância do direito genérico do indivíduo de ser deixado a sós.⁴⁰

Após tratarem do tema das fotografias instantâneas tiradas e publicadas sobre a vida privada de pessoas da sociedade, trazem o que pode ser descrito como o grande mérito do artigo, consubstanciado em seis limitações à proteção ao direito da privacidade. Os enunciados não são objetivos, contendo uma série de expressões que reclamam interpretação e juízo de valores sobre o caso concreto, mas fixam balizas importantes para o tema que dava seus primeiros passos no debate acadêmico.

A primeira enuncia que o direito à privacidade não proíbe qualquer publicação que seja de interesse público ou geral⁴¹. A limitação é importante mesmo perante o atual conteúdo do

³⁸COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts or the wrongs which arise independent of contract*. Chicago: Callaghan and Company, 1879. p. 29. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=books>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁹The principle which protects personal writings and other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property, but that of an inviolate personality. (WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. *The right to privacy, cit.*, p. 205).

⁴⁰*Id. Ibid.*, p. 205.

⁴¹*Id. Ibid.*, p. 214.

direito à privacidade, a fim de dirimir onde o interesse de caráter geral ou público chega quando considerados dados e informações de um indivíduo:

The general object in view is to protect the privacy of private life, and to whatever degree in whatever connection a man's life has ceased to be private, before the publication under consideration has been made to that extent the protection is to be withdrawn.⁴²

Outra limitação enunciada por Warren e Brandeis interessante ao desenvolvimento do presente estudo afirma que o direito à privacidade cessa pela publicação dos fatos por parte do próprio indivíduo ou com o seu consentimento para tanto⁴³.

A repercussão do artigo, com as situações nele enunciadas, foram sentidas nos anos seguintes. A partir de 1903, diversas cortes e órgãos legislativos estatuíram como violações à privacidade os danos apontados por Warren e Brandeis⁴⁴.

Ressalte-se que as principais fontes constitucionais utilizadas para invocar o direito à privacidade, na ausência de dispositivo expresso e específico, são a Primeira e a Quarta Emendas à Constituição dos Estados Unidos. A Primeira garante a liberdade de expressão e de associação⁴⁵. A Quarta garante uma série de inviolabilidades, incluindo a pessoal e ao domicílio⁴⁶. Utilizadas geralmente para a prevalência das garantias nelas previstas em detrimento da privacidade⁴⁷, foi Louis Brandeis, a esta altura já Juiz da Suprema Corte Americana, que trouxe novo enfoque à jurisprudência constitucional daquele país. Em voto divergente no caso *Olmstead v. United States* 277 US 438 (1928)⁴⁸, estabeleceu que a Quarta

⁴²WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The right to privacy, *cit.*, p. 215.

⁴³As demais limitações enunciadas pelos juristas são específicas das situações analisadas no artigo em relação à imprensa sensacionalista, a saber: a ausência de violação à privacidade em publicações orais quando não há dano específico ou quando a publicação consubstancia comunicação privilegiada de acordo com a lei aplicável à calúnia e difamação; e a veracidade da matéria publicada ou a ausência de malícia na publicação não consubstanciam defesa à violação da privacidade.

⁴⁴SOLOVE, Daniel Justin; SCHWARTZ, Paul M. *Information privacy law*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2009. p. 25.

⁴⁵Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

⁴⁶The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

⁴⁷SANCHO LÓPEZ, Marina. *La protección de datos en el Reino Unido: evolución del right to privacy y escenarios post-Brexit*. Pamplona: Aranzadi, 2019. p. 152. Há autores que acrescentam a estas como fundamentos à privacidade a Terceira, Quinta e Décima-quarta emendas (ALLEN, Anita LaFrance. Coercing privacy. *William and Mary Law Review*, v. 40, n. 3, p. 733, Mar. 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1555&context=wmlr> Acesso em: 12 ago. 2021).

⁴⁸Trata-se, em resumo, de caso envolvendo a obtenção de prova por meio de escuta telefônica em telefones privados.

Emenda à Constituição dos Estados Unidos garantia não a proteção à propriedade, mas também da privacidade do indivíduo⁴⁹:

The protection guaranteed by the Amendments is much broader in scope. The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings and of his intellect. They knew that only a part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things. They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone — the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men. To protect that right, every unjustifiable intrusion by the Government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment. And the use, as evidence *479 in a criminal proceeding, of facts ascertained by such intrusion must be deemed a violation of the Fifth. (*Olmstead v. United States* 277 US 438 (1928). p. 478/479)

A divergência de Brandeis começa a ser incorporada na jurisprudência dos Estados Unidos em 1965, a partir do que apontado por Etzioni, quando a sociedade daquele país adquire um caráter mais individualista, influenciada pelo crescente liberalismo, em detrimento do bem comum ou de responsabilidades coletivas, o que se reflete nas decisões judiciais⁵⁰. A privacidade comuta do direito dos *torts* para a seara do direito constitucional, vale dizer, da proteção à *res*, para a proteção do indivíduo, como apontam também Solove e Schwartz, mencionando o caso *Katz v. United States* 389 US 347 (1967)⁵¹.

É neste cenário que surge o artigo de Prosser, classificando o direito à privacidade em quatro níveis principais, a saber: a) invasão irrazoável – interferência intencional na reclusão ou solidão do indivíduo, ou em seus assuntos privados; b) divulgação pública de fatos privados embaraçosos; c) “*False light in the public eye*”, que pode ser entendida como a publicidade que atribui ao indivíduo um fato inverídico; d) Apropriação de nome, imagem ou aparência de um indivíduo para uso comercial, sem seu consentimento. Elemento principal dos dois primeiros é a invasão de algo secreto ou pertencente privativamente a um indivíduo, o que não ocorre nos outros dois casos. A segunda e terceira hipóteses dependem de publicidade. A falsidade do fato atribuído deve estar presente na terceira hipótese⁵².

Interessante observar as anotações feitas pelo autor em relação à privacidade das figuras públicas e sua relação com o interesse público e o direito constitucionalmente assegurado à

⁴⁹SOLOVE, Daniel Justin; SCHWARTZ, Paul M. *Information privacy law, cit.*, p. 33.

⁵⁰ETZIONI, Amitai. *The limits of privacy*. New York: Basic Books, 1999. p. 188-191.

⁵¹SOLOVE, Daniel Justin; SCHWARTZ, Paul M. *Information privacy law, cit.*, p. 34. Aqui o precedente trata da prova produzida mediante uso de aparelho de escuta em cabine de telefone público. O precedente resgata a divergência do caso *Olmstead*, em que se assentou a necessidade do *trespassing*, isto é, da efetiva invasão física para a caracterização da invasão de privacidade, para definir que mesmo sem a invasão física de um local privado, mesmo que seja uma cabine telefônica, há a necessidade de se garantir a privacidade do indivíduo.

⁵²PROSSER, William L. *Privacy, cit.*, p. 407.

imprensa de informar. As figuras públicas perdem grande parte de sua privacidade por sua condição, e à imprensa cumpre o papel de informar aquilo que o público tem interesse em saber. Há, no entanto, limitações tanto em relação à parcela de privacidade perdida por parte da figura pública, quanto ao direito de informar. Ilustrando tal ponto de vista, registra-se a frase emblemática de Prosser, ao mencionar a atriz Greta Garbo, reconhecida pela defesa incansável de uma vida reservada: “*The famous motion picture actress who ‘wants to be alone’ unquestionably has as much right as anyone else to be free from intrusion into her home or her bank account;*”⁵³

Praticamente contemporâneo ao artigo de Prosser – e já do outro lado do Oceano Atlântico – a doutrina alemã, capitaneada por Heinrich Hubmann em 1953, consagrava a chamada teoria das esferas (*Sphärentheorie*) ou dos três círculos de proteção (*drei Schutzkreise*)⁵⁴, em que a vida privada do indivíduo era subdividida em três círculos concêntricos.

A terminologia utilizada pelos autores alemães não é uniforme, como revela Nora Dim⁵⁵, mas o conteúdo dessas esferas pouco difere entre as teorias. Para Hubmann, a primeira esfera consistiria na intimidade ou segredo (*Intimsphäre* ou *Geheimsphäre*), com tudo o que o indivíduo considera como secreto. Envolvendo-a, haveria a esfera privada (*Privatsphäre*), que diria respeito às relações de trabalho, amizade, família e em locais públicos. Por fim, a esfera mais externa seria a individual ou pessoal (*Individualsphäre* ou *Persönlichkeitssphäre*), que trataria da área pública (*Öffentlichkeitsbereich*) e da proteção do indivíduo de suas relações com o mundo.⁵⁶

Edilson Farias, por sua vez, apresenta outra divisão, com base na doutrina de Heinrich Henkel, adotada no Brasil por Paulo José da Costa Junior:

Com efeito, a doutrina alemã, debruçando-se sobre o conteúdo do direito à intimidade, vislumbra a existência de três esferas: (a) *Privatsphäre* (esfera da vida privada) – a mais ampla das esferas, abarcando todas as matérias relacionadas com as notícias e expressões que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros. Ex.: imagem física, comportamentos que mesmo situados fora do domicílio, só devem ser

⁵³PROSSER, William L. *Privacy, cit.*, p. 415. A célebre frase atribuída à atriz foi corrigida pela mesma anos mais tarde, conforme reportagem da revista *Life*. Segundo a própria “esfinge sueca”, em tradução livre, “Eu nunca disse ‘eu quero ficar sozinha. Eu disse apenas ‘eu quero *ser deixada* sozinha!’ Há toda a diferença.” (BAINBRIDGE, John. *The great Garbo: Part three: the braveness to be herself. Life*, v. 38, n. 4, p. 113, Jan. 1955).

⁵⁴HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. Ausg. Köln: Böhlau, 1967. p. 268.

⁵⁵DIM, Nora. *Dichtung und Wahrheit – Die Herausforderungen des Rechts durch die Schlüsselliteratur*. Verfasserin. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Viena, Viena, 2012. p. 41.

⁵⁶HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht, cit.*, p. 269-270. Do mesmo autor, *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion. Juristenzeitung*, v. 12, n. 17, p. 524, 1957. PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 69, p. 517, 1993. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 103.

conhecidos por aqueles que travam regularmente contacto com a pessoa. (b) *Vertrauensphäre* (esfera confidencial) – incluindo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o público em geral e as pessoas pertencentes ao ciclo da vida privada e familiar. Ex. correspondência, memoriais etc. (c) *Geheimsphäre* [sic] (esfera do secreto) – compreendendo os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza extremamente reservada dos mesmos.⁵⁷

Nora Dim, por sua vez, estabelece distinção a partir da terminologia utilizada pela jurisprudência, tripartindo, respectivamente, em esfera social, privada e íntima (*Sozialsphäre*, *Privatsphäre* e *Intimsphäre*). A *Sozialsphäre* refere-se à proteção garantida à privacidade indivíduo aos olhos do público, isto é, no ambiente social. Como círculo mais externo, oferece a menor proteção e os requisitos de justificação são mais baixos⁵⁸. A *Privatsphäre* assemelha-se ao círculo da confidência de Henkel, na medida em que o indivíduo escolhe determinadas pessoas para partilhar seus assuntos, que interessariam apenas àqueles mencionados ou afetados. Estaria restrita aos círculos domésticos e de amigos, bem como outros espaços que sejam protegidos do público. Tem uma proteção maior que a esfera social, admitindo, porém, menos intervenções⁵⁹. Por fim, a *Intimsphäre*, mais íntima de todas, gozando de proteção total contra intervenções de terceiros. É onde estão os assuntos mais sensíveis do indivíduo, como o estado de saúde, a esfera sexual, doenças físicas e mentais, relacionamentos e transações⁶⁰. Dim traz, ainda, o que seria uma quarta esfera, a da vida pública ou *Öffentlichkeitssphäre*. Trata-se da esfera relativa aos comportamentos típicos e recorrentes de um indivíduo, tidos como “socialmente adequados”, de sorte que as interferências são perfeitamente justificadas⁶¹.

Não obstante o esforço na construção e consolidação ao longo do tempo e da jurisprudência, a teoria das esferas foi deixada de lado numa sentença do Tribunal

⁵⁷FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 113-114. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 29-30. SILVA, Ricardo Sidi Machado da. *A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 16. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04032015-082717/publico/Ricardo_Sidi_Dissertacao_Mestrado_Integral.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁵⁸DIM, Nora. *Dichtung und Wahrheit – Die Herausforderungen des Rechts durch die Schlüsselliteratur*. Verfasserin, cit., p. 41.

⁵⁹*Id. Ibid.*, p. 42.

⁶⁰*Id. Ibid.*, p. 42. A mesma classificação do Tribunal Constitucional Alemão é trazida por Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 361-364).

⁶¹DIM, Nora. *Dichtung und Wahrheit – Die Herausforderungen des Rechts durch die Schlüsselliteratur*. Verfasserin, cit., p. 43.

Constitucional Alemão de 1983, sobre a prevalência da lei de proteção de dados daquele país (de 1977) e a lei que determinava a obrigatoriedade de respostas ao censo de 1982⁶².

Nessa linha de raciocínio que estabelece definições com base na gradação do alcance da informação está a distinção encontrada na doutrina italiana entre a reserva e o segredo. A primeira diria respeito a uma série de fatos e aspectos de um indivíduo, ligados à sua vida privada⁶³.

O segredo, por sua vez, consubstancia o núcleo duro da reserva e apresenta-se, na teoria geral do direito, como um conjunto de três elementos distintos: um saber precioso, consistente numa informação de valor escolhida pelo indivíduo, sua dissimulação, por meio da seleção dos sujeitos a que tal saber será confiado, e o ocultamento, fundamentado na recusa de comunicação do saber a terceiros⁶⁴:

Il segreto, quindi, tutela un determinato interesse mediante la dissimulazione di un certo sapere, mediante il divieto di *conoscere* e di *far conoscere* notizie, cose, fatti, dati, ecc, precludendo l'accesso ad essi.⁶⁵

Em relação ao âmbito de divulgação, a informação reservada teria um espectro mais amplo do que o segredo. A informação permanece na seara da reserva, ainda que conhecida por um número limitado de pessoas não determináveis. Já o segredo é conhecido exclusivamente pelo seu “instituidor” e por outros escolhidos por ele, sob determinadas condições, compondo um círculo individualizado. Haveria, portanto, uma diferença na intensidade da tutela. Em relação ao segredo, deve-se impedir que a informação venha a ser conhecida de pessoas que não tenham participado da escolha do titular. O interesse é de que a situação permaneça imodificada. No caso da reserva, não se pede a manutenção da situação de fato, mas apenas que o dado não seja difundido ou a notícia publicada⁶⁶.

Doneda observa que esse caráter individualista ou “elitista” da proteção à privacidade permanece até as décadas de 1960 e 1970⁶⁷, quando o liberalismo cede lugar ao *welfare state*,

⁶²Cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 165-172.

⁶³ZUCCHETTI, Alberto. I rapporti tra le norme relative all'accesso ed alla tutela dei dati personali. In: ITALIA, V.; DELLA TORRE, M.; PERULLI, G.; ZUCCHETTI, A. *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 154.

⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 156-157.

⁶⁵*Id. Ibid.*, p. 158

⁶⁶*Id. Ibid.*, p. 180.

⁶⁷Ainda persistem, porém, episódios de invasão de privacidade aos exemplos mencionados por Warren e Brandeis, não mais restritos às chamadas “figuras públicas”, e facilitadas sobretudo pelas câmeras cada vez mais potentes dos aparelhos celulares. Quando dos estudos para a elaboração do presente trabalho, foi noticiado na imprensa o caso de uma mulher que foi fotografada seminua, dentro de seu apartamento. As imagens foram obtidas sem seu consentimento, pela janela que estava aberta, pela câmera de um aparelho celular de um morador do prédio

a partir das reivindicações das classes trabalhadoras e do aumento do fluxo de informações. Não por acaso, é neste período que a teoria das políticas públicas ganha corpo⁶⁸, sendo necessária para sua consecução a coleta, o processamento e a utilização de informações obtidas na sociedade.

A informação pessoal, prossegue Doneda⁶⁹, passa a ter importância para a atuação estatal, ressignificando a relação entre indivíduo e Estado. Eficiência e controle consubstanciam os dois fatores pelos quais o Estado busca, cada vez mais, por meio de pesquisas e censos, a obtenção de informações pessoais dos cidadãos para a execução da atividade administrativa. A privacidade passa a ser invocada para a proteção da informação pessoal coletada em massa, ampliando exponencialmente o espectro da tutela jurídica.

2.2 A (r)evolução da informação e o chamado “núcleo-duro” da privacidade

A partir da metade da década de 1960, com o desenvolvimento das tecnologias de processamento de dados, a informação pessoal e o seu controle passam a integrar a noção de privacidade e a necessidade de sua tutela⁷⁰. O fluxo de informação passa a se intensificar, assim como suas fontes e destinatários. O aumento, inicialmente quantitativo, impacta qualitativamente na relação entre “poder – informação – pessoa – controle”⁷¹.

Alan Westin é um dos autores que trata dessa relação, já em 1967. Para ele, a definição de privacidade reside, em tradução livre, na “reivindicação de indivíduos, grupos, ou

localizado do outro lado da rua. A vítima sofreu toda sorte de constrangimentos em virtude da divulgação do vídeo por redes sociais e de ações do cidadão “moralmente abalado” com a atitude, que exigiu “providências” da administração do edifício em que morava a moça. BARDELLA, Ana. Mulher é fotografada nua por vizinhos e pendura faixa de protesto na janela. *Universa – UOL*, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/08/18/mulher-e-fotografada-por-vizinhos-e-pendura-faixa-de-protesto-na-janela.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

⁶⁸Segundo Celina Souza, as teorias sobre políticas públicas, com sua estruturação e definições, ganha corpo entre as décadas de 50 e 60, com os estudos de Harold Lasswell, Herbert Simon, David Easton e Charles Edward Lindblom. Para um panorama histórico-evolutivo da teoria das políticas públicas, ver SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 65-86.

⁶⁹DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 33-34.

⁷⁰Interessante relato é feito em artigo de Ruaro, Rodriguez e Finger ao mencionar a evolução da coleta e processamento de dados demográficos dos censos, inicialmente com o uso de cartões perfurados, no 11º censo dos Estados Unidos (1890/91), tecnologia que viria a ser aprimorada pela IBM (RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 49, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/30768/19876>. Acesso em: 12 ago. 2021).

⁷¹DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 35.

instituições de determinarem para si próprios quando, como e em que medida as informações sobre eles são comunicadas a outros.”⁷² No que tange à relação do indivíduo com a sociedade, consubstanciaria a “retirada voluntária e temporária de uma pessoa da sociedade por meios físicos ou psicológicos, seja num estado de solidão ou de intimidade num pequeno grupo ou, quando em grupos maiores, numa condição de anonimato ou reserva”.⁷³

O desejo por privacidade, segundo o autor, não seria algo unicamente humano, mas poderia ser observado em diversos momentos no “mundo animal”.⁷⁴ Descrevendo uma série de relatos antropológicos, destaca a curiosidade e a vigilância como elementos da privacidade. Uma tendência universal dos indivíduos de invadir a privacidade do outro, e da sociedade de engajar-se na vigilância para se proteger contra condutas antissociais⁷⁵.

À semelhança da teoria das esferas alemã, Westin desenvolve seu estudo a partir do que chama de “quatro estados da privacidade”: solidão, intimidade, anonimidade e reserva⁷⁶. Os três primeiros estados assemelham-se respectivamente à *Intimsphäre*, *Privatsphäre* e *Sozialsphäre* mencionadas acima.

O quarto estado, chamado de “reserva”, seria o mais sutil de todos, consistindo numa barreira psicológica criada contra a intrusão não desejada. A limitação da comunicação do indivíduo sobre si mesmo adviria da discrição voluntária daqueles que o cercam⁷⁷.

É a partir deste quarto estado que Westin traz um novo e importante elemento para a noção da privacidade, ao tratar da autonomia pessoal:

The autonomy that privacy protects is also vital to the development of individuality and consciousness of individual choice in life. [...] The individual's sense that it is he who decides when to "go public" is a crucial aspect of his feeling of autonomy. Without such time for incubation and growth, through privacy, many ideas and positions would be launched into the world with dangerous prematurity.⁷⁸

⁷²No original: “Privacy is the claim of individuals, groups or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others” (WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1967. p. 7).

⁷³No original: “Viewed in terms of the relation of the individual to social participation, privacy is the voluntary and temporary withdrawal of a person from the general society through physical or psychological means, either in a state of solitude or small-group intimacy or, when among larger groups, in a condition of anonymity or reserve.” (*Id. Ibid.*, p. 7).

⁷⁴*Id. Ibid.*, p. 8-10.

⁷⁵*Id. Ibid.*, p. 19.

⁷⁶*Id. Ibid.*, p. 31.

⁷⁷*Id. Ibid.*, p. 32.

⁷⁸*Id. Ibid.*, p. 34.

Nesta passagem estão as origens do que se entende por **autodeterminação informativa**, pela qual o indivíduo tem o poder de determinar as informações pessoais que deseja trazer a público.⁷⁹

A informação pessoal, no entanto, já é vista como algo a ser apropriado, com toda sorte de consequências advindas de quem detém esse bem e o utiliza:

First, personal information, thought of as the right of decision over one's private personality, should be defined as a property right, with all the restraints on interference by public or private authorities and due-process guarantees that our law of property has been so skillful in devising. Along with this concept should go the idea that circulation of personal information by someone other than the owner or his trusted agent is handling a dangerous commodity in interstate commerce and creates special duties and liabilities on the information utility or government system handling it.⁸⁰

Para além da autonomia do indivíduo em relação ao que informar, merece destaque o estudo feito por Arthur Miller em relação ao outro extremo da relação: quem recebe e como é tratada a informação pessoal de caráter privado. Menos preditivo em relação ao futuro e atendo-se à sociedade dos Estados Unidos da época, o autor demonstra preocupação em relação à perda de controle do indivíduo em relação às suas informações pessoais⁸¹.

Considerando a evolução dos sistemas computadorizados de processamento e armazenamento de dados, Miller centra sua análise em relação a quem tem acesso a essas informações e qual a acurácia dos dados quando classificados⁸². Menciona os bancos de dados

⁷⁹A obra de Westin prossegue na análise dos meios de vigilância e controle efetivados pelo governo para o controle da sociedade, seja por meio do uso de dispositivos físicos (câmeras e microfones) ou pela coleta de dados dos indivíduos e armazenamento em bancos de dados. George Orwell e sua obra *1984* (São Paulo: Companhia das Letras, 2009), que trata de uma sociedade distópica em que os indivíduos são constantemente vigiados pelo “Grande Irmão”, são mencionados constantemente (p. 166 e 179, p. ex.). Em diversos momentos o autor “profetiza” a evolução dos meios de controle e vigilância que poderiam ser utilizados na sociedade, como o uso de câmeras e dispositivos de gravação e transmissão de voz em miniatura (p. 86), bem assim o surgimento de sistemas de computação que permitiriam o pagamento de contas de serviços como água, luz e gás sem interferência humana e dispositivos de chamada por vídeo (p. 164). No âmbito da coleta de informações, afirma que a evolução da velocidade de processamento dos computadores permitiria a criação de bancos de dados para o armazenamento de diversos dados de um indivíduo, como sua vida acadêmica e profissional, incluindo eventuais testes vocacionais e de aptidão mental que tenha feito ao longo de sua vida (p. 165). O registro é interessante, porquanto questões antevistas no século passado hoje são largamente discutidas no âmbito da proteção de dados pessoais.

⁸⁰WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*, cit., p. 324-325.

⁸¹MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*, cit., p. 25 e ss. A definição dada pelo autor quanto à privacidade, seguindo a ideia de Westin quanto ao controle da informação, está no artigo *Personal privacy in the computer age: the challenge of a new technology in an information-oriented society*. *Michigan Law Review*, v. 67, n. 6, p. 1107, 1969, como (em tradução livre) “a habilidade do indivíduo de controlar o fluxo de informações a ele concernentes que o descrevem, uma capacidade que frequentemente é essencial para o estabelecimento de relações sociais e a manutenção da liberdade pessoal”. No original: “individual's ability to control the flow of information concerning or describing him—a capability that often is essential to the establishment of social relationships and the maintenance of personal freedom.”

⁸²MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*, cit., p. 32 e ss.

governamentais, lançando reflexões sobre as consequências de determinadas informações pessoais em relação à tomada de decisões e a necessidade de sua correção e atualização⁸³. Nesse sentido, informações como o estado civil do indivíduo, estar ou não empregado, ser ou não proprietário de um imóvel e até mesmo seu grau de instrução e faixa de renda influenciam não só a tomada de decisões para a realização de políticas públicas, mas também para a concessão de eventual benefício governamental ao cidadão. No âmbito privado, esse tipo de informação serve para o direcionamento de ações de venda ou de avaliação de risco para determinados tipos de contratos.

Ainda sobre a acurácia da informação, há a questão da classificação dos indivíduos em categorias objetivas como “excelente”, “bom” ou “regular”⁸⁴. Aparentemente objetivas, a inclusão de uma pessoa nesta ou naquela categoria implicaria, naquela ocasião, alta carga de valoração subjetiva, cuja consequência custaria a elegibilidade ou não do indivíduo para determinado fim⁸⁵.

O estudo é focado principalmente sobre o extremo controle governamental em relação às informações dos cidadãos dos Estados Unidos. Já naquela época, porém, são identificados problemas em relação à privacidade advindos da formação de bancos de dados dos indivíduos, o compartilhamento dessas informações e seu tratamento. Essas preocupações seriam cada vez mais evidenciadas com a facilitação e aumento do fluxo de informações a partir da internet⁸⁶, com o uso de algoritmos poderosos, consubstanciando os mesmos pontos discutidos para o

⁸³MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*, cit., p. 34 e ss.

⁸⁴*Id. Ibid.*, p. 36.

⁸⁵Cumpreressaltar que mesmo com o surgimento dos algoritmos e o desenvolvimento da chamada inteligência artificial, buscando maior objetividade e correção das informações pessoais a partir do comportamento do indivíduo, a carga humana valorativa ainda permanece. No caso dos algoritmos, porque dependem dos valores registrados quando de sua programação. Já no desenvolvimento da inteligência artificial, em virtude dos processos de “interpretação”, ou melhor, de conversão dos dados comportamentais em classificação não condizente com a realidade. As aspas na palavra interpretação, absolutamente intencionais, devem-se ao fato de que a interpretação consubstancia atividade exclusiva humana, porquanto processo intelectual pelo qual a partir do texto se chega a um conteúdo normativo. Nesse sentido a valorosa obra de Eros Grau, *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. refundida de *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

⁸⁶O termo será grafado com letra minúscula, conforme adotado por Newton De Lucca (Marco Civil da Internet: uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1, p. 26). O autor inspira-se na lição de Philippe Le Tourneau: “le mot ‘internet’ n’est pas une marque mais un nom générique qui, comme tel, doit recevoir un article (l’internet) et point de majuscules, exactement comme le téléphone, le minitel, la radio, le télex ou la télévision.” (LE TOURNEAU, Philippe. *Contrats informatiques et électroniques*. 6. éd. Paris: Dalloz, 2010. p. 23).

surgimento das atuais legislações de proteção de dados. O texto é de 1971, mas poderia perfeitamente constar de uma obra atual versando sobre legislação de proteção de dados:

The dangers posed by the existing lack of effective controls on government information handling go beyond the unauthorized or illicit procurement of data. Information usually is extracted without any real assurance that it will be handled on a confidential basis or with the virtually meaningless pledge not to release the information outside of the government. It is highly unrealistic to expect the donor of the data to have an accurate conception of the uses to which the information might be put or the potential audience to which it might be exposed.⁸⁷

Impressiona o relato feito a partir das pesquisas demográficas do censo nos Estados Unidos de 1970. Além da pergunta referenciada por Doneda sobre os motivos para o término do primeiro casamento, aos casados mais de uma vez⁸⁸, questionava-se ao cidadão se o seu televisor possuía captação de sinal UHF e se sua casa era provida de banheira ou chuveiro, bem como de descarga no vaso sanitário⁸⁹. Se por um lado tais perguntas poderiam auxiliar no desenvolvimento de políticas públicas - especialmente as últimas, para questões de saneamento básico ou do uso consciente da água - não deixam de causar estranheza e sensação de invasão ao cidadão comum. A situação revestia-se de gravidade ainda maior, uma vez que o autor noticia que os dados coletados, sem identificação dos cidadãos, eram largamente utilizados para fins comerciais, sendo política declarada do órgão de pesquisa governamental. Além dos relatórios, o órgão disponibilizava fitas magnéticas com os dados estatísticos pelo preço de custo do material⁹⁰.

A ideia, à época, era a formação do chamado *National Data Center* (NDC), um gigantesco banco de dados que reuniria todas as informações de cidadãos dos Estados Unidos arquivadas em agências governamentais. A proposta inicial, feita por estatísticos do *Bureau of Budget*, era a de concentrar dados relativos à arrecadação e orçamento num banco de dados único, em busca de maior eficiência na sua atuação⁹¹.

O projeto do NDC não foi concretizado⁹², mas uma série de regulamentos relativos ao manuseio de informações pessoais por parte do governo estadunidense foram editados, a

⁸⁷MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*, cit., p. 64.

⁸⁸DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 36.

⁸⁹MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*, cit., p. 127. Mais adiante o autor menciona questionário encaminhado a aposentados americanos para uma chamada "Pesquisa Longitudinal da História da Aposentadoria" em que uma das perguntas versava sobre o indivíduo possuir dentes artificiais (*Id. Ibid.*, p. 139).

⁹⁰*Id. Ibid.*, p. 128.

⁹¹*Id. Ibid.*, p. 56.

⁹²DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 163.

exemplo do *Freedom of Information Act (FOIA)*, em 1967⁹³, alterado em diversas ocasiões ao longo do tempo.

Note-se que já na década de 1970 havia a preocupação não só com a proteção de dados pessoais, mas também em relação ao acesso à informação detida pelo governo, circunstância que será abordada com maior profundidade ao longo do presente estudo.

É importante registrar, ainda, a preocupação de Arthur Miller em relação à possibilidade de acesso a dados pessoais sob guarda do governo por terceiros:

The privacy problems resulting from access to governmentally held data go beyond the activities of the communications media. Employers, creditors, business rivals, and a multitude of others having what they conceive to be an "interest" in a particular individual also have occasion to seek information about him from the government. In the past the relative inaccessibility and decentralized character of federal records, coupled with a bureaucratic reluctance to open the files to outsiders, provided the requisite safeguards against public scrutiny of governmental data.⁹⁴

Para Miller, porém, refutando a chamada “teoria da propriedade do dado pessoal”, o objeto da proteção à privacidade individual é a tranquilidade psicológica e emocional, impedindo a disseminação prejudicial de informação pessoal, sem que isso implique definir a titularidade da informação ou que tal tutela seja utilizada como método para determinar quem tem direito a controlar sua exploração comercial⁹⁵. Não obstante o extraordinário trabalho do autor, trazendo à lume já no século passado os perigos advindos das informações em posse do Estado e seu manuseio equivocado, esse “recuo” em sua definição da tutela da privacidade restringe as possibilidades de análise em relação ao que se viu posteriormente no desenvolvimento da proteção de dados pessoais.

Contraopondo-se às teorias do controle da informação, está o magistério de Ruth Gavison. Para a autora, esse “controle” sugere que o aspecto principal da privacidade seria a capacidade de escolha do indivíduo e o respeito à sua opção. No entanto, vincular a privacidade ao controle relacionar-se-ia muito mais ao poder de fazer certas escolhas do que ao modo em que o indivíduo escolhe exercitar esse poder.

A privacidade não depende de uma escolha, segundo Gavison, havendo a necessidade de uma moldura em que a privacidade possa ser o resultado de um exercício específico de controle, quando se opta por não revelar determinada informação pessoal, por exemplo, ou

⁹³DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 240-241.

⁹⁴MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*, cit., p. 153.

⁹⁵*Id. Ibid.*, p. 212.

quando determinados comportamentos praticados em ambiente privado são vedados em público por força de lei⁹⁶.

Não obstante afirmar que parte de uma “*definição neutra*” e meramente descritiva, foca sua análise precipuamente nas possibilidades de perda da privacidade, apontando como seus elementos principais o segredo, o anonimato e a solidão.⁹⁷ Para ela, privacidade é a limitação de acesso de outros ao indivíduo⁹⁸, denotando clara **concepção negativa**.

As hipóteses trazidas no artigo, porém, estão longe de qualquer neutralidade, confirmando a existência do controle das informações pessoais, bem como indicando diversos momentos em que há claro juízo valorativo para que se constate a violação à privacidade e a necessidade de proteção da lei.⁹⁹ A autora buscou uma visão “pura” da privacidade, a exemplo do que Hans Kelsen realizou em sua *Teoria pura do direito*. Assim como o autor austríaco, teve de realizar diversos recortes que ignoravam situações do mundo fático para garantir a *pureza* de sua tese¹⁰⁰.

Ainda que determinados autores nacionais acreditem ser a visão de Gavison a mais condizente com o ciberespaço e a proteção de dados pessoais¹⁰¹, as teorias do controle da informação de Westin e Miller apresentam maior concisão quando aplicadas à realidade fática. Conferem, ademais, maior coerência com a evolução do pensamento que culminou com o

⁹⁶GAVISON, Ruth. Privacy and the limits of law. *The Yale Law Journal*, v. 89, n. 3, p. 427, 1980. https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2060957_code819270.pdf?abstractid=2060957&mirid=1.

⁹⁷*Id. Ibid.*, p. 428.

⁹⁸*Id. Ibid.*, p. 428.

⁹⁹Assim, por exemplo, ao tratar da informação conhecida sobre um indivíduo, afirma que a quantidade de conhecimento é menos importante do que a qualidade de seu conteúdo, que deve ser representativo da esfera privada da pessoa (*Id. Ibid.*, p. 429-430). Em outro tópico, afirma que ocorre a perda de privacidade de um indivíduo quando ele passa a ser motivo de atenção da sociedade (p. 432), para linhas adiante afirmar que há momentos em que a atenção ao indivíduo não implica necessariamente tal perda (p. 435). Em ambos os casos há necessidade de valoração da informação, para que se constate o caráter privado, bem como o nível de atenção dado à pessoa. A própria autora reconhece que determinadas situações reconhecidas como invasão de privacidade pela doutrina estariam fora de proteção, de acordo com sua definição “neutra”, como por exemplo a exploração comercial (p. 436). Há, portanto, diversos “furos” no desenvolvimento de sua tese, frequentemente recorrendo a hipóteses exemplificativas para se fazer compreender.

¹⁰⁰Igualmente crítico às teorias de Westin e Miller, citado por Gavison, está Louis Lusky. Ele reconhece, no entanto, o trabalho dos dois autores norte-americanos, cujas bases devem ser respeitadas, ainda que o trabalho tenha um determinado viés: “*Such an endeavor will not involve the scrapping of good work that has already been done by Westin and his followers, any more than Einstein scrapped the work of Newton. It is a matter of trueing and strengthening foundations that are well laid but slightly skewed. And it is a matter of writing upon the doorposts of our house, and upon our gates, the creed of the legal scholar: Speak true, right wrong, shun cant, stick to the point---else, wherefore born*” (LUSKY, Louis. Invasion of privacy: a clarification of concepts. *Columbia Law Review*, vol. 72, n. 4, p. 710, 1972).

¹⁰¹SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*, cit., p. 141.

desenvolvimento da concepção ativa da privacidade, bem como da chamada privacidade contextual, como se verá adiante¹⁰².

No final da década de 1970 e início da década de 1980, Richard Posner e Jack Hirshleifer tratarão da privacidade sob a perspectiva econômica, importante aspecto de seu conteúdo para o presente estudo.

Em artigo de 1978, Posner afirma que há informações sobre si mesmas que as pessoas estão dispostas a manter em segredo, inclusive mediante pagamento, e terceiros que estariam interessados neste tipo de informação, também incorrendo em algum tipo de retribuição, caso necessária, para sua obtenção. Nesta asserção estariam presentes dois bens intermediários: a privacidade e a curiosidade - *privacy* e *prying*, na dicção ao autor, utilizada a segunda expressão no sentido não pejorativo do termo (bisbilhotar)¹⁰³.

O professor norte-americano já percebe a possibilidade de precificação da divulgação de dados pessoais por quem os detém, dependendo da natureza e proveniência da informação e dos custos de transação. A possibilidade de valoração da transação – e de investimento na produção de tais informações – justificariam, em princípio, a proteção legal à propriedade de tais direitos, a exemplo do chamado “segredo comercial”:

That disclosure of personal information is resisted by, i.e., is costly to, the person to whom the information pertains yet is valuable to others may seem to argue for giving people property rights in information about themselves and letting them sell those rights freely. The process of voluntary exchange would then assure that the information was put to its most valuable use. The attractiveness of this solution depends, however, on (1) the nature and provenance of the information and (2) transaction costs.

The interest in encouraging investment in the production of socially valuable information presents the strongest case for granting property rights in secrets. This is the economic rationale for according legal protection to the variety of commercial ideas, plans, and information encompassed by the term “trade secret.”

Ao analisar a questão atinente aos custos de transação, menciona exemplos interessantes quanto à concessão de direito de propriedade às informações pessoais. No âmbito público, traz a hipótese de o escritório do censo ter de pagar pelas informações fornecidas pelos cidadãos. Na seara privada, a possibilidade de repasse de lista de assinantes de determinada revista a outra

¹⁰²Nesta mesma ocasião desenvolveu-se a teoria dos chamados “reducionistas”, autores que negavam a existência de um direito autônomo à privacidade. Para eles, a privacidade consubstanciaria um conjunto de direitos, como o direito à propriedade, à liberdade e à incolumidade. Neste sentido a filósofa norte-americana Judith Jarvis Thomson (*The right to privacy. Philosophy and Public Affairs*, v. 4, n. 4, p. 295-314, 1975. Disponível em: https://canvas.harvard.edu/files/6138374/download?download_frd=1).

¹⁰³POSNER, Richard Allen. The right of privacy. *Georgia Law Review*, v. 12, n. 3, p. 394-395, 1978. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2803&context=journal_articles. Acesso em: 12 ago. 2021.

editora, apenas com o consentimento daqueles (hipótese semelhante à venda de listas de correios eletrônicos – *mailings* - que se vê nas práticas comerciais atuais). No primeiro caso, a medida obrigaria à elaboração de complexa tabela para precificar cada informação. No segundo, o custo de obtenção do consentimento dos assinantes poderia ser maior que o valor da própria lista. Em ambas as situações, porém, o custo da revelação da informação seria pequeno. Para a hipótese do censo, as informações relevantes que poderiam ser utilizadas em prejuízo do cidadão estariam asseguradas pela regulação da concorrência e pelo sigilo fiscal. No caso da circulação da relação de assinantes, o adquirente da lista não teria o poder de impor custos substanciais aos que constassem do rol¹⁰⁴.

Na visão de Posner, a proteção à privacidade das informações pessoais aproveitaria apenas aos que possuem fatos desabonadores de caráter – como eventuais dívidas ou condutas morais passadas – ou que queiram ocultar determinadas informações importantes em determinadas relações (como o indivíduo que oculta sua esterilidade à sua noiva)¹⁰⁵.

Ao fim e ao cabo, conclui que tal regulação é ineficiente para a economia, sendo recomendável apenas para a proteção dos segredos comerciais. Por sua vez, fatos como o estado de saúde, temperamento e até mesmo a renda dos indivíduos não gozariam do status de informações de sua propriedade, sendo possível apenas prevenir sua descoberta por meios intrusivos. A vigilância sobre a pessoa seria limitada ao monitoramento de atividades ilegais¹⁰⁶.

Alguns anos mais tarde, Posner já utiliza a expressão “economia da informação”, reiterando que os mesmos fatores econômicos que guiam os comportamentos de busca por trabalhadores e consumidores podem determinar os investimentos para a obtenção ou proteção da informação privada. Tal regulação afigura-se redistributiva em relação a oportunidades relevantes, favorecendo as pessoas que possuem registros desabonadores – mencionadas no artigo anterior - em detrimento do “cidadão médio”. O reforço desta disciplina, porém, compromete a eficiência econômica, como por exemplo a fixação de taxas de juros mais altas para a cobertura de risco dos tomadores de empréstimo inadimplentes.¹⁰⁷ Trata-se de uma visão altamente liberal, em que prepondera o mercado em detrimento do indivíduo e da sociedade civil.

¹⁰⁴POSNER, Richard Allen. The right of privacy, *cit.*, p. 399.

¹⁰⁵*Id. Ibid.*, p. 399.

¹⁰⁶*Id. Ibid.*, p. 404. Em relação especificamente à renda e sua revelação, há apontamentos importantes que serão retomados em momento oportuno.

¹⁰⁷POSNER, Richard Allen. The economics of privacy. *The American Economic Review*, v. 71, n. 2, p. 405-409, May 1981.

Jack Hirshleifer, por sua vez, focará na privacidade enquanto liberdade e autonomia do indivíduo perante a sociedade e – mais especificamente – o governo. Numa análise que mescla história natural e desenvolvimento social, estabelece as três principais regras da interação social: a regra de ouro – o compartilhamento, a regra de prata – o reconhecimento de direitos privados (consequentemente da privacidade) e a regra de ferro – a dominação¹⁰⁸. Compreendendo-se tais regras como “éticas de dois lados” (*two-sided ethics*), a ética da privacidade teria iniciado, historicamente, a partir da mudança dos agrupamentos sociais de caçadores/coletores para o meio de vida agrícola¹⁰⁹. A ambiguidade dessa ética residiria na vontade de se conceder direitos a outros, bem como na vontade de, como terceiro não interessado, reforçar tais direitos contra violações¹¹⁰.

Em sentido diametralmente oposto a Posner, Hirshleifer conclui que a ética da privacidade é uma ferramenta poderosa para a criação de riqueza. Adverte, porém, quanto ao uso constante da “eficiência”, enquanto maximização de riqueza agregada, como critério de política social¹¹¹.

Ainda no ano de 1987, Spiros Simitis faz importantes reflexões quanto à “sociedade da informação” referida por Posner. Também é um dos primeiros a mencionar o termo “transparência”, indicando os novos rumos que a coleta e recuperação de dados pelo governo e por entidades privadas tomavam na sociedade¹¹². Retomando as origens do direito à privacidade, afirma que “o acesso do cidadão à informação termina onde o pedido burguês por privacidade começa”¹¹³. Há o estabelecimento de uma importante relação entre privacidade e transparência. A privacidade compreendida como o direito de ser deixado só impediria a transparência necessária a um processo democrático para a tomada de decisões¹¹⁴.

A privacidade do indivíduo é vista pelo autor com uma forma de participação num governo democrático, na medida em que lhe confere a capacidade de participar do debate

¹⁰⁸HIRSHLEIFER, Jack. Privacy: its origin, function, and future, *cit.*, p. 649-664.

¹⁰⁹*Id. Ibid.*, p. 659.

¹¹⁰*Id. Ibid.*, p. 663.

¹¹¹*Id. Ibid.*, p. 663.

¹¹²SIMITIS, Spiros. Reviewing privacy in an information society. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 135, p.729, 1987. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn_law_review. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹¹³No original: “*The citizen's access to information ends where the bourgeois' claim for privacy begins*” (*Id. Ibid.*, p. 731).

¹¹⁴*Id. Ibid.*, p. 731. A mesma visão em relação à liberação do acesso às informações como forma de permitir a contribuição popular para as políticas está também “do outro lado do Atlântico”, como se vê em RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, *cit.*, p. 33.

público. O processamento cada vez mais automatizados dos dados aumenta a transparência e, conseqüentemente, o arcabouço de informações para que o indivíduo possa não apenas dispersar seu conteúdo, como também transformá-los em anseios políticos. Quando se diminui demais a privacidade, diminuem a capacidade de avaliação pessoal do processo político e social, bem como a possibilidade de se desenvolver e manter um estilo próprio de vida¹¹⁵:

When the relationship between information processing and democracy is understood, it becomes clear that the protection of privacy is the price necessary to secure the individual's ability to communicate and participate.¹¹⁶

Algumas teorias passarão a adotar conteúdos relacionados à dignidade individual e à liberdade¹¹⁷. Assim o estudo de Robert Post, associando a privacidade a estas novas perspectivas, para além do enfoque exclusivo na informação e criação de conhecimento¹¹⁸.

A privacidade como dignidade fundamenta-se em regramentos sociais - não necessariamente contidos em lei - de respeito que devemos uns aos outros como membros de uma comunidade. Pressupõe que as pessoas estejam socialmente inseridas e suas relações encontrem-se regidas por normas sociais, cuja violação constitua uma lesão “intrínseca”, isto é, que causam lesão independentemente de outras conseqüências, como declarações públicas falsas, ou ainda, o respeito que colegas de trabalho devem ter no ambiente laboral, evitando situações de assédio (invasão da dignidade/privacidade).¹¹⁹ A dignidade individual compõe-se de valores socialmente compartilhados, mútuos, diferente da autonomia individual, compreendida como a criação da própria identidade pelo indivíduo, definindo-se a si mesmo¹²⁰.

Já a privacidade entendida como liberdade pressupõe a diferença em lugar da mutualidade, contemplando o espaço em que os regramentos sociais são suspensos, em vez de reforçados. É o inverso da dignidade, na medida em que se permite que o indivíduo possa se

¹¹⁵SIMITIS, Spiros. Reviewing privacy in an information society, *cit.*, p. 731-734.

¹¹⁶*Id. Ibid.*, p. 746.

¹¹⁷A primeira corrente influenciará o tema no direito brasileiro, como se verá mais adiante.

¹¹⁸POST, Robert Charles. Three concepts of privacy. *Georgetown Law Journal*, v. 89, p. 2087-2098, 2001. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1114/Three_Concepts_of_Privacy.pdf?sequence=2#:~:text=The%20first%20connects%20privacy%20to,third%20connects%20privacy%20to%20freedom. Acesso em: 12 ago. 2021. O artigo traz interessante comparação ao caso de assédio sexual envolvendo o então Presidente da República dos Estados Unidos Bill Clinton e uma estagiária da Casa Branca (Monica Lewinsky).

¹¹⁹*Id. Ibid.*, p. 2092-2093.

¹²⁰*Id. Ibid.*, p. 2092 e 2094. Um exemplo citado pelo autor para compreender a distinção entre autonomia e dignidade seria a legislação francesa que proíbe a disposição do próprio corpo e de suas partes, em nome da dignidade da pessoa humana, da legislação americana, que em que determinadas relações comerciais e de propriedade são autorizadas por lei, preponderando-se em alguns casos a autonomia do indivíduo sobre uma inalienável dignidade.

autodefinir, expondo aspectos de sua identidade em determinados contextos e ocultando em outras situações¹²¹. Uma observação interessante do autor em relação a essa noção de privacidade diz respeito à regulação estatal. A compreensão de privacidade como liberdade permite avaliar os impactos negativos da regulamentação – aquilo que se perde em virtude do exercício da atividade normativa, sem indicar, no entanto, qual o caminho que deve ser seguido pelo ente estatal nesta função.

Ainda nesta visão da privacidade como liberdade, embora sob outro enfoque, está o pensamento de Anita Allen. A professora disserta sobre a noção de “privacidade coercitiva”, a partir de uma visão por ela mesma chamada de “liberal”¹²². A privacidade coercitiva consistiria na imposição de normas para que todos vivam numa concepção particular de privacidade¹²³. Neste sentido, por exemplo, a política “*Don’t ask, don’t tell*” do exército norte-americano, em que os membros gays não eram encorajados a revelarem sua sexualidade, assim como os superiores na hierarquia militar não deveriam perguntar a respeito aos seus subordinados.

Quando da publicação do artigo ainda não era vivida a revolução dos *smartphones*, mas a autora é uma das primeiras a analisar os efeitos “erosivos” da tecnologia nas experiências e expectativas de privacidade, tais como aparelhos celulares, câmeras de vigilância e bancos de dados.

Outro aspecto ressaltado pela autora para a alteração dos paradigmas de privacidade então existentes eram as novas oportunidades de ganhar dinheiro mediante a exposição voluntária da vida privada: transmissão da vida íntima via internet, venda de informações pessoais para publicação e programas sensacionalistas que exploravam determinados aspectos polêmicos da vida privada de pessoas comuns¹²⁴. Não obstante, assinala que a comunicação anônima e criptografada na internet denota que o desejo por privacidade ainda permanece vivo na sociedade civil. A privacidade coercitiva, mediante regulamentação estatal, não seria o caminho adequado, antes recrudescendo o paternalismo, a censura, a repressão e a burocracia¹²⁵.

¹²¹POST, Robert Charles. Three concepts of privacy, *cit.*, p. 2095.

¹²²O uso da palavra “liberal” na doutrina americana não guarda relação apenas com uma visão pautada no *liberalismo*, frequentemente associado a um posicionamento mais conservador nos costumes e de menor intervenção estatal na economia. No próprio artigo da professora há menção aos “liberais moralistas”, afetos a esta visão, bem como aos “liberais conservadores” e “liberais liberais” (ALLEN, Anita LaFrance. Coercing privacy, *cit.*, p. 724-725).

¹²³*Id. Ibid.*, p. 729.

¹²⁴*Id. Ibid.*, p. 730.

¹²⁵*Id. Ibid.*, p. 734-735.

O empoderamento mediante educação (e pregação, segundo a autora), seria o caminho para a consciência da privacidade¹²⁶. Há uma relação feita por Allen entre a privacidade vista como liberdade, embora diferente de Post, mas ligada ao pensamento liberal norte-americano:

As liberals, we should not want people to sell all their freedom, and, as liberals, we should not want people to sell all their privacy and capacities for private choices. This is, in part, because the liberal conceptions of private choice as freedom from governmental and other outside interference with decision making closely link privacy and freedom. The liberal conception of privacy as freedom from unwanted disclosures, publicity, and loss of control of personality also closely links privacy to freedom¹²⁷.

A noção de privacidade de Allen, seria liberal e igualitária, na medida em que garante aos indivíduos autonomia e informação para suas escolhas, bem como uma infraestrutura que proporciona igualdade educacional, econômica e sexual para uma opção qualitativa¹²⁸. A privacidade coercitiva, pura e simples, representaria uma ameaça ao ideal liberal igualitário de tolerância, de modo que uma pluralidade de noções e oportunidades em relação à privacidade deveriam se desenvolver¹²⁹.

Um viés interessante exposto por Allen é o do impacto da privacidade em relação às minorias, notadamente as mulheres, negros e a comunidade LGBTQIA+. Ela própria, uma mulher negra, afirma que um dos efeitos nefastos do respeito irrestrito à esfera privada é a transformação do ambiente doméstico num local perigoso, que favorece a violência contra a mulher, as crianças e os idosos¹³⁰. Aqui reinaria a lógica de que o que ocorre no ambiente doméstico ali permanece, sem que ninguém tivesse o direito de imiscuir-se na vida privada familiar. Infelizmente, a confirmação de sua teoria foi sentida diretamente em várias partes do mundo durante o período de quarentena na pandemia de COVID-19 no ano de 2020, em que o número de casos de violência doméstica aumentou consideravelmente.¹³¹

¹²⁶ALLEN, Anita LaFrance. *Coercing privacy, cit.*, p. 735.

¹²⁷*Id. Ibid.*, p. 752.

¹²⁸*Id. Ibid.*, p. 754.

¹²⁹*Id. Ibid.*, p. 756.

¹³⁰*Id. Ibid.*, p. 742. A autora integra o grupo de mulheres que retratou a chamada concepção feminista da privacidade, conforme SOLOVE, Daniel Justin; SCHWARTZ, Paul M. *Information privacy law, cit.*, p. 69-76. Além de Anita Allen, destacam-se as obras de MACKINNON, Catharine Alice. *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989; MCCLAIN, Linda C. *Inviability and privacy: the castle, the sanctuary, and the body*. *Yale journal of Law & the Humanities*. v. 7, n. 1, p. 195-241, 1995. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3870&context=faculty_scholarship. Acesso em: 12 ago. 2021. Para um histórico sobre as conquistas femininas no direito americano, ver SIEGEL, Reva B. "The rule of love": wife beating as prerogative and privacy. *The Yale Law Journal*, v. 105, p. 2117-2207, 1996.

¹³¹Nesse sentido o artigo de VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato e MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? *Revista brasileira de Epidemiologia*, v. 23, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRYwsTn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 set. 2020. O artigo traz referências jornalísticas de diversos locais do globo.

Em relação à comunidade LGBTQIA+, afirma que a ideologia conservadora de privacidade – coercitiva – apoia a noção de que gays e lésbicas devem permanecer silenciosamente “no armário”.¹³²

Como se vê, as teorias da segunda metade do século passado evidenciam, ao fim e ao cabo - e antes das transformações decorrentes do advento da internet -, que o aumento da quantidade de informações pessoais coletadas por órgãos governamentais para direcionamento de políticas públicas transforma a noção de privacidade. Como assinala Mota Pinto, não só o problema da privacidade, mas também a sua solução, são regidos por uma “tensão de base entre o social e o individual”.¹³³

Numa visão mais “pacífica” que a dos autores norte-americanos em relação aos resultados dessa tensão, chega-se à obra de Stefano Rodotà. Dentre suas linhas de pesquisa, dedicou-se ao estudo dos impactos da tecnologia digital nos direitos da personalidade. Publicou suas conclusões sob o título de “Tecnologias e direitos” (*Tecnologie e diritti*), no ano de 1995, obra citada com bastante frequência pelos autores brasileiros que se dedicaram ao tema¹³⁴. Ao longo dos anos, o debate desdobrou-se em outras publicações como *Dall soggetto alla persona* e diversos ensaios e artigos, incluindo a edição brasileira *A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje*¹³⁵.

O professor italiano afirma que a privacidade passa de um privilégio da antiga classe burguesa ou da elite da sociedade moderna para servir como instrumento para realização da igualdade¹³⁶. Também mencionando a autodeterminação informativa, enquanto poder de

¹³²ALLEN, Anita LaFrance. Coercing privacy, *cit.*, p. 747. No mesmo sentido Cathy Harris, que ressalta a relação inversamente proporcional entre a garantia da privacidade a gays e lésbicas e a perpetuação da opressão e da impossibilidade de expressão de sua sexualidade em público. (In: Outing privacy litigation: toward a contextual strategy for lesbian and gay rights. *George Washington Law Review*, Washington, D.C., v. 65, n. 2, p. 268-269, 1997). No final da década de 1980, uma interessante análise jurisprudencial americana é realizada por Jed Rubinfeld, em The right of privacy. *Harvard Law Review*, v. 102, n. 4, p. 737-807, Feb. 1989. <https://doi.org/10.2307/1341305>. Ainda de maneira geral, colocando a privacidade como fortalecedora das relações humanas, favorecendo o amor, a amizade e a confiança, veja-se FRIED, Charles. Privacy. *The Yale Law Journal*, v. 77, n. 3, p. 475-493, 1968.

¹³³PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, *cit.*, p. 510.

¹³⁴Mencionam o autor italiano em suas obras Danilo Doneda e Thiago Sombra, já citados em notas anteriores, como também Bruno Bioni (*Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020), além de obras coletivas a ele dedicadas, a exemplo de TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹³⁵Não obstante as diversas citações de *Tecnologie e diritti* em obras de outros autores, não foi possível obter o volume original, editado em 1995. Felizmente, no ano de 2021, uma segunda edição, atualizada pelo autor até o seu falecimento e, posteriormente, aos cuidados dos professores Guido Alpa, Rosaria Marella, Giovanni Marini e Giorgio Resta, foi possível compreender com profundidade o pensamento do chamado “jurista das novas tecnologias”. Não sem motivo, as ideias contidas em sua obra permeiam diversos capítulos do presente estudo.

¹³⁶RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, *cit.*, p. 30.

decidir aquilo que deseja fornecer como dado a respeito de si mesmo, propõe uma noção *ativa* de privacidade: o indivíduo passa a ser visto como centro emanador da informação, fonte para os órgãos públicos e privados¹³⁷.

Alarga-se a perspectiva da defesa da privacidade para além de uma visão puramente proprietária para uma integração entre os controles individuais e coletivos, reforçando-se a teoria de Westin, exposta acima, colocando-se em equilíbrio ambos os interesses¹³⁸. Consequentemente, muda-se o eixo de pensamento em relação ao direito à privacidade, passando de “pessoa-informação-sigilo” para “pessoa-informação-circulação-controle”. Numa evolução à teoria de Westin, Rodotà propõe que o indivíduo possa exigir formas de “circulação controlada” e não somente interromper o fluxo de suas informações pessoais¹³⁹.

Analisando esta mesma ideia do autor italiano, Danilo Doneda reforça esse caráter “solidário” em relação ao “novo” direito à privacidade:

Algo paradoxalmente, a proteção da privacidade na sociedade da informação, a partir da proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos outrora improponíveis e nos induz a pensá-la como um elemento que, mais do que garantir o isolamento com a tranquilidade, serve a proporcionar ao indivíduo os meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria dentro de um paradigma de vida em relação que sob o signo da solidariedade isto é de forma que a tutela da privacidade compra um papel positivo para o potencial de comunicação e relacionamentos do indivíduo.

Interessante definição desenvolvida por Rodotà diz respeito ao chamado *núcleo duro* da privacidade. Na lição do professor italiano, este abrange os dados relativos à opinião política, sindicais ou de qualquer outro gênero, fé religiosa, raça, saúde e hábitos sexuais¹⁴⁰.

Esse núcleo duro deve ser integrado, no entanto, por dados cujo conhecimento e utilização podem implicar algum tipo de discriminação, como os relativos à saúde do indivíduo, revelando-se as últimas tendências da noção de privacidade: a não-discriminação e o sigilo acompanhado do controle de quem tem acesso a tais informações¹⁴¹.

¹³⁷RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 30-34. “De discurso fechado nas fronteiras de uma classe, a privacidade se projeta sobre a coletividade.” (*Id. Ibid.*, p. 32).

¹³⁸*Id. Ibid.*, p. 50.

¹³⁹*Id. Ibid.*, p. 93.

¹⁴⁰*Id. Ibid.*, p. 78. No mesmo sentido em RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 90. O Professor Stefano Rodotà foi o primeiro presidente da autoridade administrativa italiana garantidora da proteção de dados pessoais (1995-2005). Não por acaso, estes foram os dados considerados sensíveis na legislação daquele país, nos termos do artigo 1, “d”, do Decreto Legislativo nº 196, de 30 de junho de 2003, rol que veio a ser ampliado pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), norma comunitária europeia, em seu artigo 9º.

¹⁴¹RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 96-98.

As reflexões do professor sobre a noção da privacidade perpassam pelo que classifica como *três paradoxos*, situações em que a busca por privacidade se contradiz com seu próprio conteúdo ou produz efeitos aparentemente inesperados. Embora o tema seja retomado quando da análise da proteção de dados pessoais, os paradoxos poderiam ser sintetizados nas seguintes proposições¹⁴²: a) o avanço tecnológico auxilia na formação de uma esfera privada mais robusta, todavia mais suscetível a ameaças, reclamando o fortalecimento de sua proteção jurídica; b) a garantia da plenitude da esfera pública implica um forte controle de garantia de privacidade em relação à coleta e circulação de informações que integram seu núcleo duro; c) o desenvolvimento de legislações sobre a tutela dos dados pessoais foi acompanhado pela edição de leis que disciplinaram o acesso às informações, precipuamente públicas, e em alguns casos, privadas¹⁴³.

A privacidade consolida-se como direito da personalidade, acompanhada do reconhecimento de outros direitos da mesma seara, como o direito de publicidade e o direito à identidade pessoal, exigindo-se a regulamentação da questão relativa à coleta, uso e circulação de informações pessoais¹⁴⁴. A sociedade da informação se transforma, como indica a seguinte passagem:

A sociedade da informação se especifica, portanto, como “sociedade dos serviços”, como elevada padronização e crescentes vínculos internacionais. Disso decorrem duas consequências: quanto mais os serviços são tecnologicamente sofisticados, mais o indivíduo deixa nas mãos do fornecedor do serviço uma cota relevante de informações pessoais; quanto mais a rede de serviços se alarga, mais crescem as possibilidades de interconexões entre bancos de dados e de disseminação internacional das informações coletadas.¹⁴⁵

Os “dilemas” daí resultantes apontados pelo doutrinador europeu assemelham-se aos apontados em solo norte-americano, como se viu na lição de Anita Allen entre uma visão “liberal” e “igualitária” da privacidade: a aceitação da lógica de mercado e a tutela das informações pessoais; a privacidade como limitadora ao jogo mercadológico ou como propriedade livremente negociável; a inalienabilidade dos direitos individuais e a possibilidade de disposição, consentida pelo seu titular¹⁴⁶.

¹⁴²RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 95-97.

¹⁴³O que definitivamente não ocorreu no Brasil, como se verá adiante.

¹⁴⁴RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 98-99.

¹⁴⁵*Id. Ibid.*, p. 100.

¹⁴⁶*Id. Ibid.*, p. 100.

Em relação especificamente à tutela das informações pessoais, Rodotà opõe-se ao pensamento puramente liberal de Posner, ao defender que a regulamentação não compromete a eficiência do mercado. Isso porque a segurança de regras objetivas para a solução de conflitos, em vez de deixá-los ao sabor do mercado, atende aos interesses econômicos das empresas, que muitas vezes pressionam o governo para a aprovação de tal regramento¹⁴⁷.

Chega-se assim a mais um patamar na formação do conteúdo atual do direito à privacidade, como o “direito a manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. O objeto deste direito pode ser identificado no "patrimônio informativo atual ou potencial" de um sujeito¹⁴⁸”.

Nessa visão, a informação é elemento objetivo, sendo a finalidade a obtenção de uma esfera privada, como um dos aspectos do desenvolvimento da personalidade¹⁴⁹. A consagração do direito à privacidade como direito fundamental, reconhecido pela maioria das legislações ocidentais, elimina as visões dos chamados “reducionistas”. O *status* de direito fundamental, por sua vez, restringe as possibilidades de limitação, sendo possível apenas em relação a direitos da mesma categoria¹⁵⁰.

O estabelecimento desses novos elementos no conteúdo do direito à privacidade amalgama sua discussão à questão da proteção de dados pessoais, da capacidade de decisão e do comportamento dos indivíduos frente às novas possibilidades de autodeterminação informativa.

2.3 Novas fronteiras do conteúdo do direito à privacidade: economia e contexto

A análise das novas fronteiras do direito à privacidade exige o conhecimento de novas balizas filosóficas da sociedade.

A sociedade da informação foi objeto de estudo de Manuel Castells. Para o sociólogo espanhol, a economia global organiza-se em centros de controle e comando interligados em redes¹⁵¹.

¹⁴⁷RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje, cit.*, p. 54.

¹⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 109.

¹⁴⁹DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 132.

¹⁵⁰RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje, cit.*, p. 105.

¹⁵¹CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 465. (Trilogia: A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1).

O espaço atual estaria organizado sob a forma de fluxos: de capital, da informação, de tecnologia, de interação organizacional, de imagens, sons e símbolos. Mais do que elementos da organização da sociedade em rede, os fluxos representam os processos que dominam a vida econômica, política e simbólica. O espaço de fluxos é a organização material das práticas sociais de tempo compartilhado. As práticas sociais dominantes estão presentes nas estruturas sociais dominantes, isto é, no agir de organizações e instituições que desempenham um papel estratégico na formulação da consciência social¹⁵².

Esse espaço é composto de três camadas, sendo a primeira delas um circuito de impulsos eletrônicos (microeletrônica, telecomunicações, processamento computacional, sistemas de transmissão e transporte em alta velocidade com base em tecnologias da informação). As outras duas camadas são os centros de funções estratégicas e de comunicação (os “nós” da estrutura) e a organização espacial das elites gerenciais dominantes (não das classes)¹⁵³.

Ressaltando o poder da identidade nesta nova organização social, Castells trata das novas ameaças à privacidade dos indivíduos, menos atribuídas ao Estado e mais presentes nas organizações empresariais e redes de informação privada. Do mesmo modo que a tecnologia da informação pode ser colocada a serviço da vigilância e do controle por parte do Estado, também pode ser utilizada pelo cidadão para aumentar o controle sobre o agir estatal, acessando informações em bancos de dados públicos, interagir com seus representantes e assistir a sessões públicas transmitidas em tempo real:

O que o poder da tecnologia faz é amplificar extraordinariamente as tendências inerentes às estruturas sociais e instituições: as sociedades opressoras podem ser tanto mais com as novas ferramentas de vigilância, enquanto sociedades democráticas e participativas, ao fazer uso do poder da tecnologia, podem aumentar sua abertura e sua representatividade ao distribuir mais o poder político.¹⁵⁴

O autor ressalta que o Estado coletou diversas informações dos cidadãos ao longo dos anos. Atualmente, a questão é a reunião de informações do indivíduo por parte de empresas e organizações privadas, e a criação de um mercado para esses dados. A figura do “Grande Irmão” teria sido substituída por uma “miríade de ‘irmãzinhas’ lisonjeiras que invadiram todos os campos das nossas vidas e, assim, se relacionam com cada um de nós no âmbito pessoal por saberem quem somos”¹⁵⁵.

¹⁵²CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*, cit., p. 494.

¹⁵³*Id. Ibid.*, p. 494-497.

¹⁵⁴CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt. 9; ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018. p. 405. (Trilogia: A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 2).

¹⁵⁵*Id. Ibid.*, p. 406.

O computador tornou possível o processamento das informações, de modo a individualizá-las para um uso específico e personalizado. A internet, por sua vez, foi responsável por permitir a difusão do produto dessas operações computacionais para milhões de indivíduos de uma só vez, numa velocidade instantânea.

Nesse contexto, não há como se furta às *teorias líquidas* de Zygmunt Bauman. A *modernidade líquida* preconizada pelo pensador polonês coaduna-se com a revolução trazida pelo ciberespaço, na medida em que este não reconhece limites territoriais. O poder desprende-se do território e pode ser exercido de qualquer lugar, com a velocidade da eletrônica, fazendo com que o tempo se reduza ao instantâneo¹⁵⁶.

Poder e política se desagregam. O primeiro agora é extraterritorial, enquanto a política permanece local, uma vez que não possui a capacidade de atuação em nível mundial. Na ausência de um controle político, o poder, notadamente o poder de vigilância exercido por órgãos governamentais e corporações privadas, desborda das fronteiras nacionais, com toda sorte de incertezas¹⁵⁷.

Nesse mundo da vigilância líquida, ainda há o problema dos sistemas e processos que ignoram qualquer consideração de caráter moral, tendência chamada por Bauman de “adiaforização”. Uma das facetas da adiaforização é justamente a obtenção de dados pessoais, sejam biométricos ou contidos em cartões de acesso, os quais são processados, analisados, relacionados a outros dados e restituídos como informações replicadas. Essa fragmentação de dados inspira mais confiança do que a própria pessoa que conta sua própria história¹⁵⁸.

Bauman recorre ao “panóptico” de Jeremy Bentham¹⁵⁹, posteriormente revisitado por Foucault¹⁶⁰, para explicar as transformações ocorridas na modernidade líquida em relação às novas relações de vigilância.

O Panóptico consubstancia uma construção prisional em que os internos permanecem fixados em suas camas, celas ou bancadas. Não podem se mover, porquanto sob vigilância constante, e permanecem nos locais indicados por não saberem onde estão os vigias. Estes podem mover-se livremente na estrutura, sem serem vistos pelos prisioneiros. A arquitetura do

¹⁵⁶BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 19.

¹⁵⁷BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilância líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 13.

¹⁵⁸*Id. Ibid.*, p. 15.

¹⁵⁹BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

¹⁶⁰FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

edifício e a mobilidade dos vigilantes garantem sua dominação. A fixação dos vigiados e o estabelecimento de uma rotina é a estratégia para o exercício do poder. O Panóptico é um modelo de “engajamento e confrontação mútuos entre os dois lados da relação do poder”¹⁶¹.

O que existe na modernidade líquida é uma realidade “pós-Panóptica”. Se no Panóptico o que importava era que os vigias ali estavam, nas relações pós-panópticas quem detém o poder tem a possibilidade de tornar-se inacessível, uma vez que pode exercê-lo de qualquer lugar. O vigiado não pode mais ver o vigilante, nem tem a certeza de que ele está fisicamente ali¹⁶².

A realidade pós-Panóptica, característica da vigilância líquida, permite que o autor faça considerações sobre a perda da privacidade com o advento da internet:

Quanto à "morte do anonimato" por cortesia da internet, a história é ligeiramente diferente: submetemos à matança nossos direitos de privacidade por vontade própria. Ou talvez apenas consintamos em perder a privacidade como preço razoável pelas maravilhas oferecidas em troca. [...] De uma forma ou de outra, contudo, nos é oferecida, ao menos nominalmente, uma escolha, assim como ao menos a aparência de um contrato em duas vias e o direito formal de protestar e processar se ele for rompido, algo jamais assegurado no caso dos *drones*.¹⁶³

Essa possibilidade de escolha racional, no mundo da instantaneidade implica “buscar a gratificação evitando as consequências” e suas responsabilidades¹⁶⁴.

Segundo Bauman, o que assusta mais os indivíduos não é a violação à sua privacidade, mas a possibilidade de ficar confinado ao espaço privado, sem a possibilidade de se expor¹⁶⁵. O aparelho celular conectado em rede seria uma espécie de “minipanóptico pessoal”, de modo que os usuários (“prisioneiros”), ao acessarem as redes sociais, produzem matéria prima (dados) que serão processados para classificação do indivíduo como um potencial comprador. Aparentemente autônomas, essas ações difusas são sinoticamente pré-ordenadas¹⁶⁶. Ainda que inconsciente ou sem qualquer tipo de ação da pessoa, a participação dos vigiados para a elaboração de seus perfis é maciça¹⁶⁷.

Não há como fugir, ao falar sobre vigilância e exploração econômica de dados, do pensamento de Shoshana Zuboff, ao desenvolver a noção de “capitalismo de vigilância”, consistente, de início, na utilização do comportamento humano traduzido em dados

¹⁶¹BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, cit., p. 17-18.

¹⁶²*Id. Ibid.*, p. 19.

¹⁶³BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilância líquida*, cit., p. 28.

¹⁶⁴BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, cit., p. 162.

¹⁶⁵BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilância líquida*, cit., p. 34.

¹⁶⁶*Id. Ibid.*, p. 73.

¹⁶⁷*Id. Ibid.*, p. 120.

comportamentais para o oferecimento de “produtos de predição”¹⁶⁸, maximizando-se os lucros mediante customização de ofertas, baseando-se no que os indivíduos potencialmente escolherão.

Tomando o Google como empresa pioneira do capitalismo de vigilância, a professora identifica um ciclo virtuoso, inicial, em que os dados comportamentais analisados eram convertidos em aprimoramento de serviços aos usuários, o que chamou de “ciclo de reinvestimento do valor comportamental”¹⁶⁹.

Muito mais do que matéria-prima para melhoria dos mecanismos de pesquisa, esse receptáculo de informações e dados comportamentais dos indivíduos, “superavitário”, na medida em que exponencialmente grande e subaproveitado, começa a ser direcionado para o oferecimento de publicidade *online*, inicialmente baseada nas “taxas de cliques” dos anúncios direcionados¹⁷⁰. O recurso natural é humano e o processo que a autora chama de “desposseção digital” transforma a informação pessoal e a experiência em dado de comportamento, sem que tenhamos mais controle sobre isso¹⁷¹.

O desenvolvimento da internet, dos bancos de dados e do tratamento das informações pessoais por meio de potentes sistemas computadorizados foram responsáveis por uma considerável evolução do conteúdo da privacidade, situação antevista por Arthur Miller na década de 1970¹⁷². A agregação de valor econômico às informações pessoais, por sua vez, já

¹⁶⁸ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 18-19. A professora de Harvard, chamada algumas vezes de “Karl Marx de nosso tempo”, também expõe suas ideias no interessante documentário *O dilema das redes (The social dilemma, 2020)*, dirigido por Jeff Orlowski.

¹⁶⁹*Id. Ibid.*, p. 86-88.

¹⁷⁰*Id. Ibid.*, p. 101.

¹⁷¹*Id. Ibid.*, p. 120-121.

¹⁷²MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers, cit.*, p. 220-238. No mesmo sentido, em 1993, Paulo Mota Pinto: “A proteção do indivíduo face a utilização da informática, sobretudo na compilação de dados pessoais, tem assumido desde o fim dos anos 60, devido aos novos desenvolvimentos tecnológicos, uma grande importância, a qual é generalizadamente reconhecida. É certo que “se o indivíduo deve reter qualquer controlo significativo sobre decisões que afectam a sua vida e se se deve evitar que a sociedade se torne num miasma orwelliano, o direito tem de se ajustar e de impor [novas] limitações e responsabilidades” (aut. e ob. cit., p. 1180). Os riscos da “revolução cibernética” tornaram-se patentes já há alguns anos, com a possibilidade de compilar e tratar uma gigantesca quantidade de informações, que todos nós fornecemos a entidades públicas e privadas no decurso da nossa vida, desde os bancos aos serviços da segurança social, passando pelas repartições de finanças e pelos estabelecimentos de ensino - a ponto de se ter já falado, a propósito, numa “*data-bank society*”. Esta acumulação da capacidade do tratamento de dados comporta riscos consideráveis para o indivíduo: possibilidade de inexactidão, desactualização ou incompletude dos dados, sua centralização, possibilidade de acesso de estranhos à informação, maior “apetite” por dados, gerado pelo próprio aumento da capacidade, possibilidade de traçar uma “biografia” dos percursos individuais através dos dados recolhidos etc.” (PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, cit.*, p. 539).

era indicada por Posner, igualmente antes do advento da internet¹⁷³. Quando em jogo a potencialização deste valor por meio do tratamento de dados, agregam-se à análise econômica da privacidade aspectos comportamentais e contextuais, consolidando-se o deslocamento da questão do indivíduo à sociedade. O pensamento de Daniel Solove, tal como preconizado por Rodotà, resgata e acrescenta às teorias de controle de informação pessoal:

[T]he privacy as control-over-information theory at most says that we protect as private all information over which individuals want to retain control. Privacy, however, is not simply a matter of individual prerogative; it is also an issue of what society deems appropriate to protect.¹⁷⁴

Julie Cohen aborda a questão do que chama de “privacidade informacional”, relacionando aos valores do justo, mencionando John Rawls e Kant, bem como a dignidade da pessoa humana e a igualdade. A partir de tais valores, seria de rigor a proibição de práticas de tratamento de dados em que os indivíduos sejam vistos como um aglomerado de informações transacionais, classificados como potenciais clientes, segurados ou inquilinos com base na conveniência financeira ou genética¹⁷⁵.

Nesse sentido, é importante que o indivíduo, dentro de sua autonomia, saiba escolher o que quer revelar de sua privacidade. Essa operação deve ocorrer de maneira consciente, sem que seja influenciado por algum jogo de *marketing* direto que dê origem a um estímulo-resposta¹⁷⁶, com a troca de seus dados por vantagens aparentemente gratuitas, tais como descontos para compras *online* ou versões mais completas de aplicativos. Assim é o pensamento dos que analisam aspectos econômicos da privacidade. Para esses autores, a privacidade não é o oposto de compartilhamento, mas ao contrário, o controle sobre o que se compartilha, permitindo ao indivíduo decidir estrategicamente quais dados pessoais serão convertidos em experiências e perfis comportamentais. O controle permite que o indivíduo avalie eventual situação de assimetria de informações entre as partes, bem como os custos e consequências de

¹⁷³POSNER, Richard Allen. The right of privacy, *cit.*, p. 397.

¹⁷⁴SOLOVE, Daniel Justin. Conceptualizing privacy. *California Law Review*, v. 90, n. 4, p. 1111, 2002. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2086&context=faculty_publications. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁷⁵COHEN, Julie E. Examined lives: informational privacy and the subject as object. *Stanford Law Review*, v. 52, n. 5, p. 1423, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1819&context=facpub>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁷⁶*Id. Ibid.*, p. 1424.

revelar demasiados dados pessoais a quem possa fazer mal uso de tal material¹⁷⁷. Mais uma vez, vê-se a importância do desenvolvimento da autonomia apontado acima por Anita Allen¹⁷⁸.

Ainda que o artigo de Cohen tenha tratado mais de questões afetas a relações comerciais, há uma observação importante em relação ao setor público que interessa sobremaneira ao presente estudo: a coleta e o tratamento de dados pelo governo não configuram uma ameaça menor à privacidade. Ao contrário, há a necessidade de se preocupar com o acesso do setor privado aos dados compilados pelo governo, principalmente quando pessoalmente identificados¹⁷⁹.

A questão atinente à autonomia, no entanto, traz uma nova fronteira à análise da privacidade, já misturando-se à questão da proteção de dados: o comportamento econômico. Nesse sentido, a questão da autonomia individual para decidir sobre a revelação de aspectos privados no âmbito da internet (ou ciberespaço) esbarra no que Schwartz chama de “armadilha da autonomia”¹⁸⁰.

Essa “pseudoautonomia” impediria que o indivíduo pudesse decidir de maneira absolutamente livre e consciente, uma vez que haveria uma desigualdade informativa – ou como se costuma dizer, “disparidade de armas” – sobre os exatos termos de uso dos dados a serem fornecidos e uma hipossuficiência do indivíduo para que possa fazer sua escolha. A lacuna de conhecimento, aliada à aceitação imediata dos termos de política de privacidade dos sítios da internet – o que Schwartz chama de “falácia do consentimento” – é o que impede que as relações entre usuário e empresa sejam tratadas unicamente pelas regras do mercado¹⁸¹. Há a necessidade de se repensar “até que ponto a responsabilidade individual, a concorrência e a regulação orientam o mercado para um equilíbrio entre tutela da privacidade e conversão de dados pessoais em experiências”¹⁸².

¹⁷⁷ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The economics of privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54 n. 2, p. 445, Jun. 2016. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jel.54.2.442>. Acesso em: 12 ago. 2021. No mesmo sentido SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*, cit., p. 149.

¹⁷⁸ALLEN, Anita LaFrance. *Coercing privacy*, cit., p. 754.

¹⁷⁹COHEN, Julie E. Examined lives: informational privacy and the subject as object, cit., p. 1432.

¹⁸⁰SCHWARTZ, Paul M. Privacy and democracy in cyberspace. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, n. 6, p. 1660 e ss., 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=vlr>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁸¹*Id. Ibid.*, p. 1682-1685.

¹⁸²SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*, cit., p. 147.

As novas fronteiras do direito à privacidade trazem para a seara do Direito o conhecimento de conteúdos afetos à ciência da computação e à análise econômica comportamental, tais como a mineração de dados¹⁸³, os megabancos de dados pessoais compilados a partir de dados pessoais públicos (*big data*), as análises de dados (*data analytics*) e computação ubíqua ou pervasiva (*ubiquitous computing* ou *ubicomp*)¹⁸⁴. Zuboff utiliza o termo “renderização” (*rendition*) para definir o processo de transformação das informações pessoais e comportamentais em dados, semelhante ao procedimento de mesmo nome que ocorre em produtoras audiovisuais, em que o material bruto de áudio e vídeo é compilado, integrado a um software e transformado em produto final com tratamento de imagens, som, transições e edições¹⁸⁵.

Em comparação ao totalitarismo ilustrado na obra de Orwell (*1984*), a autora traz uma outra espécie de poder, chamado “instrumentarismo” em que o Grande Irmão é metaforizado como o “Grande Outro” corporificado na computação ubíqua: “Esqueça o clichê que afirma que, se é de graça, ‘o produto é você’. Você não é o produto; você é a carcaça abandonada. O ‘produto’ deriva do superávit arrancado da sua vida.”¹⁸⁶

A comparação prossegue, de modo que essa outra espécie de poder busca uma certeza total pela qual o mercado automatizado obtém resultados garantidos. Os meios de poder, diferente do terror imposto pelo totalitarismo, fixa-se na modificação comportamental por meio da desposseção digital. Exige-se do indivíduo não a lealdade absoluta ao Estado, mas a transparência absoluta que subjuga mediante resultados garantidos¹⁸⁷. Nem é preciso mencionar que assim como a ficção de Orwell, tal pensamento afigura-se altamente utópico. O capitalismo de vigilância, ao fim e ao cabo, consubstancia uma destituição da autonomia individual, mediante a expropriação de direitos, num “golpe vindo de cima”¹⁸⁸.

Retornando à ideia de privacidade e compartilhamento:

¹⁸³Sobre a noção e operacionalização do data mining, veja-se SU, Chunhua; ZHOU, Jianying; BAO, Feng; WANG, Guilin; SAKURAI, Kouichi. Privacy-preservation techniques in data mining. In: ACQUISTI, Alessandro; GRITZALIS, Stefanos; LAMBRINOUDAKIS, Costas; DE CAPITANI DI VIMERCATI, Sabrina (Eds). *Digital privacy: theory, technologies, and practices*. New York: Auerbach, 2008. p. 187-226.

¹⁸⁴Caracteriza-se pela presença maciça da computação em praticamente todos os aspectos do dia a dia dos indivíduos, atualmente, nos *tablets*, *smartphones*, laptops, relógios etc. O termo foi cunhado por Mark Weiser (The computer for the 21st century. *Scientific American*, v. 265, n. 3, p. 94-105, Sept. 1991. Disponível em: <https://www.lri.fr/~mbl/Stanford/CS477/papers/Weiser-SciAm.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021).

¹⁸⁵ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, *cit.*, p. 268 e ss.

¹⁸⁶*Id. Ibid.*, p. 429.

¹⁸⁷*Id. Ibid.*, p. 427-434.

¹⁸⁸*Id. Ibid.*, p. 575-583.

Com as estratégias de mercado impulsionadas pela arquitetura da escolha em conjunto com mecanismos de *big data* e *data analytics*, o aumento da disponibilidade de dados pessoais fomentou atividades e benefícios até então impensáveis, mas, em contraposição, as posições de poder decorrentes da exploração econômica dos dados pessoais despertaram ainda mais a atenção dos reguladores e formuladores de políticas públicas.

Na medida em que a informação é, de fato, considerada uma expressão de poder, o controle sobre os dados pessoais inevitavelmente pode ser considerado um fator de desequilíbrio entre as partes envolvidas, sobretudo quando decorrentes de transformação de dados pessoais em experiências de consumo.¹⁸⁹

As pesquisas nessa área ainda são recentes, mas adotam uma visão da privacidade enquanto autonomia ou reclusão, onde a tônica está no anonimato para garantia da liberdade de escolha, ou ainda na ideia de privacidade proprietária. No caso da computação ubíqua, a privacidade tem sido entendida como “espacial”, não na dimensão das esferas de Hubmann, mas no contexto de “espaços sociais contestados” (*social spaces contested*), em que as relações transacionais (troca de dados por vantagens/serviços) passam a não ser adequadas¹⁹⁰.

A análise econômica da privacidade durante muito tempo tentou identificar e sugerir e regulamentação de um “mercado da privacidade”, com o comércio dos dados pessoais¹⁹¹. No entanto, a capacidade de pulverização da informação de bancos de dados por meio da internet impediu o estabelecimento de tais limites regulatórios. Tais limites, por sua vez, consubstanciam verdadeiras ameaças aos que dependem de tais “recursos naturais humanos”, na dicção de Zuboff:

Se novas leis tornassem ilegais operações de extração, o modelo de vigilância implodiria. Tal forma de mercado precisa se preparar para um eterno conflito com os processos democráticos ou encontrar novos meios de se infiltrar, seduzir e dobrar a democracia para seus fins, se quiser atender à própria lógica interna¹⁹².

A informação pode ser repassada de várias maneiras, agregando ou retirando dados, e pode ser utilizada por terceiros sem o conhecimento do titular. O indivíduo, por sua vez, não

¹⁸⁹SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*, cit., p. 149. Sobre o poder do *data analytics*, veja-se o documentário *Privacidade Hackeada (The Great Hack)*, 2019, dirigido por Karim Amer e Jehane Noujaim.

¹⁹⁰Nesse sentido CAMP, Jean; CONNELLY, Kay. Beyond consent: privacy in ubiquitous computing (UbiComp). In: ACQUISTI, Alessandro; GRITZALIS, Stefanos; LAMBRINOUDAKIS, Costas; DE CAPITANI DI VIMERCATI, Sabrina (Eds). *Digital privacy: theory, technologies, and practices*. New York: Auerbach, 2008. p. 327-343. Sobre a relação com a teoria de Hubmann, veja-se DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 132.

¹⁹¹Essa teria sido a “segunda onda” de teorização econômica da privacidade, após os estudos de Posner. (ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. *The economics of privacy*, cit., p. 451-453).

¹⁹²ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*, cit., p. 127.

tem qualquer acesso a esse “mercado” para vender livremente seus dados nem tem a opção de reaver, de quem quer que os detenha, aquilo que foi uma vez compartilhado¹⁹³.

Hoje mais fragmentada, a análise econômica leva em consideração as implicações da privacidade em relação às redes sociais, motores de busca e publicidade *online* dirigida. A preocupação com a privacidade por parte dos indivíduos faz com que ela passe a ser, além de um bem intermediário, valorado para outros propósitos, um bem final, valorado por si próprio¹⁹⁴.

Fato é que o uso diário do computador conectado à internet implica uma série de transações com dados pessoais, com frequentes tomadas de decisão quanto à flexibilização da privacidade. Ao pesquisar num motor de busca, o indivíduo fornece informações sobre seus interesses em troca de resultados relevantes. Acessando e publicando em redes sociais, revela informações demográficas, sua rede de amigos e demais preferências em troca de um meio de interação pessoal¹⁹⁵. Ao efetivar compras frequentes em determinados *sites*, fornecem dados pessoais, números de cartão de crédito e todo um histórico de compras. Neste campo, a escolha é frequentemente baseada na heurística, plasmada de riscos e incertezas na operação, e influenciada por vieses comportamentais que variam de pessoa para pessoa¹⁹⁶.

Há, contudo, certo desconforto psicológico por parte dos indivíduos em relação aos efeitos da captura e uso de informações. Assim, determinadas alterações nas condições de privacidade, seja por regulamentação governamental, seja por ferramentas que permitam maior controle por parte do indivíduo, acabam por influenciar em sua decisão de liberar mais ou menos informação pessoal¹⁹⁷.

¹⁹³ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The economics of privacy, *cit.*, p. 447.

¹⁹⁴*Id. Ibid.*, p. 447 e 454.

¹⁹⁵*Id. Ibid.*, p. 448.

¹⁹⁶Sobre esses aspectos comportamentais, veja-se ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. What can behavioral economics teach us about privacy? *In*: ACQUISTI, Alessandro; GRITZALIS, Stefanos; LAMBRINOUDAKIS, Costas; DE CAPITANI DI VIMERCATI, Sabrina (Eds). *Digital privacy: theory, technologies, and practices*. New York: Auerbach, 2008. p. 363-377.

¹⁹⁷ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The economics of privacy, *cit.*, p. 476. Estudos mencionados no artigo demonstram que, em 2009, 66% dos americanos não queriam publicidade personalizadas aos seus interesses e 86% de jovens adultos não queriam tais anúncios se fossem resultado de análise de seus comportamentos na Internet. Numa pesquisa de 2013, 68% dos americanos acreditavam que a legislação vigente era insuficiente para garantir-lhes a privacidade na rede. Em outro artigo, constatou-se que no Facebook, de 2005 a 2011, houve diminuição no número de pessoas que deixavam pública sua data de nascimento, buscando maior privacidade. O mesmo movimento de queda foi observado em relação à publicação de onde os usuários tinham cursado o ensino médio. No momento em que a rede social permitiu que a visualização fosse personalizada pelos usuários (2009), a informação voltou a ser publicada, dobrando o número de usuários que a disponibilizavam em apenas dois anos. (ACQUISTI, Alessandro; BRANDIMARTE, Laura; LOEWENSTEIN, George. Privacy and human behavior in the age of information. *Science*, v. 347, n. 6221, p. 511, Jan. 2015. Disponível em: <https://www.cmu.edu/dietrich/sds/docs/loewenstein/PrivacyHumanBeh.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021).

O mercado da privacidade e o de dados pessoais são dois lados de uma mesma moeda. O aumento ou diminuição de medidas protetivas da privacidade traz benefícios e prejuízos tanto aos titulares de direito quanto aos agentes que passam a deter a informação revelada¹⁹⁸.

O valor da informação, porém, varia de acordo com o tempo e com as pessoas envolvidas na revelação do dado, ou ainda de acordo com outros dados agregados¹⁹⁹. Assim, a atividade de uma pessoa na internet na década passada não interessa ao anunciante de serviço de assinatura de revistas digitais. A formação acadêmica de um indivíduo pode interessar a uma banca examinadora de concurso público, mas não ao prestador de serviços de limpeza em sua residência. O nome completo e endereço de uma pessoa pode permitir que se descubra o quanto ela paga de imposto predial e se é proprietária do imóvel em que mora. O que vai determinar o valor do dado, e conseqüentemente o balanço entre maior ou menor proteção à privacidade para o bem-estar individual e social é o *contexto* em que inserida a revelação da informação²⁰⁰.

Essa nova abordagem também foi apreendida no campo jurídico. Segundo Helen Nissenbaum, ao tratar da privacidade como integridade contextual, todas as áreas da vida são regidas por normas sobre o fluxo de informações. Não há arenas de discussão para as quais “vale tudo”. Eventos e transações das quais participamos ocorrem num contexto não apenas de lugar, mas político, de convenções sociais e de condições culturais. Esses *contextos* podem ser definidos de modo abrangente – “esferas de vida”, como educação, política ou mercado – ou de modo específico, para atividades corriqueiras, como ir ao dentista ou comparecer a uma festividade²⁰¹.

O contexto é constituído por normas que regem determinados aspectos como expectativas, comportamentos e limites. As fontes dessas normas contextuais incluem a história, cultura, direito etc., de modo que algumas relacionam-se com a informação sobre as

¹⁹⁸ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The economics of privacy, *cit.*, p. 462. Segundo os exemplos mencionados pelos autores, a revelação de dados pessoais confere aos seus titulares benefícios como ofertas promocionais personalizadas e, aos detentores da informação, economia e ganhos de eficiência para a realização dessas ações. Por outro lado, podem gerar custos a ambas as partes decorrentes de mau uso ou de vazamento de dados, bem como ações discriminatórias por parte de empresas contra os consumidores. Uma maior proteção da privacidade tem o efeito inverso, impedindo tais ganhos de ambas as partes, porém garantindo maior segurança aos indivíduos e obrigando os detentores da informação a buscarem plataformas que assegurem a privacidade, obtendo vantagem competitiva.

¹⁹⁹*Id. Ibid.*, p. 446-447.

²⁰⁰*Id. Ibid.*, p. 484.

²⁰¹NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity. *Washington Law Review*, v. 79, n. 1, p. 119, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4450&context=wlr>. Acesso em: 12 ago. 2021. Sobre entender-se a privacidade como uma metáfora de espaço, importante lembrar a advertência de Solove no sentido de que o controle informacional não pode ser traduzido em termos de espaço. (SOLOVE, Daniel Justin. Conceptualizing privacy, *cit.*, p. 1131).

pessoas envolvidas nesses contextos. Nissenbaum estabelece dois tipos de normas atinentes à informação: as relativas à adequação e as relativas ao fluxo ou distribuição. Há violação à privacidade quando se transgride uma delas²⁰².

A adequação diz respeito à informação que é esperada num determinado contexto. Numa visita ao médico, espera-se que sejam divulgadas pelo paciente informações sobre seu estado de saúde. Não é o caso, por exemplo de fornecer dados a respeito de sua religião ou de suas preferências políticas. Outro exemplo, mais profundo, vem da obra de Schoeman, ao mencionar o indivíduo homossexual que participa da parada gay de São Francisco, mas é recluso em relação a tal informação para sua família em Sacramento, ou o professor universitário que frequenta bares destinados ao mesmo público em São Francisco, mas não revela sua orientação sexual no ambiente acadêmico. O bar e as ruas de São Francisco são lugares públicos, mas isso não significa que o indivíduo renunciou ao direito de passar despercebido em outros contextos²⁰³.

O fluxo ou distribuição de informação refere-se à transferência da informação de um indivíduo a outro ou a terceiros. No contexto de uma consulta médica, o paciente transmitiria a informação ao médico, que por sua vez teria o dever de sigilo em relação a terceiros. A polícia está limitada por lei a vários procedimentos para a obtenção de informação sobre um cidadão, bem como em relação à publicidade²⁰⁴.

Na análise das normas informacionais que possam alterar o fluxo e distribuição de informações, a autora aponta os mesmos valores indicados por outros pesquisadores do tema como passíveis de serem afetados, tais como desigualdade informacional, autonomia, liberdade de expressão, preservação de relações humanas, democracia, geração de riqueza, eficiência e segurança²⁰⁵.

A grande virtude apontada pela autora em sua concepção de privacidade é que sua proteção pode ser moldada de acordo com fatores locais, históricos e culturais, identificando com mais precisão as fontes de variação. Outra grande consequência da teoria é que a customização das normas de proteção à privacidade deverá levar em consideração – justamente o que apontado acima – conceitos técnicos multidisciplinares e suas implicações nos contextos em que potencialmente poderiam causar uma violação²⁰⁶.

²⁰²NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity, *cit.*, p. 120.

²⁰³SCHOEMAN, Ferdinand. Gossip and privacy. *In: GOODMAN, Robert; BEN-ZE'EV, Aaron (Eds.). Good gossip.* Lawrence: University Press of Kansas, 1994. p. 73.

²⁰⁴NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity, *cit.*, p. 125.

²⁰⁵*Id. Ibid.*, p. 128.

²⁰⁶*Id. Ibid.*, p. 138.

Burilando as lições de Nissenbaum e entrevistando pessoas diretamente envolvidas com a formulação de políticas de privacidade, o trabalho de Bamberger e Mulligan confirma a nova dimensão social da privacidade, “nos livros e na prática”, para além da individualidade da autodeterminação afirmativa. Apontando para a ineficiência da “colcha de retalhos” que é a legislação dos Estados Unidos sobre o tema, relatam que um dos maiores desafios da privacidade contextual é a tendência das plataformas digitais à transgressão da lei ou de impedir uma regulamentação que efetivamente proteja os valores e finalidades que orientam os contextos sociais²⁰⁷.

Prosseguindo no desenvolvimento da noção de “privacidade contextual”, Bruno Bioni explicita de que maneira o que era apenas um direito individual passa a ter implicações no tecido social:

[A] privacidade é encarada como um bem comum, que detém particular importância para o estado democrático de direito, por garantir uma participação deliberativa e heterogênea entre os cidadãos em contraste às sociedades totalitárias. A privacidade não beneficia, portanto, somente o indivíduo, mas, colateralmente, a sociedade, revelando-se como um elemento constitutivo da própria vida em sociedade.

O relato normativo da privacidade contextual capta essa mensagem e a verticaliza para a proteção dos dados pessoais, na medida em que se propõe a investigar quais são as implicações do fluxo informacional para as interações sociais. Esse discurso está alinhado com a proposição deste trabalho de que a proteção dos dados pessoais se insere como um novo direito da personalidade.

Os indivíduos têm cada vez mais condicionada a sua participação social pela exponencial datificação das suas vidas, sendo estigmatizados e submetidos a uma série de decisões automatizadas e, por vezes, a práticas discriminatórias que afetam o livre desenvolvimento da sua personalidade.²⁰⁸

A privacidade contextual exige que o fluxo informacional esteja de acordo com a esfera social em que se desenvolvem as relações analisadas²⁰⁹. Retomando a noção de autodeterminação informativa, a decisão sobre a revelação da informação deve considerar as práticas sociais num determinado contexto. As práticas sociais, como adverte Nissenbaum, não decorrem exclusivamente do direito ou das políticas governamentais, mas também de convenções sociais, da moral e até mesmo de normas de etiqueta²¹⁰.

²⁰⁷BAMBERGER, Kenneth A.; MULLIGAN, Deirdre K. Privacy on the books and on the ground. *Stanford Law Review*, v. 63, p. 247-315, Jan. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1961688_code334687.pdf?abstractid=1568385&mirid=1. Acesso em: 12 ago. 2021.

²⁰⁸BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, cit., p. 201.

²⁰⁹*Id. Ibid.*, p. 225.

²¹⁰NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity, cit., p. 139.

Segundo Bioni, a partir da tradição civilista brasileira da análise dos contratos, a boa-fé e a confiança seriam os vetores da privacidade contextual. Nesse momento percebe-se o entrelaçamento entre a relação entre privacidade contextual e consentimento:

A privacidade contextual reside justamente na fidelidade depositada pelo emissor de uma informação ao(s) seu(s) recipiente(s), na legítima expectativa de que seus dados pessoais serão usados e compartilhados de acordo com o contexto de uma relação preestabelecida ou a razão pela qual foi publicizado um dado; particularmente, na esperança de que o trânsito das suas informações pessoais não minará e trairá a sua capacidade de livre desenvolvimento da personalidade e de participação social.

É exatamente essa confiança que é capaz de reduzir a complexidade do fluxo informacional em substituição a abordagem tradicional da autodeterminação informacional (consentimento específico). A privacidade (consentimento) contextual é como se fosse o óleo das engrenagens de um mercado e de uma série de relações sociais movimentadas e altamente dependentes da troca intensa e dinâmica de dados.²¹¹

O desenvolvimento de novas tecnologias de coleta e processamento de dados pressiona por mais elementos para a compreensão da privacidade nos tempos atuais. A privacidade preconizada por Rodotà como o controle, pelo indivíduo, do fluxo de seus dados pessoais²¹², já não é suficiente para a compreensão do instituto. A informação hoje não é mais cedida pelo titular do dado, mas obtida de dispositivos eletrônicos ou inferida a partir de padrões comportamentais (“rastros” deixados pela pessoa em suas interações digitais)²¹³. Toda interação do indivíduo na internet é passível de ser registrada e interpretada a partir de programas preditivos de complexos algoritmos. As inferências formuladas por esses programas, todavia, podem não corresponder à realidade, de modo que muitas decisões tomadas a partir desses resultados podem ser contestadas.

Assim, os estudos mais recentes sobre a privacidade tratam de um novo direito, que surge em virtude das consequências advindas de decisões automáticas tomadas a partir de perfis traçados por algoritmos e que afetam os indivíduos: o direito à inferência razoável²¹⁴.

Segundo Wachter e Mittelstad, tais inferências consubstanciam dados pessoais, porquanto informações a respeito de pessoa identificada ou identificável, consideradas de “alto risco” as invasivas, potenciais causadoras de danos à reputação ou de baixa verificabilidade

²¹¹BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, *cit.*, p. 229.

²¹²RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, *cit.*, p. 109.

²¹³ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 39, n. 144, p. 202, nov. 2019.

²¹⁴WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI. *Columbia Business Law Review*, v. 2019, n. 2, p. 12, Oct. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3248829. Acesso em: 12 ago. 2021.

para atividade preditiva e embasamento de opiniões²¹⁵. Daí a necessidade de regulamentação que assegure o conhecimento e a possibilidade de retificação, contestação ou mesmo de cancelamento de tais inferências, além da garantia de proteção contra inferências que revelem dados sensíveis²¹⁶. Além de ser assegurado o direito ao esquecimento, principalmente em relação às atividades de *big data*, há necessidade, dizem os autores, de um direito sobre como ser visto em tais operações informatizadas²¹⁷.

O que se observa nos últimos estudos sobre o tema é a necessidade de se conferir maior atenção à questão da regulação do mercado digital responsabilizando os agentes econômicos pelos impactos causados na sociedade, bem como o dever de avaliação de risco²¹⁸. Este, aliás, é o pensamento de Rodotà: sem abandonar a proteção à dignidade do indivíduo, ou do *homo dignus*, seria necessária a regulação do mercado, a fim de proteger também o *homo numericus*²¹⁹.

A noção de privacidade, como se vê, ganhou contornos muito maiores que o mero direito a não ser importunado em sua intimidade, conquistando papel na constituição da sociedade civil.

O que se pode observar a partir das teorias expostas é que não há propriamente a exclusão de uma pela outra, ou sua sobreposição. Embora haja divergências em relação às premissas para a formulação das definições, todas agregam elementos para uma noção de privacidade ampla e abrangente, a fim de acompanhar o desenvolvimento da tecnologia²²⁰.

Solove classificou as teorias até então desenvolvidas em seis bases principais: o direito de ser deixado só, a limitação de acesso a si próprio, o segredo, o controle de informação

²¹⁵WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI, *cit.*, p. 22.

²¹⁶*Id. Ibid.*, p. 51-80. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor garante a possibilidade de conhecimento e correção das informações constantes de bancos de dados e cadastros de consumidores (art. 43 da Lei nº 8.078/90).

²¹⁷*Id. Ibid.*, p. 124.

²¹⁸ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais, *cit.*, p. 202.

²¹⁹MARCHESIELLO, Michele. Dignità umana e funzione antropologica del diritto nel pensiero di Stefano Rodotà (in margine a vivere la democrazia). *Politica del Diritto*, v. 49, n. 4, p. 741-766, 2018. RODOTÀ, Stefano. L'antropologia dell'homo dignus. *Civilistica.com.*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/antropologia-homo-dignus/>. Acesso em: 10 set. 2020.

²²⁰O estudo sobre a definição de privacidade revelou ainda um interessante flanco de pesquisa na seara do direito privado, no sentido de se buscar a construção de uma linha evolutiva totalmente europeia. A maioria dos autores do velho continente partem do artigo clássico dos americanos Warren e Brandeis, quando seria possível construir-se uma linha evolutiva a partir de Karl Röder, passando por Heinrich Hubmann e prosseguindo-se a partir de então.

pessoal, a personalidade e a intimidade²²¹. Criticando que tais teorias eram ora muito restritas, ora muito amplas, acaba propondo, também, uma valoração contextual²²².

O *core* das definições é a dignidade e a personalidade do indivíduo, com a garantia de autonomia para sua manutenção. O desenvolvimento da sociedade e da tecnologia fez com que a informação ganhasse cada vez mais relevo nas relações humanas. Para além da visão meramente física, o indivíduo também passa a ser visto como um ente pleno de informações, as quais compõem sua personalidade e dignidade, e conseqüentemente, sua privacidade. Isso fez com que o debate da privacidade se concentrasse cada vez mais no aspecto informacional, o que se intensificou ainda mais com o advento da internet, ampliando a necessidade de tutela jurídica desse componente da personalidade do âmbito puramente individual para o coletivo.

A proteção da informação é apenas um dos componentes do direito à privacidade, que também inclui o direito à identidade, reputação, apresentação de si mesmo e autonomia²²³. A violação desse componente da privacidade, porém, impede o exercício pleno dos demais direitos que a integram.

Para se prosseguir no raciocínio proposto no presente estudo, toma-se a privacidade num sentido “conjugado”. Assim como o desenvolvimento das teorias exacerbou a necessidade de um equilíbrio entre o individual e o coletivo, a privacidade para os fins deste trabalho deve ser compreendida numa dimensão “contextual”, analisando a relação subjacente ao fluxo das informações (os atores envolvidos, os atributos da informação e o modo de disseminação) e a finalidade coletiva a ser atingida, sem perder de vista a dimensão da dignidade do indivíduo.

2.4 Dado pessoal e informação à luz da privacidade contextual e sua proteção como direito fundamental

Da compreensão da privacidade em sua dimensão contextual emergem enfoques importantes sobre o dado pessoal e a informação. É o que se observa nas obras de Tiago Sombra²²⁴, Danilo Doneda²²⁵ e Bruno Bioni²²⁶.

²²¹SOLOVE, Daniel Justin. *Conceptualizing privacy*, *cit.*, p. 1094.

²²²*Id. Ibid.*, p. 1145.

²²³WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. *A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI*, *cit.*, p. 125.

²²⁴SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*, *cit.*, p. 140-149.

²²⁵DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, *cit.*, p. 135-151.

²²⁶BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, *cit.*, p. 90-97.

A importância conferida a tais elementos teve crescimento exponencial ao longo do desenvolvimento da internet e de novas tecnologias de armazenamento e processamento de dados, como se viu na linha evolutiva exposta nos itens anteriores. Isso gerou um “descolamento” da proteção de dados do feixe de direitos contido naquele aspecto da personalidade, para consubstanciar direito fundamental autônomo:

[E]m que pese o direito fundamental à proteção de dados pessoais ter conexão relevante com o direito à privacidade, tal relação não se traduz numa superposição completa dos respectivos âmbitos de proteção. Proteção de dados pessoais e, da mesma forma autodeterminação informativa vão além da privacidade e de sua proteção, ao menos no sentido tradicional do termo, caracterizado por uma lógica de “recolhimento” e “exposição”.²²⁷

Sarlet aponta na obra de Stefano Rodotà a justificativa para a consolidação da proteção de dados como direito fundamental²²⁸, quando o italiano diferencia os bens jurídicos tutelados (informação-sigilo *versus* informação-circulação-controle) e a característica da proteção conferida (estática *versus* dinâmica) para cada situação²²⁹.

Mais incisivo nesse sentido é Bruno Bioni, para quem a proteção de dados pessoais “foge à dicotomia do público e do privado”, de modo que reduzi-la a “mera evolução do direito à privacidade é uma *construção dogmática falha* que dificulta sua compreensão”²³⁰.

Acrescenta-se à tese da autonomia o julgado do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6387, Relatora a Ministra Rosa Weber, que em sede de medida liminar suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, que em seu artigo 2º, *caput*, determinava que empresas de telefonia fornecessem à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) os dados pessoais dos titulares de linhas móveis e fixas²³¹, garantindo a proteção de dados como direito constitucional autônomo²³².

²²⁷SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR. Otávio Luiz (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 32.

²²⁸*Id. Ibid.*, p. 33.

²²⁹RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, *cit.*, p. 125. No mesmo sentido em RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, *cit.*, p. 17.

²³⁰BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, *cit.*, p. 95. Destaques no original.

²³¹Art. 2º As empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas..

²³²Sobre os detalhes do julgado, veja-se MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. 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 (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 61-71.

No mesmo sentido a Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2019, do Senado Federal (PEC 17/2019). Ainda em tramitação, na última redação aprovada pela Câmara dos Deputados, acrescenta o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão²³³.

Não se discorda da autonomia a que foi consagrado o direito à proteção de dados pessoais, nem do fato de que aquele e o direito à privacidade não se coadunam com a dicotomia reducionista entre “público e privado”. Prova disso é justamente a linha de desenvolvimento do presente estudo, que transita entre institutos de Direito Civil e de Direito Administrativo e no qual a legislação específica de proteção de dados terá considerações apropriadas.

Todavia, é necessário repisar o recorte metodológico da presente pesquisa, no sentido de que não se está a analisar a dinâmica da proteção de dados pessoais, seu objeto ou os modos de sua operacionalização, mas sim verificar se determinadas informações de caráter econômico de agentes públicos estariam incluídas no espectro de direitos relativos à privacidade e se gozariam de proteção face ao instituto da transparência administrativa. Nesse sentido, a análise do dado e da informação pessoais à luz da definição de privacidade desenvolvida até aqui revela ideias fundamentais ao presente estudo. Fato é que a chamada privacidade contextual está centrada no dado pessoal e, conseqüentemente, na informação²³⁴.

Danilo Doneda aponta para a necessidade de distinção entre dado e informação. O dado representaria um estágio anterior à informação, consubstanciando uma “informação em estado potencial, antes de ser transmitida”. Já a informação estaria associada a um estágio posterior, após o processo interpretativo do que o dado representa²³⁵.

No âmbito da Ciência da Informação, segundo Setzer²³⁶, dado é “uma sequência de símbolos quantificados ou quantificáveis”, o qual pode ser inserido num computador, processado e nele armazenado.

A informação, por sua vez, “é uma abstração informal (isto é, não pode ser formalizada através de uma teoria lógica ou matemática), que representa algo significativo para alguém através de textos, imagens, sons ou animação.”²³⁷

²³³LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; (NR).

²³⁴DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 135.

²³⁵*Id. Ibid.*, p. 136.

²³⁶SETZER, Valdemar. Dado, informação, conhecimento e competência. *DataGramZero*: revista de ciência da informação, Rio de Janeiro, n. 0, p. 12, 1999. Disponível em <https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/datagrama.html>. Acesso em: 12 fev. 2019.

²³⁷*Id. Ibid.*, p. 12.

O conhecimento consubstancia “uma abstração interior, pessoal, de alguma coisa que foi experimentada por alguém”. O conhecimento não pode ser descrito, do contrário seria considerado um dado ou uma informação, de modo que não pode ser inserido num computador²³⁸.

Os elementos, portanto, partem de um grau nulo de subjetividade (dado), para o grau máximo de aplicação subjetiva (conhecimento). Nesse contexto, o papel da informática foi fundamental para a valoração do conteúdo representado no dado, graças ao aumento exponencial da capacidade de processamento, organização e armazenamento por parte dos computadores. A informação torna-se um produto com grande demanda e passa a ser utilizada como recurso econômico, transformando-se num setor específico da economia²³⁹.

Distinções importantes merecem ser sublinhadas. Para que a informação pessoal seja compreendida como uma representação direta da personalidade de um indivíduo e, aí sim, caracterizar-se como bem jurídico e gozar da proteção conferida a um bem imaterial dotado de valor econômico quantificável, é fundamental que esteja de algum modo vinculada àquela pessoa humana. Vale dizer: não é toda informação pessoal que se insere no patrimônio de um indivíduo, nem corresponde a um direito de personalidade. Assim a lição de Danilo Doneda:

A informação pessoal, em um certo sentido, pode ser desvinculada da pessoa: ela pode circular, submeter-se a um tratamento, ser comunicada etc. Contudo, até o ponto em que continua sendo uma informação “pessoal”, isto é, identificando a pessoa a qual se refere, a informação mantém um vínculo indissolúvel com a pessoa, e sua valoração específica deve partir basicamente dela ser uma representação direta da pessoa. Por força do regime privilegiado de vinculação entre a informação pessoal e a pessoa à qual ela se refere - como representação direta de sua personalidade -, tal informação deve ser entendida, portanto, como uma extensão da sua personalidade.²⁴⁰

Uma das expressões cunhadas por Stefano Rodotà em seus estudos, representativa desse conjunto de informações pessoais de um indivíduo que por sua correção e veracidade projeta sua identidade, é a de “corpo eletrônico”²⁴¹. Assim como o corpo físico e os segredos da psique,

²³⁸SETZER, Valdemar. Dado, informação, conhecimento e competência, *cit.*, p. 12.

²³⁹SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-Internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 336.

²⁴⁰DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, *cit.*, p. 148. Bruno Bioni adverte, porém, que os dados não estão relacionados apenas à privacidade, mas transitam entre vários direitos de personalidade (BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento, *cit.*, p. 57).

²⁴¹RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, *cit.*, p. 134. O mesmo raciocínio é exposto em RODOTÀ, Stefano. *Dall soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 35-37. A título ilustrativo, interessante o conceito de “pessoa transdigital” ou “transumano”, presente na série televisiva de ficção *Years and years* (2019), dirigida por Simon Cellan Jones. No primeiro episódio da primeira temporada, a personagem adolescente Bethany (vivida por Lydia West) conta a seus pais que é uma pessoa transumana. Ao não se sentir confortável em seu corpo,

esse corpo de informações organizado eletronicamente e bancos de dados que nos identifica virtualmente no mundo gozam da mesma proteção como direito fundamental²⁴². Daí porque, na visão do jurista italiano, “[i]l corpo elettronico e la sua gestione devono rimanere nell’ambito dei poteri di decisione del soggetto”²⁴³.

Adentra-se aqui na dimensão do poder de controle sobre a informação pessoal, o que é um fator de desequilíbrio entre as partes envolvidas “sobretudo quando decorrentes de transformações de dados pessoais em experiência de consumo”²⁴⁴.

Além de consumidores de informação, os indivíduos consubstanciam “produtores públicos de dados pessoais – não exclusivos”, para os quais as plataformas digitais da internet oferecem serviços e produtos em troca do fornecimento das informações pessoais por quem as acessa. Os dados pessoais tornam-se elemento de troca, bem jurídico, cuja valoração econômica perpassa, por exemplo, por quem detém sua propriedade e se esta é exclusiva²⁴⁵. Daí o pensamento do indivíduo como verdadeiras “minas a céu aberto” objeto de verdadeiro “extrativismo de dados”, como afirma Evgeny Morozov:

A premissa-chave do extrativismo de dados é a de que os usuários são estoques de informações valiosas. As empresas de tecnologia, por sua vez, concebem formas inteligentes de nos fazer abdicar desses dados, ou, pelo menos, de compartilhá-los voluntariamente. Para as empresas, tais dados são essenciais para viabilizar modelos de negócio baseados na publicidade - com dados em mais quantidade e de melhor qualidade, elas conseguem gerar mais publicidade por usuário - ou para desenvolver formas avançadas de inteligência artificial centradas no princípio do "aprendizado profundo": neste caso, é útil sobretudo a diversidade das entradas de dados - e a capacidade de arregimentar milhões de usuários para ensinar diferentes comportamentos à máquina.²⁴⁶

As informações pessoais obtidas tanto por empresas privadas como pelo poder público, sob o argumento de se traduzirem em serviços e benefícios sociais para a coletividade, consubstanciam invasão à privacidade e, por isso, reclamam proteção, como aponta Rodotà. Trata-se de uma nova concentração de poder ou de reforço de poderes já existentes.

afirma ter vontade de viver num corpo digital, de tornar-se apenas e tão somente “dados vivendo na nuvem” e não uma pessoa de carne e osso, para desespero dos familiares. A série, produzida pela televisão estatal britânica BBC, foi disponibilizada no Brasil pela plataforma de *streaming* da HBO. A cena em questão, no entanto, pode ser vista em YEARS and Years - Bethany Reveals She’s Transhuman. Dir. Simon Cellan Jones. Episódio 1. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sfXV17TmLHs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

²⁴²RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 261-262.

²⁴³*Id. Ibid.*, p. 262.

²⁴⁴SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*, cit., p. 149.

²⁴⁵*Id. Ibid.*, p. 147.

²⁴⁶MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Tradução de Cláudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018. p. 165.

Consequentemente, os cidadãos têm o direito de obter um controle direto sobre aqueles assuntos as quais as informações por eles fornecidas atribuem um crescente “plus-poder”²⁴⁷.

A questão passa a ser o modo de exercício desse controle, não sendo possível deixá-lo apenas ao nível individual, uma vez que o cidadão médio não seria capaz de compreender o que um punhado de informações pessoais suas coletadas por grandes empresas ou pelo poder público podem se transformar quando processadas e tratadas²⁴⁸. O desequilíbrio de poder, concentrado nas mãos dos que coletam tais informações e detêm os meios capazes de processá-las/tratá-las perturba o tecido social, evidenciando uma contradição com a expansão da dimensão do coletivo, que relativiza a definição de privacidade²⁴⁹. A conclusão do mestre italiano, para além do reconhecimento dos direitos individuais, é a necessidade de serem adotadas regras para a circulação das informações pessoais, assegurando-se o equilíbrio entre a proteção do indivíduo e a abertura da sociedade²⁵⁰.

Importante ressaltar, ademais, a necessidade do resgate da privacidade como um direito, em detrimento de sua mercantilização pelos detentores do poder de coleta/tratamento de informações pessoais, tal como preconiza Morozov:

O desafio é reformular e recuperar uma ideia muito diferente da liberdade e dos seus inúmeros conceitos cognatos, desde a autonomia até a privacidade. A privacidade concedida por um aplicativo engraçadinho - a um custo de apenas cinco euros por mês! - é um tipo de privacidade muito distinto daquele garantido por um sistema de direitos constitucionais.

O primeiro é um exemplo de "privacidade como serviço"; este último é a "privacidade como direito". A chave para a vitória hegemônica da Big Tech foi sua capacidade de obscurecer a distinção entre os dois tipos e focar apenas no bem subjacente - liberdade, autonomia, privacidade -, além de manter silêncio sobre os caminhos que nos permitem chegar até ele. Uma tarefa importantíssima é a de recuperar essas distinções - se necessário por meio de provocações - e ressaltar as limitações da concepção de "liberdade como serviço".²⁵¹

A informação pessoal, quando vinculada a um indivíduo e capaz de identificá-lo, consubstancia parte de sua esfera privada, sendo necessária a sua proteção. O desenvolvimento da tecnologia que culminou com o aumento da capacidade de coleta, organização e tratamento para além do mero armazenamento em bancos de dados degradou o que deveria ser um direito, para transformá-lo num produto de valor econômico apto a um determinado mercado. O desequilíbrio entre os atores envolvidos (indivíduo *versus* grandes empresas privadas e poder

²⁴⁷RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti, cit.*, p. 40.

²⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 40.

²⁴⁹*Id. Ibid.*, p. 43

²⁵⁰*Id. Ibid.*, p. 56 e 109.

²⁵¹MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política, cit.*, p. 177-178.

público) tornam necessária a proteção da informação como bem jurídico dotado de valor econômico e o resgate da privacidade como um direito.

2.5 Informação pessoal e sua classificação

O arcabouço informativo do indivíduo compõe-se não só de elementos objetivos de identificação pessoal propriamente ditos (nome, data de nascimento, características físicas como os dados biométricos de impressões digitais, formato do rosto, etc.) como também de “conteúdos” subjetivos adquiridos e produzidos ao longo da vida ou documentados de maneira classificatória pelo Estado ou por entidades privadas em outros meios ou suportes: “[c]ompreende, portanto, todas as informações que de algum modo se relacionam à vida privada e família, assim como aquelas pertinentes às relações empregatícias e perfil socioeconômico e comportamental”²⁵².

Assim, o número do Registro Geral (RG), do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) ou do registro de matrícula em uma instituição de ensino, bem como o número de telefone, domicílio, idade, profissão, sexo, estado civil, renda, o estabelecimento em que trabalha e endereço profissional consubstanciam elementos que, combinados ou isolados, são capazes de identificá-lo, isto é distingui-lo de outros indivíduos dentro de um determinado agrupamento.

Da possibilidade de análise isolada ou de combinação do dado exsurtem os apontamentos de Bruno Bioni em relação às visões “reducionista” e “expansionista” da informação pessoal, quando o dado se refere, respectivamente, a uma pessoa “identificada” ou apenas “identificável”²⁵³. Nesse sentido a observação de Sombra:

Saber se o indivíduo a quem a informação se refere é identificado ou identificável depende das circunstâncias de análise. No que diz respeito a pessoas "identificadas" ou identificáveis "diretamente", o nome da pessoa é de fato o identificador mais comum e, na prática, a noção de "pessoa identificada" implica uma referência ao nome da pessoa, o que pode soar um critério pouco preciso.

No tocante às pessoas indiretamente "identificadas" ou identificáveis, vale observar que o critério predominante envolve a possibilidade de combinações de informações que levem a um determinado indivíduo. A rigor, a depender da combinação de dados

²⁵²SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*, cit., p. 156. Segundo o autor, isso reforça a necessidade de análise da privacidade sob o prisma contextual (*Id. Ibid.*, p. 158).

²⁵³BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, cit., p. 59-60.

dispersos e o nível de complexidade do processo, é possível que a identificação indireta seja tão simples e conclusiva quanto aquela realizada de forma direta.²⁵⁴

Há ainda a informação pessoal anônima, relativa a indivíduo indeterminado, recurso largamente utilizado para a proteção do dado pessoal, como se verá mais adiante.

Danilo Doneda aponta que o desenvolvimento dos bancos de dados e das políticas de acesso à informação, aqui relatados na evolução da privacidade, conduziram ao agrupamento das informações pessoais de acordo com aspectos da vida do indivíduo, a exemplo dos dados relativos ao chamado “sigilo bancário”²⁵⁵.

Essa categorização permitiu que fossem configurados graus de proteção maior ou menor, dependendo da seara da informação e, principalmente, do dano que poderia ser causado em virtude da divulgação de seu conteúdo. É a partir do exame prático sobre o potencial discriminatório e/ou lesivo à intimidade do indivíduo causado pela divulgação de determinadas informações pessoais que surgiu a definição de *dados sensíveis*: informações cujo conhecimento e tratamento permitem um uso discriminatório ou danoso, portanto com riscos potenciais maiores do que outras informações²⁵⁶.

Trata-se do “núcleo duro” referido por Rodotà, composto por informações relativas a “opiniões políticas, sindicais ou de qualquer outro gênero, fé religiosa, raça, saúde, hábitos sexuais”²⁵⁷, acrescido dos dados genéticos, na lição de Danilo Doneda²⁵⁸. Resgatando-se a distinção feita por Zucchetti e exposta no item anterior, os dados sensíveis corresponderiam ao segredo, sendo as demais informações privadas classificadas como reservadas²⁵⁹.

A classificação é alvo de críticas, principalmente em virtude do desenvolvimento tecnológico que hoje permite sejam reveladas informações sensíveis a partir da combinação de diversos conteúdos pessoais que não se enquadrariam nesta restrição²⁶⁰.

²⁵⁴SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*, cit., p. 158.

²⁵⁵DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 141-142.

²⁵⁶*Id. Ibid.*, p. 142-143.

²⁵⁷RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 78. No mesmo sentido em *Tecnologie e diritti*, cit., p. 90.

²⁵⁸DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 143.

²⁵⁹ZUCCHETTI, Alberto. I rapporti tra le norme relative all'accesso ed alla tutela dei dati personali, cit., p. 181.

²⁶⁰MARTINS, Plínio Lacerda; KHAUAJA, Pedro Odebrecht. O interesse público e privado na proteção de dados pessoais. In: MORAES, Maria Celina Bodini de; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio (Orgs.). *Privacidade hoje: anais do I Seminário de Direito Civil da PUC-Rio*. Rio de Janeiro, 2018. p. 395. No mesmo sentido, BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, cit., p. 84. Não se pode olvidar, no entanto, que a elaboração de um rol de informações pessoais que exigiriam maior proteção ao indivíduo foi útil para o desenvolvimento das primeiras legislações de proteção de dados e permanece nos principais ordenamentos jurídicos.

Outra objeção feita àquela categorização é a de que não há informação pessoal mais sensível do que outra, ou absolutamente inócua, na medida em que, independentemente de seu conteúdo, não há como prever as consequências do tratamento a que pode ser submetida²⁶¹. A conclusão advém de célebre decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), ao julgar a Reclamação Constitucional contra a Lei do Censo de 1983 (*Volkszählungsgesetz*), citada com frequência nas obras pesquisadas para o presente trabalho²⁶².

Legislação regulava a atividade censitária daquele período na então República Federal da Alemanha, submetendo os cidadãos a uma série de perguntas que seriam posteriormente encaminhadas para tratamento automatizado²⁶³.

Determinados pontos controversos conduziram à busca da tutela junto à corte constitucional, como o cruzamento de informações obtidas com os dados de registros civis, sob a genérica finalidade de “atividades administrativas”; o compartilhamento das informações anonimizadas com outras autoridades públicas federais, estaduais e municipais; e a fixação de uma multa aos cidadãos que se recusassem a responder às questões, favorecendo aqueles que denunciasses tais indivíduos²⁶⁴.

O Tribunal julgou a reclamação parcialmente procedente, restringindo o compartilhamento dos dados à finalidade exclusivamente estatística²⁶⁵. A importância do julgado para a proteção de dados é patente, porquanto foi reconhecida a autonomia do direito à proteção de informações pessoais, bem como consignado o termo “autodeterminação informativa” e discutida a questão do consentimento do titular para o tratamento daquele tipo de informação²⁶⁶.

No que tange à questão dos dados sensíveis, merece destaque a seguinte passagem das razões de decidir do tribunal:

²⁶¹DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 143.

²⁶²*BVerfGE 65, 1 – Volkszählung*. RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 65. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, cit., p. 97-102. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 165-172.

²⁶³RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 36. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 165.

²⁶⁴DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 166.

²⁶⁵MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original de Jürgen Schwabe. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 236.

²⁶⁶BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, cit., p. 97-98.

As Reclamações Constitucionais não ensejam uma discussão exaustiva sobre o direito de autodeterminação sobre a informação. Deve-se decidir apenas sobre o alcance deste direito em relação àquelas intervenções nas quais o Estado exige a informação de dados pessoais do cidadão. Neste mister não se pode apenas condicionar o tipo de dados [que podem ser levantados, transmitidos etc.]. Decisivos são sua utilidade e possibilidade de uso. Estas dependem, por um lado, da finalidade a que serve a estatística e, por outro lado, das possibilidades de ligação e processamento próprias da tecnologia de informação. Com isso, um dado em si insignificante pode adquirir um novo valor: desse modo, não existem mais dados “insignificantes” no contexto do processamento eletrônico de dados.

O fato de informações dizerem respeito a processos íntimos não decide por si só se elas são sensíveis ou não. É muito mais necessário o conhecimento do contexto de utilização, para que se constate a importância do dado em termos de direito da personalidade: Só quando existe clareza sobre a finalidade para a qual os dados são solicitados e quais são as possibilidades de uso e ligação [destes com outros] que existem, pode-se saber se a restrição do direito de autodeterminação da informação (no caso) é admissível.²⁶⁷

Da leitura do trecho acima depreende-se, mais uma vez, a força do contexto nas questões atinentes à privacidade, notadamente em decorrência do uso da informação pessoal²⁶⁸.

Sobre o fenômeno pelo qual informações pessoais consideradas irrelevantes num primeiro momento possam, em conexão com outras, revelar aspectos íntimos do indivíduo, é importante mencionar a doutrina espanhola, que utiliza expressão interessante para sua designação.

Trata-se da chamada “teoria do mosaico”, expressão cunhada por Fulgencio Madrid Conesa, no ano de 1984. Para o autor, informações pessoais irrelevantes sob o ponto de vista da privacidade não teriam sentido por si próprias. O arranjo com outros dados igualmente irrelevantes, porém, é capaz de formar um conjunto informacional apto a revelar aspectos íntimos de um indivíduo, tal qual a técnica de expressão artística do mosaico²⁶⁹. A teoria foi formulada como um contraponto às esferas de Hubmann²⁷⁰, que não seria capaz de fazer frente aos ataques à privacidade decorrentes das novas tecnologias que surgiam naquela época.

Há que se considerar, também, as possíveis consequências do tratamento aplicado à questão do *uso secundário* da informação pessoal, isto é, o desvirtuamento do uso do dado em relação à sua finalidade, dando origem a uma informação nova. Nesse sentido esclarece Rodotà:

²⁶⁷MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, cit., p. 239.

²⁶⁸RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 77.

²⁶⁹MADRID CONESA, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, 1984. p 44-45.

²⁷⁰HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*, cit., p. 268.

Le informazioni fornite dagli interessati per ottenere determinati servizi sono tali, per quantità e qualità, da determinare la possibilità di una serie di impieghi secondari, particolarmente remunerativi per i gestori dei sistemi interattivi. Questi, elaborando le informazioni ottenute in occasione della fornitura dei servizi, possono «creare» informazione nuova (profili di consumo individuale o familiare, analisi di preferenze, informazioni statistiche, ecc.), che interessa altri soggetti, ai quali può essere venduta.²⁷¹

Assim, ainda que uma informação não esteja inserida no bojo daquelas consideradas sensíveis ou não tenha potencial lesivo ou discriminatório, seu (mau) uso, pode afetar a esfera da privacidade do indivíduo²⁷². O que define a maior ou menor proteção estatal é justamente o grau de perturbação da intimidade do indivíduo²⁷³.

2.6 Informação pessoal de caráter econômico e privacidade

Seguindo o recorte proposto no presente trabalho, passa-se à análise da informação pessoal de conteúdo econômico e sua relação com a seara da privacidade. Vale rememorar, aqui, uma das primeiras definições de intimidade, assinalada no item 2.1, enquanto modo de proteção do patrimônio pessoal, com a finalidade de desconectar-se do ambiente público e manter determinadas informações longe dos olhos de outros.

No campo doutrinário, as menções mais frequentes sobre este tipo de informação recaem sobre a questão do sigilo bancário²⁷⁴ e do sigilo fiscal²⁷⁵. Tais atividades, como visto, foram responsáveis pelo desenvolvimento da definição de dados sensíveis, porquanto objeto de regulamentação própria para garantia da inviolabilidade das informações e de sua circulação. Rodotà aponta que estas atividades não integrariam o chamado “núcleo duro” de proteção à intimidade, indicando uma tendência a “*liberalizar a circulação de informações pessoais de conteúdo econômico*”. A disseminação destes elementos informativos justifica-se, segundo o autor, pelo fato de a atividade fiscal ser responsável pelo custeio e manutenção das atividades estatais e, conseqüentemente, do estado de bem-estar social²⁷⁶.

²⁷¹RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti, cit.*, p. 54. No mesmo sentido, DONEDA, Danilo. Princípios de proteção de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1, p. 378.

²⁷²DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 144.

²⁷³SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados, *cit.*, p. 33.

²⁷⁴DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 142.

²⁷⁵POSNER, Richard Allen. The right of privacy, *cit.*, p. 399. RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti, cit.*, p. 93.

²⁷⁶RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje, cit.*, p. 78.

É importante, porém, analisar as “dimensões” das informações econômicas a que se refere o professor italiano, bem como os limites para sua circulação. Embora o dado econômico não seja determinante para a existência da pessoa humana, ganha exponencial importância quando caracteriza a condição do indivíduo²⁷⁷.

De início, Rodotà associa o sigilo a um privilégio reservado à classe burguesa (proprietários e empreendedores)²⁷⁸, pugnando veementemente pela divulgação e circulação das informações econômicas de modo integral e facilitado. Assevera, no entanto, tratar-se de “*informações econômicas em sentido amplo*”, as quais, naturalmente *anônimas*, seriam coletadas de forma generalizada, com a *finalidade* de não privilegiar determinados setores responsáveis pela tomada de decisões, permitindo-se a participação pública²⁷⁹. Em diversos momentos é enfatizado o caráter pessoal da informação econômica dos cidadãos, bem como a necessidade do exercício de um controle coletivo por meio de sua publicização²⁸⁰. É importante ressaltar, porém, que em nenhum momento menciona-se que tal informação pessoal econômica seja *identificada*, mas tão somente acessada para fins de controle e decisão sobre a atividade governamental e decisões sobre políticas públicas: “*publicidade e controle não são termos contraditórios como são publicidade e sigilo*”²⁸¹.

As balizas deste controle são bem delimitadas, de modo que onde há circulação máxima de informações com conteúdo econômico deve-se permitir o controle real sobre a sua exatidão, os seus detentores e as formas de uso²⁸², sem qualquer menção à identificação.

A inclusão de tais informações - principalmente a renda e outras receitas - na esfera íntima do indivíduo, a reclamar a correspondente proteção jurídica, coaduna-se com a noção primária de privacidade, que busca impedir o conhecimento daqueles dados por outros, como se vê em Posner:

The reluctance of many people to reveal their income is sometimes offered as an example of a desire for privacy that cannot be explained in purely instrumental terms. But I suggest that people conceal an unexpectedly low income because being thought to have a high income avalue in credit markets and elsewhere, and that they conceal an unexpectedly high income in order (1) to avoid the attention of tax collectors, kidnappers, and thieves, (2) to fend off solicitations from charities and family members, and (3) to preserve a reputation for generosity that might be demolished if others knew the precise fraction of their income that they give away. Points (1) and (2) may explain anonymous gifts to charity.²⁸³

²⁷⁷RODOTÀ, Stefano. *Dall soggetto alla persona*, cit., p. 23-24.

²⁷⁸RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 36.

²⁷⁹RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 33.

²⁸⁰*Id. Ibid.*, p. 34-35.

²⁸¹RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 39.

²⁸²RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 36.

²⁸³POSNER, Richard Allen. *The right of privacy*, cit., p. 401.

Essa visão não se resume aos indivíduos que detém os meios de produção capitalista, mas também daqueles que recebem por sua força de trabalho, como assinala Paulo Mota Pinto:

Quanto ao patrimônio, este deve ser incluído na vida privada do seu titular, bem como a sua situação financeira (em relação à qual se podem levantar problemas v. gr. com as agências de informação ou de cobrança de dívidas). Diga-se, também, que certos eventos da vida de uma pessoa, como, por exemplo, os relacionados com aquela situação financeira (ganhar uma lotaria, receber uma herança, etc.), fazem parte da vida privada de cada um, bem como os seus passatempos, locais e dias de férias, etc.²⁸⁴

Em última análise, retomando-se o pensamento de Rousseau, é possível concluir que esse entendimento integraria a própria natureza humana, considerando-se que em um determinado momento histórico os indivíduos passaram a apropriar-se das coisas e armazenar o excedente à sua subsistência, protegendo-o da cobiça alheia²⁸⁵.

Neste momento do presente estudo, nota-se como é quase impossível manter-se imune ao casuísmo, principalmente quando se está a falar de um tema delicado como a coleta de informações atinentes à vida financeira de uma pessoa e o uso que dela se possa fazer.

Questionamentos atinentes aos rendimentos mensais de um indivíduo sempre foram considerados na cultura brasileira como intromissão indevida e pouco educada na esfera individual de privacidade. Nessa seara da “casuística”, a divulgação de informações pessoais econômicas permitiria toda sorte de especulações, inclusive sob o ponto de vista de sua segurança pessoal:

No geral, temos dois principais agentes coletando dados em larga escala: empresas privadas e órgãos governamentais. Há uma terceira possibilidade, que é um outro indivíduo, muitas vezes no intuito de fazer chantagem ou prática similar. Os primeiros usam do que hoje é o maior perigo ao direito de privacidade, os bancos de dados. Através dos bancos de dados, os dados pessoais difusos são juntados e transformados em informação, usada para os mais diversos motivos, muitas vezes escusos. Pode-se usar para um marketing focalizado, por exemplo, ou para determinar padrões de compras. Pode-se usar para determinar possíveis terroristas. Pode-se usar para quando saber alguém está viajando, possibilitando uma invasão de domicílio.²⁸⁶

O desenvolvimento do raciocínio conduz a outra afirmação possível, no sentido de que a divulgação de informações atinentes à renda mensal de um indivíduo, quando esta provém de uma única fonte, configuraria o levantamento do sigilo fiscal.

²⁸⁴PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, *cit.*, p. 529.

²⁸⁵ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, *cit.*, p. 181.

²⁸⁶MARTINS, Plínio Lacerda; KHAUAJA, Pedro Odebrecht. O interesse público e privado na proteção de dados pessoais, *cit.*, p. 396.

Nesse contexto, a tendência de liberalização de informações pessoais econômicas apontada por Rodotà perpassa pela questão do que efetivamente seria objeto de controle a ser exercido pela sociedade, para permitir sua participação nas decisões governamentais. É importante notar, porém, que o mestre italiano faz uma ressalva que ameniza a contundência de sua afirmação, destacando justamente a necessidade de verificação do *contexto* em que ocorre a coleta desses dados. Ainda que haja uma regra que privilegie e a circulação de informações econômicas - e o seu acesso -, permanece a necessidade de se examinar o *contexto global* em que ocorre qualquer coleta de informações²⁸⁷.

Da evolução doutrinária acima exposta, é possível extrair balizas importantes.

A informação pessoal de caráter econômico integra a esfera da privacidade da pessoa humana, consubstanciando expressão de sua condição quando a ela diretamente vinculada, mediante identificação.

Os reclamos modernos da sociedade por um maior controle da atividade governamental têm mitigado a proteção historicamente conferida a essas informações nas searas fiscal e de movimentações financeiras.

Assinala-se que o conteúdo em questão é, na sua essência, genérico e abstrato (*informação econômica em sentido amplo*), portanto não necessariamente identificada.

Desprovida de elemento que a colocaria na esfera da intimidade pessoal juridicamente protegida, a circulação e divulgação da informação econômica faz-se possível e necessária, num contexto de maior transparência e controle.

Neste ponto, surge a necessidade de analisar os limites da transparência reclamada aos governos pela sociedade e quais seriam as informações passíveis de serem divulgadas e circuladas sem violar proteção conferida à esfera íntima do indivíduo e, notadamente, às informações de caráter econômico. Antes disso, porém, é importante verificar como ocorreu a positivação do direito à privacidade no âmbito do recorte proposto no presente trabalho.

²⁸⁷RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje, cit.*, p. 79-80.

3 POSITIVAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

A evolução legislativa não acompanhou com a mesma velocidade o estágio da evolução tecnológica da sociedade, principalmente após o advento da internet. No caso específico do Brasil, é possível observar um período considerável em que a tutela do direito à privacidade dependeu da interpretação e aplicação de legislação escassa, lacunosa e fragmentada²⁸⁸, recorrendo-se com frequência a ensinamentos doutrinários e a fixação de precedentes jurisprudenciais para sua concreção²⁸⁹.

Não obstante o desenvolvimento da noção de privacidade ter ocorrido com maior força – ou ser mencionado pela doutrina com maior frequência – nos Estados Unidos, é no modelo europeu que o Brasil se inspirou para a modernização da legislação nacional²⁹⁰, a fim de fornecer respostas às atuais inquietações da sociedade advindas dos últimos contornos que o conteúdo daquele direito hauriu nas últimas décadas.

Isso se deve, em grande parte, às raízes de cada um desses sistemas: o *common law* estadunidense e o *civil law* adotado na formatação jurídica da União Europeia. Na lição de Doneda:

Não é possível reconhecer no direito norte-americano uma unidade no *right to privacy*. Apesar da demanda pela proteção da privacidade ter surgido natural e organicamente como um aspecto evolutivo do ordenamento, essa terminologia foi utilizada para diversas funções, algumas delas bastante diferentes entre si, a ponto de ter se tornado muito difícil reunir todas as suas manifestações em torno de um eventual centro nuclear. Os motivos para essa “fragmentação” - que é tanto mais forte em virtude do amplo conjunto de fontes normativas às quais o conceito se refere - são em parte os mesmos motivos que identificamos para se estabelecer um conceito de privacidade e, por outro lado, o seu peculiar processo de formação histórica.²⁹¹

²⁸⁸ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: os limites do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito e internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1. p. 451.

²⁸⁹DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 10-15.

²⁹⁰PARENTONI, Leonardo Netto; LIMA, Henrique Cunha. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomia interna e aspectos internacionais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota. (Coords.). *Direito e Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 484 e 503. No mesmo sentido, DE LUCCA, Newton; MACIEL, Renata Mota. A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: a disciplina normativa que faltava. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito e internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 30, e MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Considerações sobre a proteção à privacidade e aos dados pessoais em uma sociedade digital. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito e internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 130.

²⁹¹DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 222-223.

No âmbito da privacidade contextual, notadamente em relação à proteção das informações pessoais, não obstante haver uma “tendência à convergência” do conteúdo das legislações sobre a matéria em nível mundial²⁹², os modelos de regulação serão distintos conforme o sistema a que vinculado cada país.

Como visto no capítulo anterior, enquanto os países de tradição na *civil law* vinculam a privacidade - e, conseqüentemente, a proteção de dados pessoais - à doutrina dos direitos fundamentais e à tutela da dignidade humana, os Estados Unidos tratam o tema como uma liberdade contra intromissões por parte do Estado, e particularmente a questão do tráfego de informação pessoal como objeto de autorregulação pelo setor privado, ao sabor dos ganhos de eficiência e demais leis do mercado²⁹³:

A dicotomia, porém, não é absoluta, como anota Doneda: Austrália, Nova Zelândia e Canadá possuem certo grau de aproximação com o modelo europeu, além do próprio Reino Unido, mesmo após a saída da União Europeia²⁹⁴.

É justamente a identidade do sistema da *civil law* e da privacidade fundamentada na dignidade humana e consagrada como direito fundamental, todavia, que permite a comparação entre o ordenamento brasileiro e o comunitário europeu, o qual será procedido no presente estudo, buscando melhorias e aprimoramentos nas questões atinentes à privacidade e à transparência administrativa.

Neste intento, faz-se importante uma exposição mais acurada deste panorama regulatório-normativo, bem como das bases históricas e axiológicas do conteúdo dessas legislações.

²⁹²DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 185-186.

²⁹³WHITMAN, James Q. The two western cultures of privacy: dignity versus liberty. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 6, p. 1161-1162 e 1192, 2004. Doi: <https://doi.org/10.2307/4135723>. Para se ter uma ideia da relação entre o direito à privacidade e a liberdade contra interferências estatais nos Estados Unidos, Whitman cita (p. 1158) o famoso caso *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte daquele país entendeu que o direito ao aborto estaria abrangido pelo direito à privacidade, na medida em que o casal poderia decidir pela interrupção da gravidez no âmbito de sua intimidade sem a interferência do Estado: “*We, therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation.*” (*Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), p. 154). Quarenta e nove anos depois, em 24 de junho de 2022, analisando o caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022), a Corte suspendeu a decisão anterior, permitindo que leis editadas por Estados americanos proibam a prática, ao argumento de que o aborto não estaria vinculado ao direito à privacidade, de modo que os representantes eleitos pelo povo poderiam regular a matéria. (BALAGO, Rafael. Suprema Corte suspende direito constitucional ao aborto nos Estados Unidos após 49 anos. *Folha de S. Paulo*, 24 jun. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/06/suprema-corte-suspende-direito-ao-aborto-nos-estados-unidos-apos-49-anos.shtml>. Acesso em: 27 jun. 2022). A mesma concepção existe em relação à homossexualidade, conforme o precedente *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472 (2003), também citado por Whitman.

²⁹⁴DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 186-187.

3.1 O *iter* da positivação: proteção da privacidade do campo “físico ao corpo eletrônico”

Acompanhando a evolução da definição da privacidade, os primeiros normativos relativos ao tema vão preocupar-se em garantir os direitos individuais de cunho “liberal-burguês” da inviolabilidade à vida privada e à intimidade, abrangendo o domicílio e as comunicações, bem como a honra e a imagem.

A positivação segue mantendo a privacidade no rol dos direitos individuais previstos em cartas de direito de organismos internacionais e, nos ordenamentos internos, nas leis constitucionais e estatutos civis, protegendo o indivíduo de interferências estatais e privadas.

A evolução tecnológica conduz à edição de leis setoriais que preveem medidas de reforço e que conferem efetividade ao direito à privacidade garantido no rol de direitos fundamentais.

Os novos dimensionamentos conferidos à privacidade, com foco nas informações pessoais do indivíduo - característica da sociedade da informação - faz com que a legislação passe a ramificar-se cada vez mais neste tipo de proteção, numa atividade legislativa que muitas vezes não consegue acompanhar o estado da arte no âmbito das possibilidades de acesso e disseminação dos dados - componentes informativos deste novo “corpo eletrônico” - que merecem proteção e gestão por parte do seu titular, a pessoa natural. Na sociedade da informação, a violação à privacidade implica, por exemplo, “o risco do uso indevido de dados pessoais da classificação dos indivíduos por características comuns, como o perfil de consumo, de imposição de comportamentos padronizados e da discriminação dos cidadãos”²⁹⁵.

Nesta seara da garantia da privacidade em sua dimensão contextual, a proteção de dados pessoais tem seguido caminhos diversos de regulação, a depender do modelo adotado, norte-americano ou europeu.

Ao lado desta dimensão contextual, a economia do “mercado da privacidade” – sempre presente na obra de Alessandro Acquisti²⁹⁶ –, a capacidade dos atores envolvidos de solucionarem as questões atinentes à proteção das informações pessoais do indivíduo e a

²⁹⁵KLEE, Antonia Espíndola Longoni; MARTINS, Guilherme Magalhães. A privacidade, a proteção dos dados e dos registros pessoais e a liberdade de expressão: algumas reflexões sobre o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965/2014). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1. p. 293.

²⁹⁶ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The economics of privacy, *cit.*, p. 445 e 462.

tradição de cada Estado em tratar de sua organização socioeconômica é que vão ditar os rumos da positivação das políticas públicas necessárias àquela garantia.

Nos Estados Unidos, berço da famosa “Escola de Chicago”, adotou-se a autorregulação²⁹⁷, pela qual os próprios atores do setor privado envolvidos na atividade econômica ou seus agrupamentos desenvolvem instrumentos normativos próprios para regulamentarem sua atuação.

O modelo europeu, por sua vez, ao reconhecer o direito à proteção das informações pessoais do indivíduo, busca incentivar a elaboração de normativos pelo setor privado, os quais são validados por uma autoridade garantidora independente, entidade administrativa que também fiscaliza o cumprimento dos regramentos de tratamento de dados editados pelo Estado. Trata-se do modelo chamado “corregulação”, em que “o Estado reconhece a importância da produção espontânea de normas pelo setor privado, mas monitora e valida tais normas”²⁹⁸.

A legislação nacional tem se assemelhado ao modelo europeu, ainda que com várias “ressalvas”, como na sanção de nossa legislação de proteção de dados em que os dispositivos que criavam a autoridade garantidora independente (Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD) foram vetados pelo então Chefe do Poder Executivo e “mal ressuscitados” pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, convertida na Lei Federal nº 13.853, de 8 de julho de 2019, tornando-a um “anexo” da Presidência da República.

A interferência da economia nos movimentos regulatórios, porém, gera a necessidade de um equilíbrio entre o que deve ser regulado pelo Estado e o que deve ser deixado ao sabor do mercado, o que pode ser observado tanto na doutrina dos Estados Unidos como na europeia.

George Stigler aponta que o elemento comum aos normativos garantidores da privacidade é a redução de acesso a informações pessoais por terceiros. Num ambiente não regulado, a ausência de informações pessoais fazia com que as empresas buscassem fontes de informação substitutas e de qualidade inferior. As regras que determinam a necessidade de correção e completude das informações pessoais teriam o mesmo efeito, na medida em que

²⁹⁷LOCHAGIN, Gabriel; PEZAIT, Emanuele. A economia da privacidade: fundamentos econômicos e aspectos regulatórios da proteção de dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito e internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 528.

²⁹⁸ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: os limites do Marco Civil da Internet, *cit.*, p. 448 e 450.

tornariam excessivamente custosas ao ator econômico a obtenção de tais dados, sem um retorno financeiro condizente²⁹⁹.

Do outro lado do Atlântico, Rodotà partilhava do mesmo pensamento, indo um pouco mais além em relação à necessidade de uma consciência coletiva:

Non solo, allora, appare inadeguata la linea della deregulation e del mercato, ma rischia di apparire povera anche la prospettiva legata solo ad un rafforzamento delle difese individuali «passive», fatte di divieti di raccolta di determinate informazioni e di diritti «indisponibili», sottratti alle transazioni consensuali. Tutto questo rimane necessario, certamente: ma come un punto di partenza, non d'arrivo.

[...]

Questa è la via perché la protezione dei dati non si risolva in un mero impoverimento dei flussi di informazione, in un taglio della comunicazione sociale, ma consenta trasparenza dei processi di decisione, controllabilità diffusa dei detentori del potere, possibilità di far nascere nuove identità collettive. In questo contesto, le ragioni dell'individuo sarebbero esaltate, e non mortificate³⁰⁰.

Para o professor italiano, a estruturação das legislações de proteção de dados deve considerar não só o modelo de regulação que melhor se aplica ao Estado em questão, mas também o que deve ser regulado e o que deve permanecer “de fora”, segundo a lógica do mercado³⁰¹. A ideia é de dar vida a um “direito homeostático” que seja capaz de adaptar-se por si, acompanhando as mudanças científicas e tecnológicas³⁰².

Essa preocupação com o dinamismo da tecnologia frente à eficácia do arcabouço normativo que rege a matéria nada mais é do que a manifestação de uma das clássicas preocupações da Filosofia do Direito: a relação entre sociedade e direito.

A questão torna-se ainda mais exacerbada quando se trata de evolução tecnológica, cuja velocidade é muito superior à capacidade de resposta da sociedade em nível regulatório. Acrescenta-se a isso a ausência de previsibilidade dos estágios evolutivos da tecnologia, bem como dos consequentes impactos causados nas relações sociais, os quais poderiam – ou não – exigir alterações legislativas ou a criação de novo regulamento.

A doutrina assinala que, em se tratando de tecnologia, há que se atentar para uma regulamentação que não seja assaz exhaustiva. Há que se observar as quatro modalidades de regulação do *cyberespaço*, como aponta Lawrence Lessig: o direito, as normas sociais, o mercado e o que ele chama de “arquitetura” da rede, representada pelos códigos próprios da

²⁹⁹STIGLER, George Joseph. An introduction to privacy in economics and politics. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 4, p. 628, Dec. 1980.

³⁰⁰RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 69.

³⁰¹*Id. Ibid.*, p. 189.

³⁰²*Id. Ibid.*, p. 196.

programação e da organização da tecnologia do espaço virtual. Cada uma dessas modalidades, seja isoladamente ou em conjunto, são capazes de induzir ou restringir comportamentos³⁰³.

Nessa linha de raciocínio, indica Guidi em seus estudos sobre o sistema europeu, o direito deve ater-se aos valores e princípios envolvidos nas finalidades que a aplicação tecnológica visa a atingir, direcionando o processo de inovação. Não deve disciplinar os meios pelos quais a técnica deve chegar a um determinado resultado, nem descer às minúcias de regular tecnologias específicas ou estabelecer condições para que uma nova solução seja tida como lícita. O enfoque deve ser reducionista, com ideias básicas sobre o tratamento da matéria, a tutela e os valores a serem considerados, inclusive em questões específicas sobre procedimentos para a coleta dos dados e a elaboração de cláusulas contratuais a respeito do tratamento de dados pessoais³⁰⁴.

A solução, conclui Guidi, estaria num sistema constituído em *camadas*. Numa estrutura piramidal, esta bastante comum nos sistemas jurídicos, figurariam: no topo, normativos cujo processo de alteração é mais complexo, consagrando valores e consolidando a privacidade e a proteção às informações pessoais como garantia fundamental - dimensão axiológica. Em seguida, os normativos de caráter geral e com tendência a uma maior permanência, que especificam os princípios, fixam as definições e estabelecem a estrutura e a aplicação prática para a efetivação da tutela, embora “tecnologicamente neutros”. Na base, as decisões e normativas mais específicas, com grande flexibilidade para edição e modificação, permitindo o acompanhamento do estágio mais atual da tecnologia, bem como os códigos de conduta e os mecanismos de autorregulação. Esse *caráter modular* responderia com rapidez à evolução tecnológica, ao permitir procedimentos interpretativos na seara administrativa, num modelo de regulação por indução³⁰⁵.

3.2 As gerações de leis de proteção de dados pessoais

Assim como em relação ao conteúdo do direito à privacidade e de outros direitos fundamentais, a atividade legislativa em torno da proteção de dados pessoais também passou

³⁰³LESSIG, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 2, p. 507-510, 1999.

³⁰⁴GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 228.

³⁰⁵*Id.*, p. 133-134 e 240.

por estágios evolutivos – “gerações”, como aponta a lição de Viktor Mayer-Schönberger³⁰⁶. Infelizmente, o país não vivenciou toda o período evolutivo, devido ao desenvolvimento tardio do tema.

A *primeira geração* de leis de proteção de dados surge após a Segunda Guerra Mundial³⁰⁷, momento em que as informações pessoais dos indivíduos, coletadas pelo Estado em sua atividade censitária, são organizadas pela incipiente atividade computacional. Em episódio sombrio da história mundial, Augusto Marcacini lembra da odiosa prática nazista de coleta de dados da população que vivia na Alemanha, processados por meio de cartões perfurados em máquinas tabuladoras *Hollerith*, tecnologia da *International Business Machines* (IBM), que permitiu a identificação, organização e o extermínio de judeus, ciganos e outras minorias que não atendiam à ideologia do Terceiro Reich³⁰⁸.

Essa primeira geração de leis emerge no contexto da ideia norte-americana de criação do NDC, mencionado no item 2.2, quando a privacidade ganhava as preocupações e os contornos anotados por Arthur Miller³⁰⁹. Da preocupação em relação ao acesso e controle de dados pelo Estado, surgem preceitos legais que disciplinam a criação dos bancos de dados, pela concessão de autorizações e procedimentos rígidos de operação das tecnologias de processamento de dados³¹⁰: “*The computer is the problem, it seems, and its application must be regulated and controlled.*”³¹¹.

Danilo Doneda aponta como exemplos a Lei de Proteção de Dados do Land³¹² de Hesse, de 1970 e o Estatuto para Bancos de Dados da Suécia, de 1973 (*Data Legen* ou *Datalag 289*, de 11 de maio de 1973) e vai até a edição da Lei Federal da República Federativa da Alemanha, de 1977 (*Bundesdatenschutzgesetz*)³¹³. A Suíça, por sua vez, adotou legislação restrita ao setor público³¹⁴. Ainda segundo Doneda, os princípios consagrados nesses diplomas eram “abstratos e amplos”, dirigidos ao processamento de dados:

³⁰⁶MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe. In: AGRE, Phillip; ROTENBERG, Marc (Eds.). *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: MIT Press, 1997. p. 219-241.

³⁰⁷BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, cit., p. 109.

³⁰⁸O nome do aparato deve-se ao seu criador, Herman Hollerith (1860-1929), fundador da empresa que anos mais tarde seria conhecida pela sigla presente em tantos países (IBM). Sobre o episódio atinente ao Holocausto, veja-se MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Considerações sobre a proteção à privacidade e aos dados pessoais em uma sociedade digital, cit., p. 137.

³⁰⁹MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*, cit.

³¹⁰BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, cit., p. 110.

³¹¹MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe, cit., p. 223.

³¹²Divisão administrativa da Alemanha, como um Estado-membro ou Região.

³¹³DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 174-175.

³¹⁴NEWMAN, Abraham L. Building transnational civil liberties: transgovernmental entrepreneurs and the European data privacy directive. *International Organization*, v. 62, n. 1, p. 109, Jan. 2008.

A estrutura e a gramática destas leis era condicionada pela informática – nelas, tratava-se dos “bancos de dados” e não da “privacidade”, desde seus princípios genéricos até os regimes de autorização e de modalidades de tratamento de dados, a serem determinados *ex ante*, sem prever a participação do cidadão neste processo (foi também por este motivo que foram estabelecidos os primeiros comissários de proteção de dados pessoais).³¹⁵

Como salienta Mayer-Schönberger, não foram utilizadas expressões como “privacidade”, “informação” ou “proteção da intimidade”, mas sim “dado”, “banco e dados” e “base de dados”³¹⁶. Chama a atenção do professor austríaco nessas legislações a presença de dispositivos destinados a assegurar a “segurança governamental”. Uma vez que os dados compilados pelo Poder Executivo consubstanciariam um poder extraordinário nas mãos daquele poder, foram incluídos preceitos que garantiam o acesso das informações também ao Poder Legislativo³¹⁷.

A impossibilidade de controle da disseminação e uso das tecnologias de processamento de dados por atores privados conduz à *segunda geração* de leis, já na segunda metade da década de 1970. Aos centros de processamento de dados estatais, uma quase representação do temido “*Big Brother*” orwelliano, somaram-se inúmeras “irmãzinhas lisonjeiras” da iniciativa privada, como mencionado por Castells³¹⁸ (item 2.3 supra). Preocupando-se com a proliferação de bancos de dados privados e diante da impossibilidade de controle total por parte do Estado para autorização e fiscalização dos repositórios, as legislações editadas à época transferem para o indivíduo o controle sobre o fluxo de suas próprias informações pessoais e a responsabilidade de mantê-las protegidas³¹⁹.

O entendimento traduz a concepção de privacidade de Alan Westin³²⁰, explicitada por Rodotà quando menciona o novo eixo de pensamento em relação ao direito à privacidade: de “pessoa-informação-sigilo” para “pessoa-informação-circulação-controle”³²¹. Eis, na evolução legislativa, o consentimento como norteador dos normativos sobre o tema a partir de então. Apontam-se, no período, a lei francesa de proteção de dados pessoais de 1978 (Lei 78-17, de 6 de janeiro de 1978 – *Loi informatique, fichiers et libertés*), bem como a lei austríaca (Lei nº

³¹⁵DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 176.

³¹⁶MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe, cit., p. 224.

³¹⁷*Id. Ibid.*, citando como exemplo o § 6º da Lei do Land de Hesse.

³¹⁸CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*, cit., p. 406.

³¹⁹BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, cit., p. 111.

³²⁰“Privacy is the claim of individuals, groups or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others” (WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*, cit., p. 7).

³²¹RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 93.

565, de 18 de outubro de 1978 - *Datenschutzgesetz* - DSG) como exemplos de diplomas legislativos do período³²².

Também se incluem nesta geração os dispositivos constitucionais dos países ibéricos. O artigo 35 da Constituição da República Portuguesa, na redação original de 1976, de maneira destacada do artigo que trata da intimidade e vida privada do indivíduo (art. 26)³²³, assim preceituava em relação ao uso da informática:

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.³²⁴

No mesmo sentido o artigo 18 da Constituição do Reino da Espanha, de 1978:

Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
- 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.**
(destacado)

Diferente da geração anterior, os preceitos dessas legislações abrandavam os procedimentos de autorização para criação e operação dos bancos de dados, conferindo ao órgão administrativo responsável pelo controle um papel semelhante ao de uma *agência* ou

³²²DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 177.

³²³Em sua redação atual:

Artigo 26.

(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

[...]

³²⁴O texto foi alterado pela Lei nº 01, de 30 de setembro de 1982 e Lei nº 01, de 8 de julho de 1989, acrescentando elementos das gerações seguintes do desenvolvimento legislativo sobre o tema, como a extensão da proteção aos demais dados sensíveis e a vedação de acesso a dados pessoais por terceiros.

*ombudsman*³²⁵. Também foi permitido o acesso dos indivíduos aos bancos de dados e a possibilidade de correção de informações³²⁶.

A principal questão que surge a partir deste novo *modus operandi* em relação ao fluxo de informações é que o indivíduo estaria restrito a uma perspectiva de “tudo ou nada”³²⁷: ao decidir pelo não-uso de seus dados pessoais por parte de outrem, seria alijado de algum elemento de sua vida social, eis que o funcionamento de órgãos estatais e entes privados estava intimamente ligado ao fluxo de informações pessoais que detinham³²⁸.

Exemplo desta segunda geração de leis no ordenamento brasileiro é o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao garantir o direito de acesso e de retificação de informações pessoais, (artigo 43 do CDC).

A década de 1980 traz a *terceira geração* de leis de proteção de dados, a partir da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no julgamento da Reclamação Constitucional contra a Lei do Censo de 1983 (*Volkszählungsgesetz*), mencionada no item 2.5 retro. É neste julgado, como visto, que a autodeterminação informativa surge como uma nova baliza para a garantia da privacidade do indivíduo.

O advento da tecnologia de interligação dos bancos de dados em rede dificultou a identificação exata do local em que ocorriam as operações de coleta, armazenamento e transmissão das informações³²⁹.

Assim, a característica principal de tais leis é, justamente, a *dimensão contextual* da privacidade (item 2.3 supra), garantindo-se o dever de informação e permitindo que o indivíduo participe de todas as etapas do tratamento de suas informações pessoais, desde a coleta até o compartilhamento³³⁰.

No ordenamento brasileiro, é possível identificar elementos de terceira geração no *consentimento* para abertura e compartilhamento de cadastros pessoais previsto no CDC e na

³²⁵DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 177.

³²⁶MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe, cit., p. 226.

³²⁷MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 18, n. 70, p. 42, abr./jun. 2009. A expressão “*all-or-nothing*” estava presente no artigo de MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe, cit., p. 229.

³²⁸MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe, cit., p. 228. Na página seguinte o professor faz o célebre questionamento, citado por vários autores, no sentido de que o único modo de se garantir a plena proteção à privacidade seria viver como um eremita.

³²⁹DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 178.

³³⁰BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, cit., p. 111.

Lei do Cadastro Positivo (artigo 43, § 2º do CDC e artigos 4º e 9º da Lei do Cadastro Positivo - LCP).

Havia, porém, a barreira dos custos econômicos e sociais a serem enfrentados para o exercício dessa autodeterminação informativa. Isso porque, no mais das vezes, o indivíduo era levado a concordar com opções de tratamento de dados que não eram necessariamente as mais adequadas a si, o que motivou nova evolução legislativa³³¹.

As leis de *quarta geração* buscaram reduzir o desequilíbrio existente entre o indivíduo e as entidades detentoras de informações pessoais, intento que não foi atingido pela garantia de participação no processo de tratamento de dados.

O caráter pragmático é a tônica desta legislação, que aumenta consideravelmente o grau de proteção conferido ao indivíduo em relação aos operadores dos dados.

Dentre os principais comandos dos novos diplomas estavam as vedações totais – ou parciais, com restrições severas ao poder de barganha do indivíduo – ao tratamento de dados sensíveis, bem como a criação, na estrutura administrativa, de autoridades independentes para garantia do cumprimento dos preceitos legais³³².

Para além de leis de caráter geral, na linha do que promoveram inicialmente os países nórdicos, houve forte atividade normativa setorial, visando à cobertura de peculiaridades de determinadas atividades econômicas e o uso de informações pessoais³³³.

O consentimento continua tendo papel central, passando a ser adjetivado, a exemplo da legislação europeia: “livre, informado, inequívoco, explícito e ou específico”:

O progresso geracional normativo da proteção dos dados pessoais, assinala, destarte, um percurso no qual o consentimento emerge, é questionado e se reafirma como sendo o seu vetor central. Com isso, o titular dos dados pessoais permanece sendo o seu ponto focal, o que é replicado até os dias de hoje. A construção e a própria interpretação das normas a respeito da proteção dos dados pessoais têm seguido esse norte regulatório.³³⁴

No Brasil, a Lei do Cadastro Positivo já trazia elementos desta geração, ao trazer a definição de informação sensível (artigo 3º, § 3º, II da LCP), assim como a LGPD brasileira, que contém outros dispositivos representativos deste movimento legiferante.

³³¹MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe, *cit.*, p. 232.

³³²DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, *cit.*, p. 179.

³³³MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe, *cit.*, p. 236.

³³⁴BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, *cit.*, p. 113.

3.3 Princípios comuns às legislações de proteção de dados pessoais

A organização “geracional” da legislação de proteção de dados pessoais ao longo do tempo revela, outrossim, uma série de princípios comuns a vários ordenamentos³³⁵, alguns já presentes em outras áreas do direito, outros próprios a essa nova dimensão da privacidade³³⁶.

Stefano Rodotà aponta dois textos normativos internacionais cujos pontos comuns permitem a dedução de tais princípios: as Diretrizes (*Guidelines*) da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) para a Proteção da Privacidade e Fluxo Transfronteiriço de Dados Pessoais, de 23 de setembro de 1980³³⁷, de caráter não vinculativo, e a Convenção n. 108 do Conselho da Europa (CdE) para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981³³⁸.

Os princípios enumerados em cada um desses regramentos serão explicitados a seguir, dada sua importância para a regulamentação da privacidade no âmbito internacional. A partir dos textos normativos indicados, Stefano Rodotà enumera seis princípios para as legislações de proteção de dados pessoais.³³⁹

De maneira mais completa, Danilo Doneda, elenca *sete* princípios a serem observados na proteção das informações pessoais, sintetizados a seguir a partir das lições do ilustre professor.

³³⁵DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 178.

³³⁶DONEDA, Danilo. Princípios de proteção de dados pessoais, *cit.*, t. 1, p. 377.

³³⁷THE DEVELOPMENT and influence of the OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. Chapter 4. The evolving privacy landscape: 30 years after the OECD Privacy Guidelines (2011). In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. *The OECD Privacy Framework*. OECD, 2013. Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em: 12 fev. 2022.

³³⁸COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Strasbourg, 28.I.1981. (European Treaty Series - No. 108). Disponível em: <https://rm.coe.int/1680078b37>. Acesso em: 12 fev. 2022.

³³⁹1. *princípio da correção* na coleta e no tratamento das informações; 2. *princípio da exatidão* dos dados coletados, acompanhado pela obrigação de sua atualização; 3. *princípio da finalidade* da coleta dos dados, que deve poder ser conhecida antes que ocorra a coleta, e que se especifica na relação entre os dados colhidos e a finalidade perseguida (princípio da pertinência); na relação entre a finalidade da coleta e a utilização dos dados (princípio da utilização não-abusiva); na eliminação, ou na transformação em dados anônimos das informações que não são mais necessárias (princípio do direito ao esquecimento); 4. *princípio da publicidade* dos bancos de dados que tratam as informações pessoais, sobre os quais deve existir um registro público; 5. *princípio do acesso individual*, com a finalidade de conhecer quais são as informações coletadas sobre si próprio, obter a sua cópia, obter a correção daquelas erradas, a integração daquelas incompletas, a eliminação daquelas coletadas ilegitimamente; 6. *princípio da segurança* física e lógica da coletânea dos dados. In: RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje, cit.*, p. 59. No mesmo sentido, em italiano, em *Tecnologie e diritti, cit.*, p. 70-71.

O *princípio da transparência ou da publicidade* indica que a existência de um banco de informações pessoais deve ser publicizada, mediante notificação a determinada autoridade administrativa, autorização concedida previamente por esta ou envio de relatórios periódicos. Com fundamento no mesmo princípio, devem ser explicitados os modos como a informação é utilizada³⁴⁰.

Pelo *princípio da qualidade*, as informações pessoais devem ser coletadas e tratadas com cuidado e correção, devendo corresponder fielmente à realidade, com atualizações de conteúdo sempre que necessário³⁴¹. Corresponde a uma fusão dos princípios da *correção* e da *exatidão* de Rodotà.

Princípio da finalidade: de suma importância para o presente estudo, preceitua que o uso dos dados pessoais de um indivíduo deve corresponder à *finalidade* para os quais foram coletados, o que foi previamente comunicado e consentido pelo titular da informação³⁴². É este princípio que permite a aplicação de determinados mecanismos como a vedação à transferência de dados a terceiros, bem como sopesar os efeitos do uso que desborda dos limites da finalidade - o chamado “uso secundário” – com usos que configurem ganhos econômicos não previstos ou consentidos e até mesmo a criação de dado novo, tal como explicitado por Rodotà³⁴³. Convém destacar, neste ponto, a percuciente observação de Doneda, ressaltando a importância do princípio:

O princípio da finalidade pode ser tomado como corolário do pressuposto segundo o qual a informação pessoal, como expressão direta da personalidade de seu titular, nunca perde seu vínculo com este. Antes de ser meramente abstrata e sujeita à livre disposição, esta informação, à medida que identifica alguma característica de uma pessoa, permanece sempre vinculada a ela, e sua utilização pode refletir diretamente para o seu titular.

[...]

Este princípio é tanto mais importante ao se levar em conta que, quebrando-se o vínculo entre o consentimento do uso dos dados pessoais para um fim específico, estar-se-ia abrindo a possibilidade para qualquer uso secundário da informação pessoal e, por consequência, tornando inócuos outros meios de proteção e controle desta informação por parte do seu titular.³⁴⁴

³⁴⁰DONEDA, Danilo. Princípios de proteção de dados pessoais, *cit.*, t. 1, p. 376.

³⁴¹*Id. Ibid.*, p. 376.

³⁴²*Id. Ibid.*, p. 376.

³⁴³RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, *cit.*, p. 54.

³⁴⁴DONEDA, Danilo. Princípios de proteção de dados pessoais, *cit.*, t. 1, p. 378.

O *princípio do livre acesso* garante o controle das informações pessoais por parte do indivíduo que as titulariza, permitindo-se a correção, supressão ou acréscimo de dados conforme sua obsolescência ou impertinência de manutenção³⁴⁵.

O *princípio da segurança física e lógica* dos dados pessoais possui caráter eminentemente técnico, determinando que haja proteção contra os riscos inerentes à atividade de armazenamento e tratamento de dados, como o extravio, o acesso indevido (físico ou remoto), e a transferência ou a alteração não autorizadas.

O *princípio da proporcionalidade* pressupõe que o tratamento das informações pessoais só deve ocorrer se forem relevantes e pertinentes à finalidade³⁴⁶. Corresponderia a um destaque do “subprincípio” da pertinência indicado por Rodotà ao falar do princípio finalidade.

Por fim, igualmente caro ao presente estudo, o *princípio da necessidade* pondera que devem ser coletadas e tratadas apenas as informações pessoais necessárias (úteis) ao atendimento do objetivo final previamente determinado, eliminando dados que dele exorbitem³⁴⁷.

Em obra posterior³⁴⁸, Doneda deixa de enumerar os princípios da proporcionalidade e da necessidade, renomeando o *princípio da qualidade* para *princípio da exatidão*, aproximando-se da nomenclatura de Rodotà, permanecendo com apenas cinco princípios. O elenco original de sete princípios coaduna-se aos objetivos do presente estudo, porquanto mais completo e condizente com a abordagem da presente pesquisa em sua relação com o Direito Administrativo.

Note-se que alguns desses princípios já se encontravam presentes no ordenamento brasileiro, como os princípios do livre acesso e da correção, no artigo 43 do CDC. Já o princípio da finalidade encontra-se na LCP, artigo 5º, VII e já havia sido consagrado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1995, no julgamento do Recurso Especial nº 22.337/RS³⁴⁹.

³⁴⁵DONEDA, Danilo. Princípios de proteção de dados pessoais, *cit.*, t. 1, p. 376.

³⁴⁶*Id. Ibid.*, p. 377.

³⁴⁷*Id. Ibid.*, p. 378.

³⁴⁸DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, *cit.*, p. 181-182.

³⁴⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Recurso Especial nº 22.337/RS*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília-DF, 13 de fevereiro de 1995. Diário da Justiça, Brasília-DF, 20 mar. 1995. p. 6119. O recurso analisou o alcance do artigo 43, § 1º do CDC, sobre o cancelamento de cadastros negativos após cinco anos. No voto, o Ministro afirma que a atividade de negativação exercida pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) “deve ser exercida dentro dos limites que, permitindo a realização de sua finalidade, não se transforme em causa e ocasião de dano social maior do que o bem visado.”

3.4 Tutela da privacidade no ordenamento jurídico internacional

A promoção e estímulo à proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais consubstanciam propósitos firmados pelos signatários da Carta das Nações Unidas, em 1945³⁵⁰, sendo este o ato internacional apontado como gérmen da positivação do direito à intimidade no ordenamento internacional³⁵¹.

Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclama, em Paris, a Resolução nº 217 (III), chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Human Rights*), cuja parte primeira é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). O artigo 12 do referido documento prevê a proteção da lei aos elementos presentes nas primeiras definições da privacidade, atinentes à intimidade doméstica do indivíduo, sua honra e reputação, e o sigilo à correspondência³⁵².

À Carta Internacional dos Direitos Humanos foi acrescido o Pacto de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, internalizado no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, repetindo a redação da DUDH³⁵³.

Após a realização da Convenção Internacional de Direitos Humanos de 1968, em Teerã, sobreveio a Resolução n.º 2.450 (XXIII), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. O ato internacional retoma o conteúdo do parágrafo 18 da Proclamação da Convenção Internacional, no sentido de que os atuais avanços tecnológicos poderiam comprometer os direitos humanos e as liberdades dos indivíduos, conclamando a realização de estudos que tivessem por objeto, dentro outros, as aplicações de eletrônica que pudessem afetar os direitos da pessoa humana, com a fixação de limites para sua utilização numa sociedade democrática³⁵⁴.

³⁵⁰Carta das Nações Unidas, art. 1º, firmada em São Francisco em 26 de junho de 1945. Internalizada no ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

³⁵¹SILVA, Andréia da. *Intimidade na sociedade da informação: o desafio de sua tutela e regulação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 34.

³⁵²Artigo 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

³⁵³Artigo 17. 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

³⁵⁴UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights and Scientific and Technological Developments. Note by the Secretary-General. *Reports Prepared in Accordance With General Assembly Resolution 2450 (XXIII)*, item 1, “c”. 17 July 1973. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/852581/files/A_9075-EN.pdf?ln=en. Acesso em: 12 fev. 2022.

Já no âmbito específico da informação pessoal, a Resolução 45/95, adotada em 14 de dezembro de 1990 pela Assembleia Geral é o primeiro ato internacional a definir minimamente os princípios relativos ao tratamento de dados pessoais³⁵⁵.

Sobre o direito à privacidade na era digital, há a Resolução 68/167, aprovada em 18 de dezembro de 2013, em que os Estados-membros das Nações Unidas são exortados a adotar legislações e práticas relativas à vigilância e interceptação de comunicações, bem como à coleta de dados pessoais, de modo a garantir o direito à privacidade, com mecanismos nacionais de supervisão independentes e capazes de assegurar a transparência e prestação de contas das atividades de vigilância das comunicações e a interceptação e coleta de dados pessoais realizadas pelo Estado³⁵⁶.

No âmbito de organizações internacionais regionais, a IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá no ano de 1948, ao criar a Organização dos Estados Americanos, da qual participa o Brasil, aprovou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que em seu artigo 5º reproduz o conteúdo aprovado pela Organização das Nações Unidas, ao preceituar que “*toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar*”. O mesmo direito é consagrado com idêntico conteúdo no artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, tratado firmado pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) no ano de 1969, promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Ainda que desprovida de caráter vinculativo, é importante mencionar as Diretrizes (*Guidelines*) da OCDE para a Proteção da Privacidade e Fluxo Transfronteiriço de Dados Pessoais, de 23 de setembro de 1980³⁵⁷.

Adrián Ortigosa aponta as *Guidelines* como primeiro texto a tratar das consequências jurídicas do tratamento de informações pessoais³⁵⁸. Interessante, neste ponto, o histórico do surgimento desses enunciados.

³⁵⁵PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales. In: MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo; FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles; ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (Dirs.); CABRERA, Sara Lorenzo; PALMA ORTIGOSA, Adrián (Coords.). *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía*. Madrid: Reus, 2018. p. 12.

³⁵⁶UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/68/167*. § 4, “c” e “d”. Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/449/47/PDF/N1344947.pdf?OpenElement>. Acesso em: 12 fev. 2022.

³⁵⁷THE DEVELOPMENT and influence of the OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, *cit.*

³⁵⁸PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales, *cit.*, p. 11.

As origens das *Guidelines*, segundo Danilo Doneda³⁵⁹, remontam aos debates em torno do NDC, relatados na obra de Arthur Miller³⁶⁰ e no item 2.2 retro. A derrota da proposta de criação do banco de dados único norte-americano conduziu à proliferação de diversos centros de processamento de dados, o que levantou preocupações em diversos setores administrativos dos Estados Unidos.

Um desses órgãos foi a Secretaria para a Saúde, Educação e Bem-estar (*Secretary for Health, Education and Welfare*). No ano de 1973, a entidade administrativa produziu um relatório em que aponta a relação direta entre privacidade e o tratamento de dados pessoais, consagrando, novamente, a autodeterminação informativa.

No relatório, afirma-se que a privacidade, no que tange à manutenção de registros pessoais, deve ser entendida num contexto de reciprocidade. A privacidade de um indivíduo é diretamente afetada pelo tipo de divulgação e uso feito da informação pessoal que o identifique, contida num arquivo. Esses registros devem ser regidos por procedimentos que garantam ao indivíduo o direito de participar na decisão de qual será o conteúdo do arquivo, o modo de divulgação e o uso que será feito da informação pessoal identificada. Qualquer prática fora dos procedimentos estabelecidos deve ser considerada ilegítima, exceto se amparada por lei³⁶¹. Logo em seguida, o documento indica a necessidade de observância de alguns procedimentos para salvaguardar a privacidade dos indivíduos nos bancos de dados. As propostas eram as seguintes:

- There must be no personal-data record-keeping systems whose very existence is secret.
- There must be a way for an individual, to find out what information about him is in a record and how it is used.
- There must be a way for an individual to prevent information about him obtained for one purpose from being used or made available for other purposes without his consent.
- There must be a way for an individual to correct or amend a record of identifiable information about him.
- Any organization creating, maintaining, using, or disseminating records of identifiable personal data must assure the reliability of the data for their intended use and must take reasonable precautions to prevent misuse of the data.³⁶²

³⁵⁹DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 180. Do mesmo modo em DONEDA, Danilo. *Princípios de proteção de dados pessoais*, cit., t. 1, p. 374-375.

³⁶⁰MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*, cit.

³⁶¹RECORDS, computers and the rights of citizens. Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems. Washington: US Department of Health Education and Welfare, 1973. p. 40-41. Disponível em: <https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁶²*Id. Ibid.*, p. 40-41.

Essas proposições ficaram conhecidas como *Fair Information Privacy Principles (FIPPs)* e serviram de inspiração para as *Guidelines* da OCDE bem como para o modelo europeu de proteção de dados³⁶³.

Retornando ao documento da OCDE, nele são apontados os princípios a serem observados na proteção das informações pessoais dos indivíduos, os quais seriam, na dicção do próprio documento: (i) princípio da limitação da coleta de dados, obtidos por meios legais e não fraudulentos, com conhecimento e consentimento do titular; (ii) princípio da qualidade dos dados, que devem ser exatos, completos e atualizados, apropriados aos propósitos de coleta e uso; (iii) princípio da especificação do propósito, pelo qual deve-se conhecer previamente a finalidade da coleta dos dados, estando seu uso adstrito a tais fins; (iv) princípio da limitação do uso, impedindo a disseminação da informação exceto com o consentimento do titular ou por força de lei; (v) princípio da segurança, pelo qual os dados devem estar protegidos de riscos de perda, acesso não autorizado, destruição, uso, modificação ou divulgação; (vi) princípio da abertura (transparência), atinente às práticas e políticas de coleta de dados, com o conhecimento dos procedimentos e da identidade e localização do controlador das informações; (vii) princípio de participação individual, permitindo que os titulares da informação possam ter conhecimento dos dados detidos pelos controladores, podendo requerer sua correção, complementação ou exclusão; e (viii) princípio da responsabilidade, atinente aos deveres do quem detém os dados pessoais (controlador) na observância das medidas necessárias ao cumprimento dos demais princípios³⁶⁴.

A doutrina aponta que a preocupação central da diretriz era a transferência de dados entre países e não a proteção em si, decorrente da própria natureza do organismo internacional³⁶⁵. A diretriz não possuía caráter vinculante no âmbito internacional, mas ainda que uma mera *recomendação*³⁶⁶, serviu de modelo para a elaboração das legislações de diversos

³⁶³O mesmo relatório recomendava, ainda a elaboração de um código de boas práticas informativas (*Code of Fair Information Practices*), que basicamente deveria defini-las, com salvaguardas específicas as quais não poderiam ser violadas; a punição civil e penal nas hipóteses de violação, com meios para sua prevenção; e a possibilidade de denúncia das violações para reparação de danos, seja por meio individual ou coletivo (RECORDS, computers and the rights of citizens, *cit.*, p. xxiii).

³⁶⁴No original: (i) *collection limitation principle*, (ii) *data quality principle*, (iii) *purpose specification principle*, (iv) *use limitation principle*, (v) *security safeguards principle*, (vi) *openness principle*, (vii) *individual participation principle*, (viii) *accountability principle*.

³⁶⁵PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales, *cit.*, p. 11. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, *cit.*, p. 193.

³⁶⁶GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*, *cit.*, p. 111.

países sobre a matéria, como Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Suíça, Austrália, Nova Zelândia e a própria União Europeia³⁶⁷.

Em 2013 houve uma revisão da diretriz, mantendo-se seu núcleo principal e estabelecendo novas exigências em relação ao princípio da responsabilidade. O estabelecimento de medidas a serem adotadas pelo responsável pelo tratamento das informações pessoais muda o enfoque do documento para um caráter mais preventivo do que reativo, considerando-se os avanços tecnológicos ocorridos desde a sua primeira edição³⁶⁸.

No Conselho da Europa (CdE), a Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, firmada em Roma no ano de 1950, trouxe, à época, redação mais elaborada em relação ao tema:

Artigo 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Em 1970, a Assembleia Parlamentar daquele organismo aprova a Resolução nº 428, também chamada de “Declaração sobre os Meios de Comunicação de Massa e os Direitos do Homem”. A Resolução, de autoria de dois parlamentares britânicos (um trabalhista e outro conservador), trazia uma série de medidas de reforço ao que estabelecido na Convenção de 1950 supra. Em meio às recomendações, encontra-se a definição do direito à privacidade no âmbito daquele organismo internacional, incluindo elementos atinentes à vida pública, tal como salientado por Prosser³⁶⁹, como o *false light in the public eye*:

16. The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially. Those who, by their own actions, have encouraged indiscreet revelations about which they complain later on, cannot avail themselves of the right to privacy.³⁷⁰

³⁶⁷PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales, *cit.*, p. 11.

³⁶⁸*Id. Ibid.*

³⁶⁹PROSSER, William L. Privacy, *cit.*, p. 407.

³⁷⁰COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. *Resolution 428 (1970)*, item C, n. 16. Declaration on mass communication media and Human Rights. Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>. Acesso em: 12 fev. 2022.

A Resolução também chama a atenção para a questão dos bancos de dados informatizados, os quais devem limitar-se ao mínimo necessário de informações exigidas para efeitos de tributação, pensões, seguridade social e matérias similares, prevendo a legislação nacional o direito de ação contra os responsáveis por violações ao direito à privacidade³⁷¹.

Duas outras Resoluções editadas pelo Comitê de Ministros do CdE são apontadas como o embrião dos normativos atinentes à proteção das informações pessoais³⁷².

A primeira, Resolução n. 73/22, de 1973, trata da proteção da privacidade dos indivíduos em relação aos bancos de dados privados. Estabelece os primeiros princípios atinentes à coleta e tratamento de dados pessoais. No bojo de seus dez itens, indica-se a necessidade de cuidado com informações que possam causar discriminação, vedando seu registro ou, caso necessário o armazenamento, que seja impedida a sua disseminação, clara definição de dado sensível, como visto linhas acima. Ressalta a necessidade de correção e atualização da informação, bem como de sua adequação e relevância em relação à finalidade para a qual foi armazenada. Veda-se a obtenção de informação por meios fraudulentos, bem assim o uso para finalidades distintas para as quais foi coletada, exceto se devidamente autorizada (consentimento). Devem ser estabelecidas regras para especificar períodos de armazenamento de determinadas informações, bem como garantir à pessoa o direito a saber quais os dados registrados a seu respeito e o uso que deles é feito. Ressalta a necessidade de medidas que impeçam o mau uso das informações com sistemas e legislações que garantam tal proteção e, por fim, a recomendação de que os dados estatísticos sejam disponibilizados somente de forma agregada de modo a impossibilitar a identificação do indivíduo.

Já a Resolução 74/29 diz respeito às relações da privacidade com os bancos de dados do setor público. Praticamente repetindo os preceitos da Resolução atinente à iniciativa privada, reforça a necessidade de legislação para o estabelecimento de exceções às vedações atinentes aos dados que possam causar discriminação. Em oposição à necessidade de autorização para uso diverso para o qual a informação foi coletada, permite que a legislação nacional estabeleça exceções, mas que deixe absolutamente claras e expressas as condições de coleta, uso e armazenagem da informação pessoal. Em relação ao tempo de armazenamento, permite-se que as informações permaneçam registradas por tempo indeterminado quando se tratar de propósito

³⁷¹COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. *Resolution 428 (1970)*, item C, n. 19 e 20, *cit.*

³⁷²PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales, *cit.*, p. 13 e SILVA, Andréia da. *Intimidade na sociedade da informação: o desafio de sua tutela e regulação*, *cit.*, p. 37. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, *cit.*, p. 192.

histórico, científico ou estatístico, repetindo-se a mesma regra da anonimização em relação a este último.

O primeiro documento efetivamente vinculante no âmbito europeu que regulou a questão da informação pessoal foi a Convenção n. 108 para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, adotada em Estrasburgo em 28 de janeiro de 1981³⁷³.

O texto inicial foi modificado pela primeira vez no ano de 2001, por meio do Protocolo Adicional da Convenção 108, que introduziu a necessidade de supervisão da matéria por autoridades independentes e estabeleceu mudanças no fluxo de dados a Estados não participantes do tratado³⁷⁴.

Em 2013, o Uruguai foi o primeiro país não membro do CdE a tornar-se signatário da Convenção. A lista de países não membros foi acrescida de Argentina, Cabo Verde, Ilhas Maurício, México, Marrocos, Senegal e Tunísia³⁷⁵.

Novo Protocolo de Emenda foi adotado pelo Comitê de Ministros do Conselho, em maio de 2018, alterando e consolidando a Convenção para adequá-la à realidade do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD).

A atualização reformulou o preceito que trata dos princípios relativos ao tratamento de dados pessoais (artigo 5º). Trouxe um rearranjo entre os direitos dos titulares das informações e o dever de transparência dos controladores dos dados, tornando-os mais abrangentes e detalhados nos artigos 8º e 9º.³⁷⁶ A partir desta última alteração, a Convenção tem sido referida pela expressão “Convenção nº 108+”.

Logo em seu artigo 2º, a Convenção define como dado pessoal “qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável”³⁷⁷.

O ato internacional sistematiza de maneira mais detalhada os princípios estabelecidos nas Resoluções de 1973 e 1974, como a adequação, a legalidade e a finalidade da coleta e uso

³⁷³PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales, *cit.*, p. 13. COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, *cit.*

³⁷⁴PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales, *cit.*, p. 14.

³⁷⁵COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108)*. Strasbourg 28/01/1981. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=108>. Acesso em: 12 fev. 2022.

³⁷⁶PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales, *cit.*, p. 14.

³⁷⁷No original: “*personal data*” means any information relating to an identified or identifiable individual (“*data subject*”).

dos dados pessoais (artigo 5º, § 4º, “a”, “b” e “c”). Reafirma a necessidade de exatidão e a possibilidade de retificação do dado incorreto ou de sua atualização (artigo 5º, § 4º, “d” e artigo 9º, “e”), garantindo-se ao indivíduo o conhecimento dos dados armazenados a seu respeito (artigo 9º, § 1º, “b”).

O artigo 6º traz a definição de dado sensível, especificando as searas em que a coleta e o tratamento devem ter maior rigor na proteção da privacidade do titular da informação:

Article 6 – Special categories of data

1. The processing of:

- genetic data;
 - personal data relating to offences, criminal proceedings and convictions, and related security measures;
 - biometric data uniquely identifying a person;
 - personal data for the information they reveal relating to racial or ethnic origin, political opinions, trade-union membership, religious or other beliefs, health or sexual life,
- shall only be allowed where appropriate safeguards are enshrined in law, complementing those of this Convention.

2. Such safeguards shall guard against the risks that the processing of sensitive data may present for the interests, rights and fundamental freedoms of the data subject, notably a risk of discrimination.

O ato normativo inova ao tratar do fluxo das informações pessoais entre os Estados-membros (artigo 12), que já constava de sua redação original. Segundo Guilherme Guidi, este seria o foco principal da Convenção, de modo a evitar obstáculos à circulação das informações por meio das legislações nacionais dos países-membros do Conselho³⁷⁸. Ainda segundo o mesmo autor, a Convenção teve um alcance limitado por dependendo de internalização dos preceitos por meio de legislações nacionais dos Estados signatários.³⁷⁹

É indiscutível, porém, que o nível de detalhamento da Convenção nº 108+ no âmbito do direito internacional público é muito maior em relação aos atos normativos internacionais nos espaços da Organização das Nações Unidas (ONU) e da OEA, refletindo o grau de desenvolvimento das discussões sobre o tema na Europa³⁸⁰. Ainda que não autoaplicável, sua adoção em 1981 teve efeito catalisador no sentido de conduzir os Estados signatários à elaboração de legislações próprias para implementação dos preceitos nela contidos³⁸¹.

³⁷⁸GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*, cit., p. 119.

³⁷⁹*Id. Ibid.*

³⁸⁰DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 196.

³⁸¹PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales, cit., p. 14.

A importância do documento também se revela no seu caráter universalista, permitindo que seja ratificado por Estados não membros do Conselho, reforçando a concisão das diretrizes ali estabelecidas, aptas a serem aplicadas nos ordenamentos internos de qualquer país.

3.5 Tutela da privacidade no direito brasileiro

A proteção à privacidade no ordenamento brasileiro está consagrada desde o texto constitucional, contando também com diplomas legislativos que abordaram as diversas dimensões da privacidade analisadas no capítulo anterior.

Facilitando a análise proposta no presente trabalho, parte-se para a decomposição dos níveis normativos de proteção àquele direito fundamental.

3.5.1 Garantias constitucionais

A proteção à intimidade individual no ordenamento brasileiro remonta à Constituição de 1824. O último artigo da Carta Constitucional outorgada pelo Imperador D. Pedro I, enumerava as garantias aos direitos civis dos súditos. O *caput* do artigo 179 traduzia as primeiras noções do direito à privacidade, condizentes à época, vinculadas aos direitos e garantias individuais da liberdade e da propriedade:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolável. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

[...]

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste Artigo.

A mesma proteção é repetida na primeira Constituição da República, nos §§ 11 e 18 do artigo 72, excluída a responsabilidade expressa dos Correios quanto à inviolabilidade da correspondência, tanto em sua redação original como a conferida pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

É importante notar que o vocábulo “correspondência” não limitou a proteção às cartas escritas, de modo que a evolução tecnológica das comunicações acabou abrangida pela garantia. É o que se observa nos comentários de Carlos Maximiliano ao § 18 do artigo 72:

O parágrafo 18 protege o sigillo de *qualquer* correspondência: epistolar e telegraphica, feita por intermédio de repartições públicas, ou de indivíduos ou empresas particulares. Onde a lei não faz distinções, é força não as estabeleça o intérprete.³⁸²

O autor noticia a existência de uma emenda, durante a Constituinte, que visava ao acréscimo das palavras “postal e telegráfico”. Optou-se pela redação genérica, a fim de garantir a proteção aos particulares³⁸³.

A redação da Constituição Federal de 1934 inverte a ordem dos preceitos, incluindo a proteção à correspondência no número 8 e a proteção ao domicílio no número 16 do artigo 113. Mais uma vez, a evolução tecnológica, com o advento do telefone, também não impediu abrangência maior da proteção, agora anotada por Pontes de Miranda:

O artigo 113, 8) também ampara a correspondência telefônica? A Constituição alemã foi explícita (artigo 117, 1ª parte): “O segredo das cartas, assim como o postal, telegráfico e telefônico, são invioláveis”. Desde 1891, aliás, desde o Império, o que se garante é o sigilo da correspondência, qualquer que seja. Ainda quando se trate de correspondência radiotelegráfica, por sua natureza de conteúdo facilmente captável, o artigo 113, 8) a protege da divulgação.³⁸⁴

A Constituição outorgada no período do Estado Novo de Getúlio Vargas agrega a proteção do domicílio e da correspondência no parágrafo 6º do artigo 122, “salvo exceções previstas em lei”. A garantia foi suspensa durante o estado de guerra, por meio do Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942.

O Texto Constitucional de 1946 restabelece as garantias nos §§ 6º (correspondência) e 15 (domicílio) do artigo 141. Essas mesmas garantias foram suspensas durante o Estado de

³⁸²SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918. p. 730. Destaque no original.

³⁸³*Id. Ibid.*

³⁸⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1937. t. 2. p. 108.

Sítio instituído no País pela Lei nº 2.654, de 25 de novembro de 1955, restabelecidas dias depois, por meio da Lei nº 2.682, de 13 de dezembro de 1955.

No período ditatorial, a Constituição promulgada em 1967 inova em relação às mencionadas proteções, com menção expressa ao telégrafo e o telefone (art. 150, § 9º). A casa permanece como asilo inviolável, “[n]inguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer” (art. 150, § 10). A mesma redação foi reproduzida na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, renumerado o artigo para 153.

A privacidade é tratada na Constituição de 1988 precipuamente em seu artigo 5º. Permanecem as proteções às comunicações e ao domicílio, acrescentando-se a defesa dos dados e o remédio constitucional do *habeas data*, bem como a exceção das informações atinentes à intimidade do indivíduo ao princípio da transparência administrativa.

É no inciso X do artigo 5º que são cravadas as bases de tal proteção:

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;

Ao expressar o que Roberto Piccelli afirma ser o “direito à privacidade propriamente dito”³⁸⁵, o preceito vai além da proteção restrita ao domicílio e às comunicações, trazendo pela primeira vez as expressões “intimidade”, “vida privada”, “honra” e “imagem”, aspectos componentes das definições analisadas no capítulo 2 do presente trabalho. Para Doneda, a inspiração do constituinte reside na teoria das esferas de Hubmann, notadamente a da intimidade (*Intimsphäre*) e a privada (*Privatsphäre*)³⁸⁶.

Tércio Sampaio Ferraz Junior propõe distinções interessantes para cada termo, pautando-se no que chama de “princípio da exclusividade”, que o constituinte teria impresso no preceito a fim de sustentar a proteção conferida à privacidade do indivíduo. A intimidade seria a parcela de exclusividade que o indivíduo reserva para si mesmo, longe de qualquer

³⁸⁵PICCELLI, Roberto Ricomini. *A dimensão política da privacidade no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. p. 48.

³⁸⁶DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 103.

repercussão social, cujo principal atributo é o “estar-só”. A vida privada engloba relações entre indivíduos que se comunicam, com exclusão de terceiros, sendo o segredo seu principal elemento, mas inclui a autonomia e o “estar-só” com o(s) interlocutor(es). O direito à honra implica o modo como o indivíduo se vê e quer ser visto pela sociedade, tendo como elemento básico a autonomia. O direito à imagem consubstancia a proteção ao seu uso como mercadoria sem consentimento de seu titular. O princípio da exclusividade, por fim, teria por objetivo “: a integridade moral do indivíduo, aquilo que faz de cada um o que é e, desta forma, lhe permite inserir-se, na vida social e na vida pública”³⁸⁷.

José Afonso da Silva traça distinções similares às de Hubmann³⁸⁸. Nem toda a doutrina, porém, distingue a intimidade da vida privada, a exemplo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁸⁹ e José Cretella Júnior³⁹⁰, também mencionados por Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁹¹.

Doneda³⁹², por sua vez, adverte em relação às tentativas de distinção dos termos utilizados no preceito, os quais estariam tão ultrapassados como a própria teoria das esferas - ou “teoria da cebola passiva” - mencionando a doutrina estrangeira de Antonio Enrique Pérez Luño, aqui no original: “Se ha insistido que las nociones de intimidad y vida privada llevan consigo una carga emotiva que las hace equívocas, ambiguas y dificulta la precisión de su significado; incluso se ha llegado a aludir al respecto a ‘une définition introuvable’ ”.³⁹³

Ainda no texto constitucional, é o inciso XII do mesmo artigo 5º que vai retomar a proteção ao sigilo das comunicações, historicamente presente nas constituições anteriores, com a seguinte redação:

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 para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

³⁸⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 442-443, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841/88644>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁸⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 206-209.

³⁸⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

³⁹⁰CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 257.

³⁹¹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, *cit.*, p. 442.

³⁹²DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 103-105.

³⁹³PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

Em relação a este inciso, vale trazer a registro a interessante exposição feita por Roberto Piccelli em relação ao objeto de proteção do preceito, ainda antes da existência de legislação protetiva dos dados pessoais³⁹⁴. A doutrina, à época, não conferia uma interpretação ampliativa do preceito, restringindo a proteção tão somente na comunicação enquanto ato de troca de mensagens entre duas pessoas³⁹⁵.

Isso porque os textos colacionados haviam sido produzidos no início da década de 1990, quando a sociedade ainda não havia sentido os impactos da comunicação de dados via internet e das infinitas possibilidades de acesso e difusão. Esses excertos, no entanto, são igualmente importantes para se compreender o caminho trilhado pelo pensamento jurídico à luz da evolução tecnológica. Esmiuçando, por exemplo, o texto de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, pode ser encontrada a seguinte passagem:

Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não estará havendo quebra de sigilo. Mas se alguém *entra nessa transmissão*, como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados.

A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) *privativa* é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.³⁹⁶

O atual estágio da proteção à privacidade, a partir do que visto acima em relação à informação pessoal, repele tal compreensão do texto constitucional. A solução apontada por Roberto Piccelli é a de que os incisos X e XII, conjuntamente, garantiriam a ampla proteção aos dados do indivíduo. Entendendo-se não estarem sob guarida do inciso XII, automaticamente o estariam pelo disposto no inciso X, que garante proteção à “vida privada”³⁹⁷. Note-se que mesmo o texto de Ferraz Júnior tangencia esta possibilidade, quando trata da proteção à “vida privada”, referida no mencionado inciso, e os dados ali abrangidos. Os cadastros que envolvem relações privadas, como por exemplo relações de clientela, estão sob proteção, porquanto o risco à integridade moral do indivíduo residiria na exploração do nome não como mero

³⁹⁴PICCELLI, Roberto Ricomini. *A dimensão política da privacidade no direito brasileiro, cit.*, p. 52-57.

³⁹⁵Mencionam-se novamente Celso Ribeiro Bastos e Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

³⁹⁶FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, *cit.*, p. 446-447.

³⁹⁷PICCELLI, Roberto Ricomini. *A dimensão política da privacidade no direito brasileiro, cit.*, p. 57.

elemento de identificação, mas quando inserido naquelas relações privadas e apropriado por terceiros que delas não fazem parte³⁹⁸.

Segundo Piccelli, a privacidade de informações pessoais consideradas sensíveis também estaria assegurada pelos incisos VI (liberdade de crença e de religião) e LVIII, que restringe a identificação criminal às hipóteses legais quando civilmente identificado o indivíduo.

Fruto do surgimento de nova ordem constitucional após período ditatorial, em que diversos arquivos de informações foram produzidos contra indivíduos considerados “subversivos”, o inciso LXXII do artigo 5º traz o instituto do *habeas data*, com a seguinte redação:

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 prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

No que interessa ao presente estudo, para além de trazer a lume as informações individuais coletadas em período obscuro da história nacional, a alínea “a” do preceito também garantiria ao indivíduo a possibilidade de conhecer o conteúdo de tudo o que houvesse a seu respeito, ainda que em bancos de dados privados, mas de caráter público. A regulamentação infraconstitucional, no entanto, impediu a concreção da garantia constitucional, como se verá adiante.

A privacidade do indivíduo também estaria a salvo, na Constituição atual, do dever de transparência da Administração Pública, nos termos do § 3º do artigo 37, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

³⁹⁸FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, *cit.*, p. 449-450.

Preceito de suma importância para o presente estudo, excepciona expressamente a intimidade e a vida privada – vale dizer, a privacidade do indivíduo – da possibilidade de acesso às informações atinentes à administração da coisa pública.

A proteção constitucional à privacidade no Brasil traz em si uma característica interessante, destacada por Roberto Piccelli numa comparação curiosa:

A estrutura da privacidade na Constituição, portanto, teria a forma de um *rizoma*, ou seja, de uma grande raiz inteiriça e subterrânea que eclodiria na superfície em vários pontos. Há entre esses pontos de eclosão uma interconexão, nem sempre visível, mas dedutível. A importância dessa ideia está na concepção una da privacidade, enquanto eixo multifrontal de proteção do recato³⁹⁹.

Ainda que não se apresente de maneira tão exauriente como seria desejável na visão de parte da doutrina, como visto no item 2.4 acima, em que foram relatadas as propostas de emenda para inclusão expressa da proteção de dados pessoais no rol dos direitos e garantias do artigo 5º, a proteção à privacidade do texto constitucional brasileiro - notadamente em seus incisos X e XII – possui um caráter assaz abrangente capaz de permitir regulamentação que lhe confira concretude, como se verá a seguir.

3.5.2 Proteção infraconstitucional

A legislação infraconstitucional compõe-se de importantes preceitos que buscam garantir a proteção à privacidade consagrada na Lei Maior, conforme o desenvolvimento da tecnologia e das teorias sobre a matéria desde sua promulgação.

Antes mesmo da promulgação da atual Constituição do Brasil, a Lei Federal nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, estabelecia a Política Nacional de Informática, elencando a privacidade dentre seus princípios norteadores⁴⁰⁰:

Art. 2º A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:

³⁹⁹PICCELLI, Roberto Ricomini. *A dimensão política da privacidade no direito brasileiro*, cit., p. 58.

⁴⁰⁰Os dispositivos atinentes à privacidade (art. 41) foram vetados, ao argumento de que “A privacidade não é assunto que se esgota no âmbito da informática. Há que se considerar, adicionalmente, que o Projeto do Código Civil, sob exame do Senado Federal, já contempla a matéria no Livro I, Capítulo II. O mesmo ocorre no Anteprojeto do Código Penal (Seção II, Capítulo VI do Título I)” (Mensagem de Veto nº 12, de 29 de novembro de 1984. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7232-29-outubro-1984-356182-veto-30603-pl.html>. Acesso em: 19 out. 2022).

[...]

VIII - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;

O Código Civil vigente expressa a garantia da privacidade do indivíduo no artigo 21. O preceito, porém, afigura-se insuficiente, por si só, para tutelar a privacidade no atual estágio de desenvolvimento tecnológico da sociedade⁴⁰¹.

A partir do disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição, que trata da histórica proteção ao sigilo das comunicações, foi editada a Lei Federal nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996. O diploma regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal, incluídos os “fluxos de comunicações em sistemas de informática e telemática” (artigo 1º), restringindo-se os legitimados para seu requerimento ao Ministério Público a autoridade policial (art. 3º) e condicionando seu deferimento pelo magistrado a uma série de requisitos fáticos e processuais.

A Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como “pacote anticrime”, acrescentou artigos para incluir a modalidade de “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”, permitindo-se inclusive a captação realizada por particular, sem conhecimento do outro interlocutor para exercício de sua defesa, demonstrada a integridade da gravação (art. 8º-A, § 4º).

Ainda no âmbito da proteção às telecomunicações, destaca-se a Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que em seu artigo 3º assegura os direitos atinentes à privacidade, como a inviolabilidade e segredo de comunicação, salvo hipóteses constitucionais e legais previstas (inciso V); a não divulgação de seu código de acesso (inciso VI) e o respeito à privacidade nos documentos de cobrança e no uso de dados pessoais pela prestadora de serviço (inciso IX).

A regulamentação do remédio constitucional do *habeas data* veio por meio da Lei Federal nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Não obstante a consagração do princípio no texto constitucional, os artigos 1º a 6º da lei, que deveriam disciplinar a obtenção de informações e sua retificação diretamente dos órgãos públicos mediante requerimento do interessado, foram vetados. O que se vê no texto remanescente aos vetos é um procedimento repleto de lacunas, o que favorece a sua inexecutabilidade.

⁴⁰¹Art. 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.

Os artigos 7º e 8º disciplinam o procedimento judicial para a impetração do remédio constitucional, ao qual o interessado só poderia recorrer em caso de recusa ao acesso, retificação ou explicação, instruindo-se a petição inicial com prova de tais negativas:

A obrigatoriedade de capacidade postulatória para subscrição da petição inicial, por sua vez, consubstancia mais um obstáculo⁴⁰² ao uso do remédio constitucional por grande parte dos cidadãos desprovidos de recursos, que nem sempre obtêm o patrocínio da causa por advogados públicos.

Mesmo a previsão de se permitir o uso do *habeas data* no âmbito das relações de consumo, artigo 86 da Lei Federal nº 8.078, de 15 de março de 1990⁴⁰³, foi igualmente vetada pelo Poder Executivo.

As tentativas de regulamentação do preceito constitucional, como se vê, não lograram êxito diante do poder de veto do Poder Executivo, impedindo-se a concreção de instrumento que poderia ser de grande utilidade ao conhecimento das informações pessoais armazenadas nos bancos de dados governamentais ou privados de caráter público.

No que tange ao sigilo das operações de instituições financeiras ou “sigilo bancário”, foi editada a Lei Complementar Federal nº 105/01, de 10 de janeiro de 2001. Aqui a legislação flexibiliza a proteção à privacidade, conferindo às autoridades fiscais a possibilidade de obter informações sobre os contribuintes, visando ao combate à sonegação. Esses dados nada mais são do que as informações pessoais de conteúdo econômico do indivíduo (item 2.6 supra).

Há expressamente um dever de sigilo em relação a tais informações por parte das instituições financeiras discriminadas no artigo 1º, bem como dos gestores de bancos de dados destinados à formação de cadastros de histórico financeiro dos indivíduos, nos termos da inclusão promovida pela Lei Complementar Federal nº 166, de 8 de abril de 2019.

O artigo 5º da lei permite ao Poder Executivo disciplinar critérios para que as instituições reportem à administração tributária da União as operações financeiras discriminadas no § 1º, efetivadas pelos usuários de serviços bancários. O § 2º do mesmo artigo, por sua vez, impede a identificação da origem ou da natureza dos gastos, o que reforça a restrição à obtenção das informações pessoais aos elementos estritamente essenciais à fiscalização tributária. A legislação, como se vê, franqueia ao Estado o acesso a informações

⁴⁰²Compactua do mesmo entendimento Doneda (In: *Da privacidade à proteção de dados pessoais, cit.*, p. 275).

⁴⁰³Art. 86 - Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores.

pessoais de caráter econômico para fins específicos, sem que isso represente necessariamente a quebra dos deveres de sigilo bancário ou fiscal.

Recorde-se, neste ponto, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2859/DF, em que o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o dever de sigilo permanece hígido, porquanto há mera transferência de informações entre entes a ele obrigados, sem qualquer tipo de divulgação pública, como se vê no seguinte trecho do voto do Ministro Relator Dias Toffoli:

Em síntese, tenho que o que fez a LC 105/01 foi possibilitar o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, sem permitir, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida privada do correntista.⁴⁰⁴

Importante ressaltar a alteração incluída pela Lei Complementar Federal nº 166/19, que acrescentou os gestores de bancos de dados como receptores de dados financeiros e pagamentos encaminhados pelas instituições financeiras para formação de cadastros de histórico de crédito, hipótese que não configura quebra do dever de sigilo (artigo 1º, § 3º, VII)⁴⁰⁵.

Ainda no âmbito de dispositivos legais que determinam a coleta e envio de informações pessoais de caráter econômico dos indivíduos pelo poder público, é importante mencionar a Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998, que trata dos crimes de lavagem de dinheiro. Neste diploma, para além da tipificação penal, há a criação, no artigo 14, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), como também a obrigação de instituições financeiras e determinados estabelecimentos comerciais (artigo 9º) de manutenção de registros de clientes e de transações por eles efetuadas (artigo 10), bem como o dever de comunicação ao órgão governamental de controle nos termos definidos em normativos próprios (artigo 11).

⁴⁰⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília-DF, 24 de fevereiro de 2016. Diário da Justiça, Brasília-DF, 20 out. 2016. p. 13. Os argumentos trazidos pelos Ministros, tais como Luís Roberto Barroso, repetem a necessidade de divulgação dos dados ao fisco para o fortalecimento da fiscalização e arrecadação, com vistas ao custeio e manutenção das atividades estatais e, conseqüentemente, do estado de bem-estar social, nos mesmos termos em que exposto por Rodotà (*A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje, cit.*, p. 78).

⁴⁰⁵Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

VII - o fornecimento de dados financeiros e de pagamentos, relativos a operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento de pessoas naturais ou jurídicas, a gestores de bancos de dados, para formação de histórico de crédito, nos termos de lei específica.

Sobre a garantia de privacidade dos cadastros realizados por entidades privadas, importante mencionar o microssistema consumerista brasileiro, formado, entre outros diplomas, pelo CDC e pela LCP.

Dispositivos de ambas as leis preveem, por exemplo, o direito de acesso e de retificação, por parte do consumidor, de informações existentes em registros de dados pessoais e de consumo a seu respeito (artigo 43 do CDC); o consentimento para a abertura de cadastros (artigo 43, § 2º do CDC e artigo 4º da LCP) e para o compartilhamento dos dados de caráter “positivo” (artigo 9º da LCP); bem assim a proteção de anotações de dados de caráter sensível (artigo 3º, § 3º, II da LCP). É também na LCP, artigo 5º, VII em que se positivava o chamado “princípio da finalidade”, pelo qual o uso do dado pessoal deve estar restrito à finalidade para a qual foi coletado.

A menção a legislação atinente a entidades privadas e direitos do consumidor pode parecer estranha ao objetivo do presente estudo, mas durante muito tempo este foi o arcabouço normativo atinente à proteção da privacidade do indivíduo, na dimensão do controle de seus dados pessoais, ao longo dos anos 1990.

Essa dimensão, como visto em capítulo anterior, foi potencializada com o surgimento da internet e a disponibilização de novos serviços de comunicação entre pessoas via salas de “bate-papo”, correspondência eletrônica via *e-mail* e a possibilidade de comercialização de bens no ambiente virtual. A expansão e popularização de seu uso em território nacional tornou cada vez mais necessária a regulação da matéria⁴⁰⁶, antes restrita a diretrizes e normativos técnicos por parte do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), criado pela Portaria Interministerial nº 147, de 31.05.1995, dos Ministérios da Ciência e Tecnologia e das Comunicações.

Nesse contexto foi editado o Marco Civil da Internet (MCI), Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que sistematizou pela primeira vez os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da nova tecnologia no país, determinando “as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria” (artigo 1º).

A edição do marco regulatório integraria um “tripé” de modernização da legislação nacional, que passaria pela atualização da Lei de Direitos Autorais (Lei Federal nº 9.610, de 19

⁴⁰⁶PARENTONI, Leonardo Netto. O direito ao esquecimento (*right to oblivion*). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1, p. 540.

de fevereiro de 1998) e a edição de um marco regulatório para a internet e de uma lei específica para a proteção de dados pessoais⁴⁰⁷.

Segundo relato de Ronaldo Lemos, um de seus idealizadores, a ideia de um marco regulatório surge no ano de 2007, em contraposição a projeto de lei iniciado na Câmara dos Deputados, no ano de 1999⁴⁰⁸, com conteúdo eminentemente penal⁴⁰⁹. Segundo o pensamento do professor, o caminho deveria ser inverso: assegurar inicialmente os direitos civis dos usuários da rede para, posteriormente, capitular os crimes cometidos naquela seara⁴¹⁰. As diretrizes para a redação do texto legal foram ultimadas já no ano de 2009, tendo sido criada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, em outubro daquele ano, uma plataforma colaborativa, na própria internet, para a coleta de contribuições, com o apoio do Ministério da Justiça⁴¹¹.

Após o período de debates *online*, foi apresentado pelo Poder Executivo o Projeto de Lei nº 2.126/2011, ao que se seguiu intenso *lobby* por parte de empresas de telefonia e debates com ativistas defensores da liberdade e neutralidade da rede, atrasando a tramitação da proposta⁴¹².

A aprovação do projeto acabou sendo acelerada após o chamado “escândalo Edward Snowden”, episódio histórico ocorrido em meados de 2013, no qual um ex-analista terceirizado da Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (*National Security Agency – NSA*) revelou à imprensa britânica e norte-americana as atividades de espionagem praticadas pelo órgão estadunidense, que consistia na violação à privacidade das comunicações eletrônicas e telefônicas entre governantes de diversos países, incluindo a Presidente da República Dilma

⁴⁰⁷PARENTONI, Leonardo Netto; LIMA, Henrique Cunha. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomia interna e aspectos internacionais, *cit.*, p. 483-486.

⁴⁰⁸O Projeto de Lei da Câmara nº 84/1999, proposto pelo Deputado Luiz Piauhyllino, foi substituído no Senado Federal por texto do Senador Eduardo Azeredo, ganhando por alcunha o sobrenome do Senador e o número 89/2003 nesta última casa legislativa. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara nº 89, de 2003*. Iniciativa Deputado Federal Luiz Piauhyllino. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63967>. Acesso em: 16 maio 2022.

⁴⁰⁹LEMOS, Ronaldo. Uma breve história da criação do marco civil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1, p. 82-83.

⁴¹⁰*Id. Ibid.*, p. 83.

⁴¹¹*Id. Ibid.*, p. 98-99.

⁴¹²PARENTONI, Leonardo Netto; LIMA, Henrique Cunha. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomia interna e aspectos internacionais, *cit.*, p. 487.

Rousseff e empresas públicas brasileiras⁴¹³. O Poder Executivo solicitou a apreciação do projeto em regime de urgência⁴¹⁴, de modo que a lei foi sancionada menos de um ano depois.

A proteção à privacidade vem enunciada como princípio já no inciso II do artigo 3º da lei. É no artigo 7º, contudo, que são elencados os direitos dos usuários, consagrando-se aspectos importantes da privacidade na rede, reforçada a privacidade como condição ao direito de acesso à rede no artigo seguinte:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

[...]

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

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

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

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

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

[...]

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

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

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

⁴¹³Nesse sentido apontam LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; BIONI, Bruno Ricardo. A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7º, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a partir da *human computer interaction* e da *privacy by default*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1, p. 265; PARENTONI, Leonardo Netto; LIMA, Henrique Cunha. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomia interna e aspectos internacionais, *cit.*, p. 517.

⁴¹⁴BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, *cit.*, p. 125.

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

A inclusão dos incisos VII a X, reforçando a proteção à privacidade, bem como os preceitos atinentes à proteção de dados pessoais, ocorreram justamente após o “escândalo Edward Snowden”, como medida de “endurecimento” contra o fato internacional, ainda que houvesse projeto de lei específico em tramitação para regular a proteção de dados pessoais⁴¹⁵.

A proteção à privacidade também é mencionada quando disciplinados os procedimentos de coleta, guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais, como se verifica nos artigos 10 e 11.

Por sua vez, o consentimento do indivíduo titular dos dados pessoais em relação ao seu uso, já previsto no artigo 7º, bem como a adstrição à finalidade de tal ato de vontade são retomados no artigo 16, atinente à provisão de aplicações de internet:

Ainda longe de uma legislação efetivamente protetiva e específica da privacidade em sua dimensão de controle de dados pessoais, o Marco Civil da Internet consagra a autodeterminação informativa do indivíduo no ambiente eletrônico-virtual, ultrapassando as fronteiras do microssistema da legislação consumerista:

Pela combinatória de tais dispositivos, verifica-se ser a autodeterminação informacional o parâmetro normativo eleito pelo MCI para a proteção de dados pessoais. Todas as normas desembocam na figura do cidadão-usuário para que ele, uma vez cientificado a respeito do fluxo de seus dados pessoais, possa controlá-lo por meio do consentimento. Essa perspectiva de controle perpassa desde a fase de coleta e compartilhamento dos dados com terceiros até o direito de deletá-los junto ao prestador de serviços e produtos de Internet ao término da relação.⁴¹⁶

Não se olvida a existência de outros dispositivos do MCI atinentes à atuação do poder público. Tais preceitos, dentro do plano do presente estudo, serão analisados apropriadamente nos capítulos seguintes.

Fato é que os eventos externos responsáveis pela catalisação do processo de aprovação do MCI acabaram antecipando matérias que estavam em discussão nos projetos atinentes à

⁴¹⁵LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; BIONI, Bruno Ricardo. A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7º, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a partir da *human computer interaction* e da *privacy by default*, *cit.*, p. 265 e LOCHAGIN, Gabriel; PEZAIT, Emanuele. A economia da privacidade: fundamentos econômicos e aspectos regulatórios da proteção de dados, *cit.*, p. 517.

⁴¹⁶BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, *cit.*, p. 126.

edição de legislação específica sobre a proteção de dados pessoais, alicerçando o terreno para permitir, igualmente, a aprovação tão necessária e esperada no país.

3.5.3 Fronteiras da legislação: a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD)

O longo caminho percorrido até a aprovação de uma lei geral de proteção de dados nacional, bem assim os elementos presentes na legislação que disciplina as últimas fronteiras do conteúdo da privacidade merecem tratamento apartado em item próprio.

Até o ano de 2018 não havia, em nosso ordenamento, legislação específica que garantisse a proteção de dados e informações pessoais do indivíduo de maneira abrangente, sendo necessário o recurso à legislação consumerista. Aquela legislação, porquanto editada para atendimento às questões atinentes a um tipo específico de relação jurídica, não era suficiente para solucionar, por exemplo, certas interações travadas no âmbito do direito público, como a questão posta no presente estudo.

Se por um lado a ausência de preceitos legais conferia maior liberdade de motivação ao magistrado para decidir o caso concreto, é consequência que se aprende desde a graduação que a lacuna jurídica gera uma situação de insegurança e instabilidade social. Trata-se de situação incompatível com a tutela de um direito fundamental cuja proteção tem sido cada vez mais exigida após o advento da internet e da difusão de dados por ela proporcionada⁴¹⁷.

A aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira teve caminho semelhante ao do Marco Civil da Internet, incluindo o efeito catalisador de outro escândalo internacional.

A decisão sobre a elaboração projeto de lei que abrangesse de forma mais ampla a proteção de dados do indivíduo tem início no ano de 2010, concomitante às discussões do Marco Civil da Internet. Assim como naquele processo elaborativo, o Poder Executivo, por meio do Ministério da Justiça, publicou minuta do anteprojeto em ambiente *online* para contribuições da sociedade civil⁴¹⁸. Em 2015 houve nova minuta, com outra rodada de debates

⁴¹⁷Nesse sentido, veja-se ANTONIALLI, Dennys Marcelo; CRUZ, Francisco Brito. *Privacidade e internet: desafios para a democracia brasileira*. São Paulo: Fundação Fernando Henrique Cardoso, 2017. p. 33.

⁴¹⁸ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: os limites do Marco Civil da Internet, *cit.*, p. 455-456.

virtuais⁴¹⁹. Das discussões realizadas no ambiente virtual originou-se o Projeto de Lei nº 5.276/2016⁴²⁰.

No Poder Legislativo, por sua vez, diversas foram as iniciativas. No Senado Federal, tem-se o “tímido” Projeto de Lei do Senado nº 407/2013, que pretendia a alteração do artigo 43 do CDC para dispor sobre a natureza, finalidade e acesso aos bancos de dados de consumidores. Os Projetos de Lei do Senado ns. 330/2013 e 181/2014, mais amplos, visavam à definição de princípios, garantias, direitos e deveres referentes à proteção, tratamento e uso de dados pessoais. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 836/2003, do Deputado Bernardo Ariston (PLC 85/2009 no Senado Federal), tramitou junto com o Projeto de Lei do Senado nº 231/2012 e tinham por objeto o funcionamento de bancos de dados e serviços de proteção ao crédito e congêneres⁴²¹. Por fim, o Projeto de Lei nº 4060/2012, do Deputado Milton Monti, cujo texto foi à sanção presidencial, tornando-se a Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD⁴²².

Uma vez mais, fatores externos foram determinantes para a aprovação da nova legislação: a aprovação, em maio de 2018 na Europa, do Regulamento Geral de Proteção de Dados - RGPD e um escândalo envolvendo o *Facebook* e a empresa *Cambridge Analytica* no tratamento ilegal de dados pessoais dos usuários daquela rede social⁴²³. A empresa de consultoria política do Reino Unido, com fundamento numa cláusula dos termos de uso do *Facebook*, remunerou usuários da rede social para o preenchimento de um determinado formulário. O acesso ao documento implicava a autorização do indivíduo para que a empresa pudesse visualizar a lista de amigos dos perfis de cada usuário – e dos dados de todos os perfis – perfazendo um universo de 87 milhões de indivíduos, com todas as preferências por eles declaradas. Isso teria permitido à empresa influenciar processos eleitorais como a saída do

⁴¹⁹DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais, *cit.*, p. 17.

⁴²⁰PARENTONI, Leonardo Netto; LIMA, Henrique Cunha. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomia interna e aspectos internacionais, *cit.*, p. 489.

⁴²¹KLEE, Antonia Espíndola Longoni; MARTINS, Guilherme Magalhães. A privacidade, a proteção dos dados e dos registros pessoais e a liberdade de expressão: algumas reflexões sobre o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965/2014), *cit.*, p. 360.

⁴²²Parentoni e Lima ainda mencionam, em relação à Câmara dos Deputados, os Projetos de Lei ns. 1.589/2015 (tipificação de crime contra a honra pela divulgação de fatos, na internet, que venham a causar a morte do noticiado); 2.712/2015 (alterações ao MCI); 7.881/2014; 1.676/2017 e 8.443/2017 (versando sobre direito ao esquecimento). In: PARENTONI, Leonardo Netto; LIMA, Henrique Cunha. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomia interna e aspectos internacionais, *cit.*, p. 489.

⁴²³*Id. Ibid.*, p. 489.

Reino Unido da União Europeia (*Brexit*) e a eleição presidencial dos Estados Unidos no ano de 2016, quando Donald Trump ascendeu ao poder⁴²⁴.

A LGPD foi sancionada com uma série de vetos em 14 de agosto de 2018, contando com um período de *vacatio legis* que se estendeu até agosto de 2020, entre tantos outros projetos de lei e medidas provisórias que visaram à alteração do termo inicial e dos dispositivos atinentes à ANPD, esta inicialmente prevista como órgão da administração indireta e vinculado ao Ministério da Justiça, mas que por força da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, convertida na Lei Federal nº 13.853, 8 de julho de 2019, passou a integrar a Presidência da República.⁴²⁵

No que tange à positivação do direito à privacidade na LGPD, o artigo 2º o consagra como um dos fundamentos à disciplina da proteção de dados, ao lado da autodeterminação informativa e da inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, garantia repetida no artigo 17⁴²⁶.

O artigo 5º estabelece as definições para os efeitos daquela disciplina. Neste ponto, merecem destaque os conteúdos relativos ao dado pessoal, dado pessoal sensível, dado anonimizado, tratamento e consentimento:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

[...]

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução,

⁴²⁴BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Vitor Rozatti. Proteção de dados pessoais e o princípio democrático: a erosão da privacidade e os riscos à deliberação democrática. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito e internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 113. Os fatos são documentados no filme dirigido por Karim Amer e Jehane Noujaim, *Privacidade Hackeada (The Great Hack)*, 2019, já mencionado anteriormente.

⁴²⁵Sobre o histórico de alterações específicas da lei, veja-se DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais, *cit.*, p. 18.

⁴²⁶Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II- a autodeterminação informativa;

[...]

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

[...]

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

[...]

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

As definições de *dado pessoal* e de *consentimento* foram das mais tormentosas ao longo do processo legislativo da LGPD, como indica a doutrina, contando com manifestações de diversos setores da sociedade civil⁴²⁷. A legislação brasileira optou, porém, pela redação mais sucinta possível, conferindo grande amplitude interpretativa à definição.

Os dados pessoais sensíveis, em regra, não poderiam ser tratados sem o consentimento do titular, com exceções bem definidas no artigo 11, que estende a mesma proteção ao tratamento das informações pessoais que, *potencialmente*, possam revelar dados sensíveis (art. 11, § 1º), situação já abordada no presente estudo (item 2.5).

Importante alertar para o conteúdo da alínea “b” do inciso II, que exclui a proteção aos dados sensíveis no tratamento compartilhado realizado pela administração pública para a consecução de políticas públicas. O termo vago “políticas públicas” torna a redação assaz perigosa, bastando a presença de tal objetivo para que se proceda à exclusão da proteção conferida àquelas informações. A questão será aprofundada quando da análise da atuação da administração pública em relação ao tema.

Em relação ao dado anonimizado, o artigo 12, *caput*, determina que não serão considerados dados pessoais salvo quando o processo puder ser revertido por meios próprios ou com esforços razoáveis. A razoabilidade seria aferida pelo custo e tempo para a reversão do processo de anonimização, conforme as tecnologias disponíveis e o uso de meios próprios (art. 12, § 1º). O parágrafo seguinte indica que podem ser considerados dados pessoais aqueles utilizados para a formação de perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

Importante notar que o mencionado artigo traz interessante complemento do que se entende por dado pessoal, incluindo na definição as informações que se prestam a definir *perfis comportamentais* de pessoa natural identificada. A anonimização, no entanto, consubstancia direito do titular das informações pessoais, conforme disposto no artigo 17, IV, que franqueia,

⁴²⁷ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: os limites do Marco Civil da Internet, *cit.*, p. 458-459.

além da mencionada operação, o “bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade” com as disposições legislativas.

A lei brasileira estabelece, ainda, a distinção entre a anonimização e a pseudonimização, ainda que para fins do preceito relativo à realização de estudos em saúde pública:

Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

[...]

§ 4º Para os efeitos deste artigo, a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

De fato, a distinção realizada pela LGPD respeita a etimologia das palavras, na medida em que a *anonimização* implica a ausência de qualquer tipo de identificação pessoal para além do conteúdo da informação. A *pseudonimização*, por sua vez, pode valer-se de elementos que não identificam o indivíduo, mas traduzem outras características pessoais além do que expresso no dado, como o uso de um nome fictício num dado relativo ao estado de saúde de determinado paciente, indicando não só sua condição física, mas também o seu sexo biológico.

A definição de *tratamento* dado pela legislação brasileira é ampla, a ponto de considerar como tal não só a coleta, mas também o arquivamento e o mero armazenamento, conforme transcrito acima.

Já a positivação do consentimento, pormenorizado no artigo 8º, vem ao encontro das últimas gerações de leis sobre o tema, mantendo sua centralidade na garantia de proteção à privacidade do indivíduo sob o ponto de vista contextual, dentro do eixo “pessoa-informação-circulação-controle”⁴²⁸.

No âmbito dos princípios, a legislação brasileira elenca um total de *dez*, além da menção expressa à boa-fé no *caput* do artigo 6º:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

⁴²⁸BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, *cit.*, p. 112-113.

- I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
- VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
- X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Do rol apresentado por Doneda, verifica-se que o princípio da prevenção estaria ligado ao princípio da necessidade, enquanto o da não discriminação decorreria do princípio da finalidade⁴²⁹. Os enunciados de maior relevância ao raciocínio que será desenvolvido neste estudo são os atinentes aos princípios da finalidade, adequação, necessidade, qualidade, prevenção e não discriminação.

A LGPD assegura ao indivíduo o direito de obter informações relativas ao tratamento em si, pormenorizadas no artigo 9º. Reitera, ademais, as garantias de acesso (art. 18, II), retificação de dados incompletos, inexatos ou desatualizados (art. 18, III), bem como a eliminação das informações pessoais tratadas com consentimento do titular (art. 18, VI), já presentes na legislação aplicável às relações consumeristas, como visto acima. A novidade está no direito à portabilidade desse conjunto informacional a outro fornecedor de produto ou serviço (art. 18, V).

A exemplo das atuais legislações sobre o tema, a LGPD determina que as medidas de segurança que garantam a proteção das informações pessoais de acessos indevidos, situações que impliquem perda, alteração, comunicação ou qualquer modo de tratamento inadequado ou

⁴²⁹DONEDA, Danilo. Princípios de proteção de dados pessoais, *cit.*, t. 1, p. 377.

ilícito sejam observadas desde a “fase de concepção do produto ou do serviço até sua execução” (art. 46, *caput* e parágrafos). O preceito consagra as definições de *privacy by design* e *privacy by default*.

A privacidade desde a concepção – *privacy by design* – configura-se quando a proteção à privacidade do indivíduo é levada em consideração no desenvolvimento de produto ou serviço que será colocado à sua disposição⁴³⁰. Assim, o projeto de um aplicativo que dependa de cadastro de informações pessoais de um indivíduo deve prever elementos técnicos que garantam a proteção desses dados, bem assim a garantia aos direitos de acesso, retificação e o consentimento para o tratamento.

A privacidade por padrão – *privacy by default* – englobada pela primeira, consistiria na garantia de que a configuração de proteção à privacidade do indivíduo deve-lhe ser oferecida de imediato - como padrão - no produto ou serviço, permitindo-lhe a alteração em momento posterior⁴³¹. Assim, o programa de computador que contenha serviço de geolocalização compartilhada deve trazer tal funcionalidade desabilitada, de modo que o usuário possa configurá-la ao seu alvedrio.

Aproximando-se de um modelo de “corregulação”, o artigo 50 da lei brasileira contém a previsão de os controladores e operadores de tratamento de dados formularem regras de boas práticas e governança que garantam a correta aplicação da lei, enfatizando os princípios da finalidade (art. 50, § 1º), da segurança e da prevenção (art. 50, § 2º).

A análise do conteúdo dos diplomas legislativos que disciplinam a privacidade na sociedade da informação – MCI e a LGPD – permite identificar dispositivos idênticos, principalmente nos preceitos iniciais de cada lei, como mencionado por Marcacini, a exemplo de um recurso de “recorta e cola”⁴³².

Parentoni e Lima identificam, ainda, antinomias entre a LGPD e o MCI, que podem ter sido causadas em virtude dos processos legislativos de ambas terem sido concluídos de afogadilho, afetados que foram por eventos externos, e pelo fato de tratarem dos mesmos temas em diversos pontos. Para os autores, ainda que a LGPD tenha revogado expressamente

⁴³⁰GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*, *cit.*, p. 238.

⁴³¹*Id. Ibid.*

⁴³²MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Considerações sobre a proteção à privacidade e aos dados pessoais em uma sociedade digital, *cit.*, p. 143.

dispositivos do MCI (art. 60), há interferências implícitas da legislação mais recente em relação à anterior⁴³³.

Das antinomias apontadas, a que interessa ao presente estudo versa sobre a manifestação do consentimento previsto no MCI e na LGPD. Enquanto o primeiro diploma utiliza o termo “expresso” (art. 7º, VIII), a legislação mais recente afirma que deve ser “inequívoco” (art. 5º, XII). Parentoni e Lima defendem a maior amplitude ao vocábulo “inequívoco”, que abrangeria o fato de ser “expresso”. Ambas obrigam o destaque da manifestação das demais cláusulas contratuais (art. 7º, IX do MCI e art. 8º, § 1º da LGPD), o que admitiria sua expressão apenas na forma escrita. A LGPD, no entanto, acrescenta que a opção pode realizar-se por escrito “ou por outro meio que demonstra a manifestação de vontade do titular”. A antinomia, aparente, seria solucionada pelo fato de a LGPD ser posterior e geral em relação a todo e qualquer tratamento de dados, de modo que a ação do titular das informações não se restringiria apenas à modalidade por escrito.

Ainda que uma “irmã menor” em relação à sua “parente europeia”, a Lei Geral de Proteção de Dados buscou abranger os principais elementos das legislações de seu tempo, não obstante os percalços em relação à completude de suas definições e disciplina das atividades de tratamento, como também a questão atinente à ausência de uma autoridade garantidora da proteção de dados efetivamente autônoma.

Fato é que a proteção à privacidade individual ganha novos contornos com a disciplina do tratamento de dados pessoais trazida pela LGPD, “particularmente quando se tem em mente a superprodução de dados sensíveis na realidade atual e as inomináveis possibilidades de danos advindos a partir de sua manipulação”⁴³⁴.

A demora do Brasil em editar legislação específica em relação ao tema teve consequências em outras searas que adentram na questão da privacidade do indivíduo no que tange a informações de cunho pessoal.

É o que ocorre em relação à legislação atinente à transparência administrativa, editada antes da existência de normas garantidoras da privacidade no tratamento de dados pessoais,

⁴³³PARENTONI, Leonardo Netto; LIMA, Henrique Cunha. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomia interna e aspectos internacionais, *cit.*, p. 491-502.

⁴³⁴RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei 13.709/2018. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 190.

foco do presente estudo. Nesta linha de raciocínio, os preceitos atinentes à atuação do poder público constantes da LGPD serão analisados mais adiante.

A inspiração no modelo europeu, por seu turno, permite uma análise comparativa que conduz a novas reflexões em relação ao tema e, conseqüentemente, a uma melhor aplicação das legislações pertinentes, sem o sacrifício de princípios e garantias fundamentais.

3.6 Tutela da privacidade no direito comunitário europeu

O presente estudo distinguiu os textos normativos editados pelo Conselho da Europa, porquanto organismo internacional não integrante da estrutura da União Europeia, das normas editadas no âmbito do sistema comunitário, colocando-os em itens apartados.

A topografia adotada justifica-se, para além da distinção própria de cada instituição⁴³⁵, pelas estruturas legislativas, pelos efeitos de seus normativos e por seus destinatários: enquanto

⁴³⁵O Conselho da Europa - CdE é uma organização de cooperação internacional criada em Londres no ano de 1949, como consequência dos acordos firmados em Haia sob a liderança do então Primeiro Ministro inglês Winston Churchill. Integrada por 46 Estados-membros (excluída a Rússia em março de 2022 após a invasão engendrada por aquele país contra a Ucrânia) – incluídos os 27 Estados-membros da União Europeia – rege-se pelo Direito Internacional Público (In: COUNCIL OF EUROPE. Disponível em: www.coe.int. Acesso em: 12 ago. 2021). Já a União Europeia consubstancia uma comunidade internacional de Estados dotada de supranacionalidade, porquanto os países-membros que a integram renunciam a parte de sua soberania e de suas competências em favor da União, a fim de que esta possa estruturar-se política e juridicamente. As raízes da formação comunitária encontram-se no pós-Segunda Guerra Mundial, quando os planos de reconstrução da Europa, sob a inspiração de Jean Monnet, Robert Schuman e Altiero Spinelli, entusiastas do chamado “Movimento Federalista Europeu”, deram origem a organismos internacionais de cooperação para a integração comercial e econômica entre os países europeus. A primeira iniciativa une Monnet (França) e Schuman (Luxemburgo), além de Konrad Adenauer (Alemanha) e Alcide de Gasperi (Itália), os “pais da Europa” - curiosamente: todos democrata-cristãos - na criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) (que incluiu ainda a Bélgica e os Países Baixos), instituída pelo Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951, vigente até 23 de julho de 2002. Em 25 de março de 1957 são firmados os Tratados de Roma, instituindo a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEa) ou “Euratom”, de vigência ilimitada. Com a adesão de novos países à CEE e o estreitamento político e econômico das relações entre eles, foi firmado em 7 de fevereiro de 1992 o Tratado da União Europeia (TUE) ou Tratado de Maastricht, dando origem oficial à comunidade de Estados. O Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, promoveu alterações no TUE e no Tratado de Roma da CEE, este último passando a denominar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE. Atualmente em vigor como normas constitutivas da UE figuram o TUE, o TFUE e o Tratado da CEEa. Para o aprofundamento do processo de formação da UE, veja-se GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. *A integração como fenômeno jurídico-político: uma leitura sobre a construção histórica da CECA*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) –Programa Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-05122013-155916/publico/Tese_Arthur_Roberto_Capella_Giannattasio.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021; COSTA, Olivier. *A União Europeia e sua política exterior* (história, instituições e processo de tomada de decisão). Brasília-DF: FUNAG, 2017; e NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. *A União Europeia e suas instituições*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, ano 48 n. 192 p. 21-30, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242926/000936206.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 12 ago. 2021.

no âmbito do CdE o instrumento legal é o tratado - redigido sob a forma de convenções, cartas ou acordos -, com força vinculante no âmbito externo aos países signatários e regido pelo ordenamento internacional pertinente, a União Europeia (UE) conta com um sistema normativo supranacional aplicável no espaço composto pelos países-membros – o direito comunitário-, que convive em harmonia com cada um dos ordenamentos nacionais. Neste ponto, fazem-se necessárias breves notas sobre as fontes da ordem jurídica própria da UE, a fim de que se possa analisar os instrumentos utilizados pelo bloco para disciplinar o direito à privacidade.

No âmbito das chamadas *fontes primárias* do direito comunitário europeu estão os tratados originários da UE e suas alterações⁴³⁶, que estabelecem as bases constitucionais e, conseqüentemente, as balizas para o exercício das competências jurídicas e administrativas da União. As *fontes secundárias* do direito comunitário são as que derivam desta ordem constitucional fundamental, podendo ter caráter legislativo (regulamentos, diretivas e decisões), não legislativo (atos delegados, atos de execução e instrumentos jurídicos simples), atos não vinculativos (pareceres, recomendações) e atos não jurídicos, a exemplo das resoluções, declarações, acordos interinstitucionais e programas de ação⁴³⁷. No âmbito externo, as fontes principais são os acordos internacionais firmados pela UE e os acordos internacionais firmados entre Estados-membros.

Para a presente análise, importam os instrumentos legislativos indicados no artigo 288 do TFUE⁴³⁸, notadamente os regulamentos e diretivas. Os primeiros são diretamente aplicáveis a todos os Estados-membros e pessoas singulares e coletivas, sem necessidade de internalização por meio de instrumento legal nacional, e totalmente vinculantes para os cidadãos, as autoridades e órgãos administrativos e judiciários dos Estados-membros⁴³⁹, convivendo

⁴³⁶V. nota supra.

⁴³⁷BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O abc do direito da União Europeia*. 6. ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017. p. 94-96.

⁴³⁸**Artigo 288**

Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres.

O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.

As recomendações e os pareceres não são vinculativos.

⁴³⁹BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O abc do direito da União Europeia, cit.*, p. 104.

harmoniosamente e lado a lado com as leis nacionais⁴⁴⁰. Sua função primordial é a unificação do direito aplicável no espaço comunitário sobre determinada matéria.

As diretivas, por sua vez, têm como destinatários os Estados-membros da União, em sua totalidade ou parcialmente, e dependem de ato normativo nacional para sua internalização e observância no território de cada país, com um tempo determinado para este procedimento (chamado de *transposição*), sob pena de responsabilização pela mora perante a Corte Europeia de Justiça⁴⁴¹. A diretiva vincula os países-membros quanto ao resultado a ser alcançado (obrigação de resultado), tendo por objetivo a *uniformização* do direito aplicado em cada Estado-membro. Isso reduz disparidades e eventuais conflitos de regulamentação de determinada matéria. A diretiva não gera grandes interferências no modo como cada país implementará o conteúdo programático nela veiculado, conferindo-lhe, neste aspecto, alto grau de discricionariedade⁴⁴².

A proteção da privacidade no espaço comunitário europeu já vem garantida desde suas bases constitucionais, nas chamadas *fontes primárias*. Isso porque a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)⁴⁴³ foi alçada ao mesmo nível dos Tratados constitutivos da UE, nos termos do artigo 6º do TUE, que também adere expressamente à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada no âmbito do CdE.

Os artigos 7º e 8º da CDFUE asseguram o respeito à vida íntima e privada, bem assim a proteção aos dados pessoais de maneira apartada, ressaltando as especificidades de cada direito, já contemplando, no segundo caso, o consentimento e o direito de acesso e retificação ao indivíduo titular das informações (art. 8º, 2), e a previsão de uma autoridade independente para fiscalização do tratamento (art. 8º, 3).

⁴⁴⁰José Souto Maior Borges tece severas críticas à equiparação dos atos normativos comunitários à lei nacional, bem assim à nomenclatura de “atos legislativos”, categorização similar que não poderia ser transposta literalmente para o âmbito comunitário. Para o autor, trata-se de atos *paralegislativos* ou *paralegais*, que seriam análogos, mas não idênticos às leis. (In: BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 612-614).

⁴⁴¹BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O abc do direito da União Europeia*, cit., p. 105.

⁴⁴²BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*, cit., p. 628-629. É interessante a analogia feita pelo autor em relação à simetria entre a ordem nacional de cada país-membro e a ordem comunitária, comparando-a ao regime federativo tributário do Brasil, bastante ilustrativo para a compreensão do sistema europeu (*Id. Ibid.*, p. 623-624).

⁴⁴³Firmada em Nice, aos 7 de dezembro de 2000 (2000/C 364/01). UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. (2000/C 364/01). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

A separação em artigos distintos, na lição de Rodotà, não só confirma a *constitucionalização* do direito à proteção de dados⁴⁴⁴, como garante a distinção existente entre o “momento individualístico” representado pelo direito à vida privada e familiar, em que a tutela é negativa no sentido de exclusão de intromissões alheias (art. 7º), e o direito à proteção das informações pessoais (art. 8º), este de caráter eminentemente dinâmico – “seguindo os dados em sua circulação” - e envolvendo uma responsabilização pública, ao determinar a fiscalização a uma autoridade independente⁴⁴⁵.

O artigo 16 do TFUE, por sua vez, prevê especificamente a proteção das informações pessoais, estabelecendo a via do processo legislativo ordinário para a regulação da matéria e, igualmente, a previsão de controle por autoridade independente.

No âmbito das *fontes secundárias* ou *derivadas*, o histórico das normativas europeias sobre o tema tem início na década de 1990. Até aquele momento, as *Guidelines* da OCDE e a Convenção 108 do CdE eram os textos que disciplinavam a matéria. Como mencionado, tratava-se de documentos desprovidos de força vinculante e regras mais concisas para garantir uniformidade em relação ao tema, tendo por preocupação maior a questão do fluxo transfronteiriço de dados do que propriamente a garantia da privacidade das informações pessoais⁴⁴⁶.

O movimento que levou à edição de normas de uniformização teve início na década de 1970, como aponta Abraham Newman⁴⁴⁷. O autor busca explicar o histórico que conduziu à aprovação da primeira diretiva sobre o tema em território europeu por meio de duas correntes de pensamento.

A primeira, baseada num argumento “intergovernamental liberal”, em que os países europeus mais poderosos teriam o poder de influenciar a arena de debates europeia de modo a que seus interesses econômicos prevalecessem. Conforme mencionado na evolução geracional de legislações sobre o tema, os chamados “Big Three” - Alemanha, França e o Reino Unido - já haviam editado normas de proteção de dados pessoais, enquanto Espanha e Itália

⁴⁴⁴RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 132.

⁴⁴⁵*Id. Ibid.*, p. 135-136.

⁴⁴⁶ANTONIALI, Dennys Marcelo. *A arquitetura da internet e o desafio da tutela do direito à privacidade pelos Estados nacionais*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 56. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112020-144100/publico/5184328_Tese_Original.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021. No mesmo sentido, GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*, cit., p. 119, e DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 193.

⁴⁴⁷NEWMAN, Abraham L. Building transnational civil liberties: transgovernmental entrepreneurs and the European data privacy directive, cit., p. 103-130.

permaneciam sem nenhum tipo de regulamentação. No argumento de Newman, a forte regulação daquelas nações colocaria suas empresas privadas em posição de desvantagem em relação às empresas de países sem regulação. Os empresários pressionariam os governos de seus países a fazer com que houvesse intervenção da então CEE para que houvesse a adoção de legislação equivalente por parte de outros Estados-membros⁴⁴⁸.

A outra linha de argumentação de Newman baseia-se na tradição neofuncionalista, em que o próprio corpo de funcionários da Comissão Europeia teria o condão de introduzir paulatinamente novas políticas públicas no debate da política regional. Isso se daria por meio de mecanismos formais e informais, fomentando o debate e trazendo para a discussão organizações transnacionais e grupos de interesse para pressionar por uma harmonização regulatória, notadamente no âmbito da Diretoria de Mercado Interno. A Comissão, na visão de Newman, seria um ator independente capaz de conduzir a política pública regional⁴⁴⁹.

A verdade é que até o início dos anos 1980 os países da então CEE possuíam sistemas regulatórios distintos. Neste cenário, grupos de especialistas em privacidade partiram para o *lobby* junto às instituições europeias alertando para os riscos do fluxo transnacional de dados. O perigo seria a transformação de países europeus sem regulamentação sobre a matéria em verdadeiros “paraísos de dados”, sediando bancos de dados de outros Estados com legislação mais severa. Apesar das recomendações do Parlamento Europeu, a Comissão Europeia não demonstrou interesse, ao argumento do aumento de custos nas transações comerciais na Europa e o fato de que as regras atinentes à privacidade estariam afetas ao setor público, portanto fora da competência da CEE⁴⁵⁰. Um dos poucos avanços do período ocorreria no âmbito internacional, com a assinatura da Convenção n. 108, reduzindo os obstáculos ao fluxo transfronteiriço, mas com pouca eficácia prática no âmbito do ordenamento interno dos países europeus.

A discussão, aponta Newman, permaneceria restrita às legislações nacionais, uma vez que os governos dos “Big Three” não endossavam a necessidade de tratamento da questão de modo supranacional, incluindo a indústria daqueles países e órgãos de classe transnacionais como a União das Confederações da Indústria e de Empregadores da Europa (UNICE)⁴⁵¹.

Ao final da década de 1980 e início da década de 1990, no entanto, já havia onze autoridades independentes de fiscalização da privacidade de dados em países europeus, sendo

⁴⁴⁸NEWMAN, Abraham L. Building transnational civil liberties: transgovernmental entrepreneurs and the European data privacy directive, *cit.*, p. 106-107.

⁴⁴⁹*Id. Ibid.*, p. 107.

⁴⁵⁰*Id. Ibid.*, p. 109.

⁴⁵¹*Id. Ibid.*, p. 111-112.

sete deles membros da CEE. A atuação destas agências por meio de reuniões e grupos de trabalho recrudesceram o debate em torno dos “paraísos de dados”, que representariam uma ameaça não só às informações pessoais, mas às próprias autoridades independentes.

Houve um aumento de tensão no sentido de se pressionar a CEE a adotar normas sobre privacidade, sob pena de bloqueio do fluxo de dados para países que não tivessem regulação sobre a matéria. Newman, inclusive, narra uma série de fatos em que autoridades garantidoras da privacidade de países como a França bloquearam o fluxo de dados com países-membros da CEE desprovidos de legislação protetiva de informações pessoais, como a Bélgica e a Itália. A pressão fez com que a Comissão Europeia mudasse seu posicionamento, porquanto os bloqueios ameaçavam os próprios pilares da recém-criada União Europeia, já em 1992. Neste mesmo ano foi apresentada a primeira proposta de uma diretiva sobre o tema, a fim de corrigir a assimetria de legislações nacionais e a deficiência de uniformidade. O próximo passo seria o convencimento de setores econômicos produtivos, o que se deu pela conscientização de que os custos envolvidos num cenário de múltiplos regimes de proteção de dados seria maior do que numa perspectiva uniforme, na hipótese de adoção de uma diretiva.⁴⁵²

As propostas finais foram ultimadas pelo Conselho Europeu em março de 1995, culminando com a edição da Diretiva nº 46, de 24 de outubro de 1995⁴⁵³. O texto apresenta a consolidação dos princípios de proteção aos dados pessoais, conferindo direitos aos titulares das informações e criando uma estrutura básica a ser adotada pelos países-membros para a efetivação de tais garantias. Aplica-se tanto ao tratamento automatizado quanto ao manual, não sendo limitada, portanto, ao ambiente virtual. Exclui, todavia, as operações de tratamento realizadas por pessoas físicas no âmbito pessoal, bem como as atividades não sujeitas à legislação comunitária, “como a segurança pública, a defesa e a segurança do Estado”.⁴⁵⁴

O artigo 6º do normativo estabelece em seu número 1 o que já havia sido previsto nas *Guidelines* em relação aos princípios e garantias do tratamento de informações pessoais, como o tratamento leal e lícito e a previsão de finalidade determinada, explícita e legítima. Do mesmo modo, consagra os princípios da adequação, exatidão, atualização, cancelamento e retificação

⁴⁵²NEWMAN, Abraham L. Building transnational civil liberties: transgovernmental entrepreneurs and the European data privacy directive, *cit.*, p. 113-115.

⁴⁵³UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁴⁵⁴GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*, *cit.*, p. 120.

dos dados pessoais, bem como a identificação das pessoas apenas durante o período necessário ao tratamento, ressalvados períodos maiores para fins históricos, estatísticos ou científicos.

O artigo seguinte estabelece hipóteses concretas de tratamento em que os princípios do artigo 6º seriam aplicados, introduzindo o critério do consentimento para a licitude das operações, excetuadas hipóteses contratuais, cumprimento de obrigação legal, proteção de interesses vitais, execução de missão de interesse público ou de autoridade pública e de interesses legítimos do responsável pelo tratamento a terceiros a quem os dados sejam comunicados, quando não estão em jogo direitos e liberdades fundamentais do titular das informações.

A questão dos dados sensíveis veio consagrada no artigo 8º, abrangendo os temas já previstos na Convenção n. 108 – origem racial ou étnica, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, saúde e vida sexual. A inovação residia no detalhamento de hipóteses em que, obrigatoriamente, a proibição do tratamento não se aplicaria, em geral ligadas ao consentimento, saúde do indivíduo e informações manifestamente públicas. Os países-membros poderiam, ainda, prever em lei ou por decisão de autoridade competente outras derrogações além das enumeradas no referido preceito, desde por “motivo de interesse público importante” e comunicadas à Comissão Europeia.

O artigo 12 obrigava os países-membros a assegurar o direito de acesso, retificação ou cancelamento das informações pessoais em poder do responsável pelo tratamento, notadamente quando incompletas ou inexatas. Destaca-se do preceito a garantia de conhecimento da lógica do tratamento automatizado das informações pessoais, principalmente o destinado à aferição de determinados aspectos integrativos da personalidade do indivíduo, tais como capacidade profissional, crédito, confiabilidade e comportamento. A norma, porém, não excluía a possibilidade de pagamento, pelo titular, para a efetivação de tais direitos, como também mitigava a obrigatoriedade de comunicação das alterações a terceiros quando implicasse um “esforço desproporcionado”.

Os artigos 25 e 26 regulam as operações de transferências de dados a países extracomunitários, que devem ocorrer unicamente quando os países em questão ofereçam “um nível de protecção adequado” (artigo 25, n. 1), apurado pela Comissão por meio de procedimento previsto no artigo 31, n. 2 da Diretiva. As exceções, previstas no artigo 26, aplicam-se aos casos de consentimento expresso do titular das informações, bem assim a hipóteses semelhantes às de suspensão da vedação ao tratamento de dados sensíveis, sendo possível a transferência a Estado terceiro que não possua nível adequado de proteção de dados,

“desde que o responsável pelo tratamento apresente garantias suficientes de proteção da vida privada e dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, assim como do exercício dos respectivos direitos”, que podem estar previstas em cláusulas contratuais (art. 26, n. 2).

Uma das grandes inovações da norma encontra-se em seu artigo 29. Trata-se do chamado “Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”, ou simplesmente, “Grupo de Trabalho do Artigo 29” (*Article 29 Working Party*). Composto por membros das autoridades de controle dos países-membros, das autoridades congêneres criadas no âmbito comunitário e um membro da Comissão Europeia, fica responsável pela implementação da diretiva, elaborando relatórios e estudos, analisando também o nível de segurança e proteção de dados de países extracomunitários para fins do artigo 25 da Diretiva, analisando propostas de regulamentos setoriais e formulando recomendações sobre o tema. Trata-se do grande órgão de monitoramento da política pública instituída pela normativa, sendo o responsável pelas propostas de reformas que se sucederam nos anos seguintes à edição do texto.

O artigo 32, n. 1, determinava o prazo de 3 anos para transposição da Diretiva no âmbito dos ordenamentos nacionais. Os países que não possuíam legislação própria de proteção de dados pessoais e eram motivo de preocupação à época das discussões prévias à adoção da normativa (Bélgica, Espanha, Grécia, Itália e Portugal) editaram legislação própria e procederam à transposição dentro do prazo assinalado, sendo a Itália o penúltimo país da UE a fazê-lo⁴⁵⁵.

Nos anos seguintes, outros textos normativos foram editados para conferir completeza ao sistema de proteção de informações pessoais na UE. Em 2001 foi aprovado o Regulamento nº 45, de 18 de dezembro⁴⁵⁶, repetindo todo o arcabouço normativo da Diretiva 95/46/CE para regular o tratamento de informações pessoais realizado pelas instituições europeias. Já em seu artigo 1º, consagra “a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”. Neste mesmo texto normativo é criada a Autoridade Europeia para Proteção de Dados (AEPD). Por suas características de aplicação direta e imediata, tratando do tema no âmbito comunitário, é mais detalhada que a Diretiva, estabelecendo estruturas e disciplinando temas que ficaram a cargo das legislações nacionais no âmbito da outra fonte derivada.

⁴⁵⁵Informação oficial disponível em EUROPEAN UNION. *Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/NIM/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁴⁵⁶UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) nº 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de dezembro de 2000 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R0045&from=PT>. Acesso em: 10 fev. 2022.

Guidi aponta que o Regulamento 45/2001 seria mais flexível em relação à Diretiva 95/46/CE em determinados assuntos, ao trazer hipóteses em que os dados poderiam ser tratados para uma finalidade diferente da qual foram coletados, para além das hipóteses estatísticas e históricas (art. 6º, n. 1, letra *b* da Diretiva 46 e art. 4º, n. 1, letra *b* do Regulamento 45). O Regulamento permitiria o tratamento também quando “a mudança de finalidade for expressamente autorizada pelas regras internas da instituição ou do órgão comunitário” (artigo 6º, n. 1 do Regulamento 45)⁴⁵⁷. O ato normativo foi revogado no ano de 2018, quando da reforma da disciplina do tratamento de dados pessoais.

Logo após à edição da Diretiva 95/46/CE, houve a necessidade de normativos harmonizadores em relação a determinados setores. No âmbito das telecomunicações, foi aprovada a Diretiva n. 66, de 15 de dezembro de 1997, tratando da proteção à privacidade no âmbito das telecomunicações, quando o acesso e uso da internet ainda era incipiente e os aparelhos de telefonia celular restringiam-se a fazer e receber chamadas de voz⁴⁵⁸. Em seu artigo 5º, determinava aos Estados-membros a obrigação de garantir a confidencialidade das comunicações acessíveis ao público, além de outras disposições quanto ao tratamento de dados das faturas dos serviços prestados e sobre a figuração em listas de assinantes de serviços de telefonia.

Os ventos da evolução tecnológica na área da comunicação virtual arrebataram os preceitos daquele normativo, sobrevivendo a Diretiva n. 58, de 12 de julho de 2002, alterada pela Diretiva n. 136, de 25 de novembro de 2009⁴⁵⁹ e ainda em vigor, que disciplina a privacidade quanto ao tratamento de informações pessoais nas comunicações eletrônicas (telefonia e internet, seja por meio de redes físicas ou por radiodifusão), especificando e complementando as disposições da Diretiva 95/46/CE (art. 1º, n. 2).

Os preceitos do diploma normativo dirigem-se aos particulares responsáveis pelo tratamento das informações pessoais ou prestadores dos serviços de comunicação em questão e aos países-membros. Em relação aos primeiros, há determinações específicas e sensíveis em relação à garantia da segurança física e lógica das informações, aplicando-se o respectivo princípio de maneira prática (art. 4º), bem como a obrigação de anonimização ou eliminação

⁴⁵⁷GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*, cit., p. 127.

⁴⁵⁸UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0066&from=PT_. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁴⁵⁹UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas*. (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0058-20091219&from=EM_. Acesso em: 10 fev. 2022.

dos dados de tráfego quando encerrada a relação contratual com o usuário do serviço, a não ser que haja expresso consentimento deste para a continuidade do tratamento (art. 6º). Exige-se, ainda consentimento expresso para a hipótese específica do tratamento de dados de localização (art. 9º). Aos países-membros, por seu turno, são estabelecidas obrigações atinentes à garantia da confidencialidade das comunicações (art. 5º, n. 1), vedação de instalação de escutas ou interceptação de comunicações e dados sem autorização do titular ou judicial (art. 5º, ns. 1 e 2) e a adoção de medidas que exijam o consentimento do usuário dos serviços para o acesso a informações que estejam armazenadas dentro de seu terminal ou para o armazenamento de informações nesses terminais, os chamados “testemunhos de conexão” ou *cookies*. No mesmo sentido, determina-se que os países-membros estabeleçam em seus ordenamentos a necessidade de consentimento para que os usuários figurem em listas telefônicas, explicitando-se os motivos e finalidades do rol e o modo pelo qual os indivíduos serão localizados (art. 12).

Há ainda determinações comuns de ordem técnica dirigidas a ambos os atores, algumas delas presentes na diretiva anterior, atinentes à identificação de chamadas, faturamento dos serviços prestados etc. (artigos 7º e 8º), bem como às chamadas “comunicações não desejadas”, seja por meio de ligações telefônicas (*telemarketing*) ou por meio de correio eletrônico (*spam*), mais uma vez exigindo-se o consentimento para tais práticas (art. 13).

No ano de 2006 foi aprovada a Diretiva n. 24, de 15 de março de 2006⁴⁶⁰, que determinava a retenção, pelos provedores de serviços de comunicação, de informações como nome, endereço de IP⁴⁶¹ e localização, relativas às comunicações engendradas pelos indivíduos, para fins investigativos e de persecução penal de delitos graves. O normativo foi invalidado pela Corte Europeia de Justiça no ano de 2014, que entendeu desproporcional a determinação de retenção das informações, violando direitos fundamentais⁴⁶². Não havia clareza na definição da gravidade dos delitos que justificavam o acesso às informações nem se estabelecia a necessidade de decisão judicial para tanto, limitando-se a mencionar apenas as “autoridades competentes” (art. 8º). Inexistiam, ademais, garantias suficientes à proteção dos dados retidos,

⁴⁶⁰UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março de 2006 relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Directiva 2002/58/CE*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0024&from=EM>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁴⁶¹*Internet Protocol*, o número que cada equipamento que se conecta à internet recebe quando adentra à rede.

⁴⁶²UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça. *Processos C-293/12 e C-594/12*. Digital Rights Ireland Ltd. v. Ireland. Julgado em 8 de abril de 2014. Publicado em 10 de junho de 2014. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?mode=DOC&pageIndex=0&docid=150642&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=33118>. Acesso em: 11 jul. 2022.

nem mesmo seu armazenamento em território da União, dificultando a supervisão das respectivas autoridades independentes.

No contexto desse primeiro quadro normativo, verifica-se que a Diretiva 95/46/CE foi de extrema importância para conferir maior efetividade à tutela da privacidade em sua dimensão contextual e econômica no espaço europeu, representando “um degrau a mais” em relação ao caráter recomendatório das *Guidelines* da OCDE e da Convenção n. 108 do CdE. No entanto, a integração cada vez maior das redes de informação e a pulverização dos bancos de dados para além das fronteiras do chamado “mundo físico”, catalisados pelo fenômeno da globalização, revelaram a necessidade de maior uniformidade na disciplina da matéria. Isso poderia ser solucionado pela utilização da espécie normativa comunitária do Regulamento, dotado de autoaplicabilidade.

3.6.1 O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)

A constatação da necessidade de revisão da Diretiva e do uso de espécie normativa mais abrangente e eficaz para a unificação da tutela jurídica surge a partir da análise elaborada pelo “Grupo de Trabalho do Artigo 29”.

O primeiro relatório da Comissão Europeia, no ano de 2003, indicava que a alteração da Diretiva não era “presentemente necessária nem desejável”⁴⁶³, sendo o objetivo do normativo, naquele momento, a aproximação e não a uniformidade⁴⁶⁴. Aponta, no entanto, a existência de alguns pontos nevrálgicos importantes, como a ineficiência da fiscalização por parte das autoridades de controle, devido aos poucos recursos destinados a tal finalidade, a baixa adesão dos responsáveis pelo tratamento de dados diante da baixa probabilidade de punição e o desconhecimento dos titulares das informações em relação aos seus direitos⁴⁶⁵. Também são relatados problemas de aplicação da diretiva em relação à disciplina dos dados sensíveis, devido à alta setorização das legislações dos países-membros. Por fim, ressaltam o papel das chamadas *tecnologias de aumento da privacidade* (TAP) ou em inglês, *privacy-enhanced technologies* (PET), ferramentas destinadas a reduzir a coleta e uso de informações

⁴⁶³UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Relatório da Comissão – Primeiro Relatório sobre a implementação da Directiva relativa à protecção de dados (95/46/CE)*. Bruxelas, 15 maio 2003. COM (2003) 265 final. p. 8. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0265&from=PT>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁴⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 11.

⁴⁶⁵*Id. Ibid.*, p. 12-13.

personais a um mínimo necessário, de modo a impedir ilegalidades⁴⁶⁶. Novo relatório foi apresentado em 2007, mais uma vez com expressa recomendação no sentido de não se alterar da Diretiva⁴⁶⁷.

No ano de 2010, um novo relatório indica o avanço da tecnologia de coleta de dados, por meio de ferramentas mais modernas e de difícil detecção, a exemplo dos registros de localização geográfica em dispositivos móveis, bilhetes eletrônicos para acesso a serviços públicos de transporte e as redes sociais.⁴⁶⁸ O documento estabelece uma série de objetivos conduzindo, como indicado em seu título, a uma “abordagem global” da proteção de dados. Nessa linha de raciocínio, reforça a necessidade de proteção adequada e mais transparente ao indivíduo, em que possa ter maior controle sobre seus dados e seja informado sobre seus direitos, notadamente o consentimento livre e informado e a proteção que lhe é conferida às informações sensíveis⁴⁶⁹. Para além das fronteiras europeias, o relatório trata da simplificação de regras para transferência internacional de dados e a promoção de princípios universais, bem como a revisão das normas na área de cooperação policial e judicial em questões criminais⁴⁷⁰. Conclui pela necessidade de propostas de revisão do quadro normativo atual, bem como a adaptação de outros diplomas legais⁴⁷¹.

Em janeiro de 2012, Viviane Reding, Vice-Presidente da Comissão Europeia propõe a reforma do marco regulatório, encaminhando propostas de uma nova diretiva e de um regulamento. A diretiva abordaria a questão da cooperação policial e de justiça penal, diante da anulação da Diretiva 2006/24/CE, enquanto o regulamento solucionaria a questão da

⁴⁶⁶UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Relatório da Comissão – Primeiro Relatório sobre a implementação da Directiva relativa à protecção de dados (95/46/CE)*. Bruxelas, 15 maio 2003. COM (2003) 265 final, *cit.*, p. 16. Um exemplo de tecnologia de aumento da privacidade, como aponta GUIDI, é a criptografia, pela qual dados encaminhados entre indivíduos via internet são tornados ininteligíveis - criptografados ou encriptados - durante o tráfego pela rede, sendo decodificados apenas nas interfaces do emissor e do receptor. (*A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro, cit.*, p. 237-238).

⁴⁶⁷UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre o acompanhamento do programa de trabalho para uma melhor aplicação da directiva relativa à protecção de dados*. Bruxelas, 7 mar. 2007. COM (2007) 87 final. p. 9. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0087&from=PT>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁴⁶⁸UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. *Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia*. Bruxelas, 4 nov. 2010. COM (2010) 609 final. p. 9. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0609&from=EM>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁴⁶⁹*Id. Ibid.*, p. 5-10.

⁴⁷⁰*Id. Ibid.*, p. 14-16.

⁴⁷¹*Id. Ibid.*, p. 20-21.

fragmentação das legislações nacionais de transposição da Diretiva 95/46/CE, verificada no relatório de 2010⁴⁷².

Após as discussões próprias às instituições comunitárias, foi editado o Regulamento (UE) n. 679, de 27 de abril de 2016, também chamado de Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD) ou por sua sigla inglesa *General Data Protection Regulation* (GDPR)⁴⁷³.

Mais abrangente e detalhado do que a diretiva que a antecedeu, porquanto dotada de aplicação direta, conta com 99 artigos encontra-se em vigor desde 25 de maio de 2018 (art. 99, n. 2).

No que importa ao presente estudo, procede-se à análise dos preceitos atinentes à definição de privacidade, numa perspectiva comparativa em relação à legislação brasileira.

As definições do normativo europeu estão previstas no artigo 4º. Cotejando com os elementos analisados na legislação brasileira, eis as definições constantes do RGPD:

Artigo 4º

Definições

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

1) “Dados pessoais”, informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;

2) “Tratamento”, uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição;

[...]

⁴⁷²UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. *Protecção da privacidade num mundo interligado - um quadro europeu de protecção de dados para o século XXI*. Bruxelas, 25 jan. 2012. COM (2012) 9 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0009&from=pt>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁴⁷³UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, 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). *Jornal Oficial da União Europeia*, 4.5.2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 12 ago. 2021. No presente estudo, prefere-se o uso da sigla em português (RGPD).

4) “Definição de perfis”, qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspectos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações;”

5) “Pseudonimização”, o tratamento de dados pessoais de forma que deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específico sem recorrer a informações suplementares, desde que essas informações suplementares sejam mantidas separadamente e sujeitas a medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável;

[...]

11) “Consentimento” do titular dos dados, uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento;

A definição de dado pessoal do diploma europeu incluiu o modo pelo qual se considera um indivíduo como “identificável”, incluindo informações que não se limitam ao “corpo físico”, mas atendem à definição de “corpo eletrônico” exposta anteriormente, merecendo destaque para o presente estudo a menção, no rol exemplificativo dos componentes desse corpo, à identidade *econômica* da pessoa singular. A redação fornece importante parâmetro interpretativo, garantindo maior previsibilidade e, portanto, maior segurança jurídica na aplicação do normativo. Aqui é possível verificar uma diferença entre a legislação europeia e brasileira: a redação muitas vezes sucinta da LGPD torna o normativo carecedor de balizas interpretativas, o que não ocorre no detalhado regulamento comunitário.

No Regulamento, tal como na LGPD, houve redação igualmente abrangente em relação ao que se entende por tratamento, incluindo o armazenamento e a mera consulta.

Na Europa, diferente do Brasil, há o entendimento do que configura a “definição de perfis”, consistente no tratamento de informações pessoais para fins de se estabelecer análises preditivas a respeito de determinados aspectos pessoais, destacando-se aqui a *situação econômica* da pessoa singular.

O dado anonimizado do direito brasileiro é tratado como “pseudonimização” pelo direito europeu, sem as distinções realizadas pela legislação pátria entre aquela e a anonimização, que parecem mais corretas, porquanto não se trata de hipótese de sinonímia.

A definição de consentimento europeia enfatiza o seu caráter específico, registrando expressamente em sua definição, o modo pelo qual se materializa no mundo fático, por meio de “declaração ou ato positivo inequívoco”, diferindo do direito brasileiro.

No que tange ao dado pessoal sensível, abandonando a classificação que atualmente é alvo de críticas (item 2.5), o RGPD trata em artigo apartado como “categoria especial” (art. 9º). Importante notar que o Regulamento acrescenta a “orientação sexual” entre as categorias especiais, diferente da legislação brasileira, que manteve apenas a expressão “vida sexual”, sabidamente insuficiente para abranger a primeira hipótese.

A inaplicabilidade da proteção repete, praticamente, o que disposto na Diretiva 95/46/CE, abrangendo mais hipóteses do que a legislação brasileira. Importante notar, no entanto, que a legislação europeia pondera que para atividades afetas a um “interesse público importante” deve-se observar a proporcionalidade com o objetivo almejado, respeitando-se “a essência do direito à proteção dos dados pessoais e prever medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos fundamentais e os interesses do titular dos dados” (artigo 9º, n. 2, “g”). Ao contrário do preceito brasileiro (art. 11, II. “b” da LGPD) - que retira a vedação ao tratamento de dados sensíveis quando em jogo a execução de “políticas públicas” - não há exclusão absoluta em nome do interesse público, mas a reafirmação da garantia de proteção individual, em clara ponderação de princípios, com a prevalência dos direitos fundamentais da pessoa singular.

Os princípios enumerados pelo RGPD em seu artigo 5º são dez, assim enumerados:

Artigo 5º

Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais

1. Os dados pessoais são:
 - a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados (“licitude, lealdade e transparência”);
 - b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89º, nº 1 (“limitação das finalidades”);
 - c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (“minimização dos dados”);
 - d) Exatos e atualizados sempre que necessário; devem ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora (“exatidão”);
 - e) Conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de

investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89º, nº 1, sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pelo presente regulamento, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados (“limitação da conservação”);

f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas (“integridade e confidencialidade”);

2. O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no nº 1 e tem de poder comprová-lo (“responsabilidade”).

Mutatis mutandis, a redação é bastante semelhante à brasileira em seu conteúdo, sendo esta uma das convergências apontadas por Mendes e Bioni em estudo comparativo⁴⁷⁴. Destaca-se a inclusão, no RGPD, do *princípio da limitação da conservação*, que pode ser tido como um corolário do princípio da finalidade, e a ausência do *princípio do livre acesso*, expresso na LGPD. Tal preocupação com o tema da conservação por parte da legislação europeia pode ser explicado por meio do Considerando n. 158, que ainda reflete receios históricos importantes àquela população, relativa a períodos de guerra e de regimes totalitários, bem assim genocídios e crimes contra a humanidade, com menção expressa ao Holocausto. No âmbito da legislação brasileira, vale destacar a menção à boa-fé no *caput* do artigo 6º que, segundo Laura Mendes e Bruno Bioni, dialoga com o princípio da lealdade do RGPD, mas se fundamenta na doutrina civilista alemã, confere maior objetividade à legislação nacional⁴⁷⁵.

O direito de acesso do titular dos dados pessoais encontra-se mais pormenorizado na normativa europeia. Além da garantia de transparência das informações, que diferem caso as informações pessoais sejam ou não colhidas junto ao titular (artigos 12º a 14º), há especificações para cada uma das hipóteses de acesso (art. 15º), retificação (art. 16º) e “apagamento” (art. 17º), também designada no regulamento como “direito a ser esquecido”, garantia esta que não foi positivada pelo direito brasileiro⁴⁷⁶. A portabilidade dos dados também

⁴⁷⁴MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno Ricardo. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 28, v. 124, p. 165, jul./ago. 2019. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1173/1094>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁴⁷⁵*Id. Ibid.*, p. 168.

⁴⁷⁶O chamado “direito ao esquecimento” ganhou contornos mais definidos após célebre decisão da Corte de Justiça da União Europeia. No precedente, o cidadão espanhol Mário Costeja González buscava junto à AEPD apagar do motor de busca de internet Google os resultados que conduziam a matéria jornalística sobre a realização de um leilão de imóvel seu para pagamento de dívidas. Dez anos após a quitação da obrigação, os resultados continuavam aparecendo, gerando toda sorte de constrangimentos. A Corte determinou que a empresa americana o cancelamento dos resultados (UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça. *Processo C-131/12*. Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, julgado em 13 de maio de 2014. Publicado em 7 de julho de 2014. Disponível em:

está prevista no regramento europeu (art. 20º), bem como o direito de oposição ao tratamento de informações pessoais e a decisões automatizadas, notadamente as que tenham por finalidade a definição de perfis (artigos 21º e 22º). Destaca-se, neste ponto, a vedação contida no RGPD quanto à comercialização direta de informações pessoais, mais abrangente que a legislação brasileira⁴⁷⁷. Ainda em relação a decisões automatizadas, o RGPD ainda prevê a possibilidade de revisão de tais decisões por uma pessoa natural (artigo 22º, n. 3), hipótese que foi extirpada do artigo 20 da lei brasileira quando da alteração promovida pela Lei Federal nº13.853/19, fruto da conversão da MP nº 869/18.

As boas práticas da *privacy by design* e *privacy by default* estão expressas no artigo 25º. As *tecnologias de aumento da privacidade* também foram contempladas ao longo do texto normativo, como se vê no artigo 32º, ao considerar as “técnicas mais avançadas” na consecução da segurança do tratamento.

Corroborando a tendência de correção da matéria, o RGPD traz, além da reafirmação da autoridade independente de controle, toda uma seção dedicada à elaboração de códigos de conduta por parte dos diversos setores da sociedade civil e aos procedimentos de certificação em matéria de proteção de dados de sociedades empresárias (Seção 5, artigos 40º a 43º). Este nível de detalhamento não é encontrado na LGPD, que deixa tais instrumentos para regulamentação pela ANPD. O regulamento europeu prossegue pormenorizando as atividades relativas às transferências internacionais de dados, bem como à composição, funcionamento e competências das autoridades independentes de controle de proteção de dados, bem assim de instituições da União Europeia necessárias à estrutura do novo sistema proposto, como o Comitê Europeu de Proteção de Dados. Ainda que não necessariamente relacionado ao presente estudo, é de se registrar mais um ponto divergente entre o sistema europeu e brasileiro, porquanto no direito pátrio não foi possível o estabelecimento de uma autoridade absolutamente

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A13870C972461A8D0A069F155AAC762F?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27645>. Acesso em: 11 jul. 2022). No ano de 2019, a mesma corte europeia definiu que as desindexações requeridas pelos indivíduos restringem-se às versões do mecanismo de busca em execução no espaço da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça. *Processo C-507/17*. Google LLC, sucessora da Google Inc. v. Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL), julgado em 24 de setembro de 2019. Publicado em 25.11.2019. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=31644>. Acesso em: 11 jul. 2022).

⁴⁷⁷MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno Ricardo. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência, *cit.*, p. 169.

independente, com visto, quer pelo veto presidencial à redação originária da lei, quer pela reinsertão da ANPD como um “anexo” da Presidência da República⁴⁷⁸.

A partir do RGPD foram editados, ainda, normativos com vistas à atualização do sistema europeu. Nesse sentido a Diretiva n. 680, de 27 de abril de 2016, que disciplina o tratamento de dados para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais⁴⁷⁹. O normativo repete uma série de preceitos constantes do RGPD, notadamente em relação a definições, princípios e direitos de acesso, retificação e exclusão de informações pessoais, garantindo-se, no entanto, uma maior segurança em relação aos dados pessoais e os seus destinatários, detalhes que, olvidados no passado, deram azo à invalidação da Diretiva 2006/24/CE pela Corte de Justiça da União Europeia. Há, ainda uma categorização dos titulares de dados, entre pessoas sob suspeita de terem cometido ou prestes a cometer uma infração, condenados criminalmente, vítimas de infração penal e terceiros envolvidos (artigo 6º). O prazo inicial para transposição da diretiva findava em 6 de maio de 2018, a exceção de necessidades específicas para adequação dos sistemas de tratamento automatizados à normativa, que podem variar entre 6 de maio de 2023 ou de 2026, conforme o caso (artigo 63º).

Por fim, em 2018 foi editado o Regulamento 1.725, de 23 de outubro 2018⁴⁸⁰, disciplinando a mesma matéria em relação às autoridades da União Europeia. O documento revoga o Regulamento (CE) nº 45/2001, quanto à necessidade de adaptação da estrutura administrativa da UE para aplicação em paralelo com o RGPD, conforme determinado nos artigos 2º, n. 3 e 98 deste último. O normativo repete os preceitos do RGPD, tornando-os

⁴⁷⁸As críticas em relação ao ocorrido são uníssonas em relação à falta de independência da autoridade brasileira. Por todos, vejam-se BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Vitor Rozatti. Proteção de dados pessoais e o princípio democrático: a erosão da privacidade e os riscos à deliberação democrática, *cit.*, p. 117-121 e DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 459-469.

⁴⁷⁹UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. *Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016*. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HR_. Acesso em: 11 jul. 2022.

⁴⁸⁰UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. *Regulamento (UE) 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2018*. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1725&from=pt_. Acesso em: 11 jul. 2022.

aplicáveis no âmbito das instituições comunitárias, além de definir a organização administrativa da AEPD (composição, competência e atuação), dentro do novo sistema instituído pelo RGPD.

Não obstante a organização do sistema europeu atender ao caráter *modular* apontado por Guilherme Guidi (item 3.1), estruturando-se em camadas, o que se observa no âmbito da legislação europeia é um desenvolvimento lento e gradual, notadamente por envolver uma grande diversidade de Estados nacionais com valores políticos, econômicos e sociais distintos, mas que se consagrou como espaço pioneiro na regulação da privacidade em suas últimas fronteiras, servindo de inspiração para as legislações de países extracomunitários, incluindo o Brasil.

Ainda quando em vigor a Diretiva 95/46/CE, a lição de Rodotà em relação ao sistema europeu prenunciava sua utilização como referência para a nova concepção de privacidade que então se delineava. O modelo europeu uniu ao direito à privacidade nascido nos Estados Unidos a figura da autoridade independente, também concebida naquele país. Esse encontro só foi possível pelo uso da legislação, gerando uma forma de proteção de dados pessoais mais intensa do que a norte-americana, esta afeta a reduzidas intervenções do poder público e entregue à dinâmica do mercado. As diferenças entre esses dois modelos de regulação, no entanto, começavam a dar origem a uma “fecunda dialética”⁴⁸¹.

Para o autor italiano, uma análise da sociedade de vigilância sob o ponto de vista institucional perpassa pelo sistema europeu de proteção de dados, em que se observa a passagem da privacidade de mera “necessidade individual” a um elemento no quadro da nova “cidadania eletrônica”: “*Siamo così di fronte a un aspetto della libertà individuale e collettiva, a un’eliminabile garanzia contro ogni forma di potere, pubblico o privato che sia*”.⁴⁸²

Bem expostas as balizas da privacidade e seu atual contexto, passa-se à fase seguinte do presente estudo, atinente às dimensões da transparência administrativa.

⁴⁸¹RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 136-137.

⁴⁸²*Id. Ibid.*

4 TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E SEU CONTEÚDO

É possível identificar três grandes fases evolutivas da Administração Pública, como anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto: a primeira, a fase do *absolutismo*, coincide com a formação dos que se chama de Estados nacionais da Idade Moderna, a partir de 1453. Neste modelo, prevalece o interesse do monarca, enfeixando todo o poder em suas mãos, na chamada *administração regaliana*. Coincidindo com as revoluções liberais burguesas do século XVIII, vem a fase do *estatismo*, em que prevalece o interesse do Estado – agora um ente autônomo recém estruturado e desvinculado da figura do soberano-, conduzindo à formação da *administração burocrática* ou de “modelo weberiano”. A fase da *democracia* assiste à preponderância do interesse da *sociedade* e tem por principal característica a *administração gerencial*⁴⁸³. É a partir dessa cronologia que se pretende analisar a evolução da visibilidade das ações estatais, não sem antes identificar suas raízes nos albores da democracia.

As menções a uma administração transparente e a um princípio da transparência administrativa proliferaram a partir do final do século XX, na linha do que se convencionou chamar de *direito administrativo moderno*⁴⁸⁴, intensificando-se com o desenvolvimento da tecnologia, responsável por facilitar e diversificar os meios pelos quais seria possível acompanhar a atuação estatal.

A visibilidade dos atos do Estado e da atuação da Administração Pública aos cidadãos, porém, é bem anterior à amplitude de acesso hoje possível em virtude da internet. Remonta aos primórdios da democracia ateniense, passando pelos ideais revolucionários liberais burgueses e encontrando solo fértil na consolidação do Estado Democrático de Direito.

Se num primeiro momento a ideia de transparência administrativa poderia consubstanciar um corolário do princípio da publicidade administrativa, porquanto positivado em momento posterior a este, a conformação de seu conteúdo ao longo do tempo conduz a conclusão diversa, indo muito além de simplesmente tornar públicos os atos praticados pela Administração Pública.

⁴⁸³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17.

⁴⁸⁴Destaca-se, aqui a obra de Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

4.1 Origens: Estado, democracia e publicidade

A visibilidade das ações governamentais - uma das bases da transparência - está intimamente ligada à democracia. Não são poucos os autores que estabelecem a relação entre uma democracia forte e consolidada e o grau de transparência ou opacidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública.

É possível identificar esta relação desde a democracia ateniense, como anota Norberto Bobbio:

Como regime do poder visível, a democracia nos faz imediatamente pensar na imagem, transmitida pelos escritores políticos de todos os tempos que se inspiraram no grande exemplo da Atenas de Péricles da “Ágora” ou da “Eclésia”, isto é, da reunião de todos os cidadãos num lugar público com o objetivo de apresentar e ouvir propostas, denunciar abusos ou pronunciar acusações, e de decidir erguendo as mãos ou com cacos de terracota, após terem apreciado os argumentos pró e contra apresentados pelos oradores.⁴⁸⁵

O surgimento do Estado moderno e das monarquias absolutistas trouxe o recrudescimento do que o jusfilósofo italiano chama de *arcana imperii*, isto é, razões ocultas e misteriosas que guiam aqueles que detém o poder nos regimes autocráticos, fazendo com que as decisões administrativas passassem a ser tomadas nos recônditos dos gabinetes ou às portas fechadas dos conselhos secretos, longe dos olhos do público.

O *modus operandi* dos *arcana imperii* justificava as teorias pelas quais era permitido ao Estado tudo aquilo que não o era aos indivíduos, “obrigando-o” a agir em segredo para evitar o escândalo⁴⁸⁶. Este “poder invisível” opunha-se à noção de “governo do poder público em público”, célebre definição dada por Bobbio ao governo democrático⁴⁸⁷.

Os ideais liberais iluministas, culminando com a Revolução Francesa, serão responsáveis pelo resgate da concepção democrática ateniense. Nesse sentido, é frequente a menção de Jean-Jacques Rousseau à democracia direta da Grécia Antiga em comparação à democracia representativa⁴⁸⁸. Como anota Fabrício Motta, o período revolucionário será responsável pela consagração de dois importantes pilares do direito administrativo: a liberdade,

⁴⁸⁵BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 135.

⁴⁸⁶*Id. Ibid.*, p. 53-54.

⁴⁸⁷*Id. Ibid.*, p. 134.

⁴⁸⁸ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Teoria do poder político. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

de caráter político e filosófico, que deveria ser protegida a qualquer custo, e a legalidade, submetendo o poder estatal a um estatuto jurídico:

Esse cenário de consagração da liberdade por meio da submissão do estado à lei seria incompatível com a *opacidade* do exercício de qualquer manifestação de poder estatal, notadamente da função administrativa. Com efeito, a política do *segredo* torna-se incompatível com a consagração da vontade geral por meio da lei, debatida abertamente como regra em assembleias com livre acesso do povo.⁴⁸⁹

García de Enterría ressalta a importância dos ideais iluministas para a consolidação do que se chamará de Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, da publicidade dos atos da Administração Pública, que se organiza a partir da teoria de Rousseau sobre a vontade geral. Com fundamento no contrato social, o governante age de acordo com a vontade geral do corpo coletivo, conferindo-lhe legitimidade. As funções políticas seriam reduzidas à fórmula de “leis gerais e atos particulares para sua aplicação”, tudo aos olhos do povo⁴⁹⁰.

Na península itálica, por sua vez, é interessante notar a difusão das ideias iluministas por meio dos “catecismos republicanos”. Os catecismos laicos consubstanciaram instrumento de propaganda de ideias republicanas com o objetivo de orientar o povo para o novo regime. Difundidos durante o período da República Napolitana (1796 a 1799), eram direcionados à população que não havia participado da revolução, contrapondo-se à propaganda antifrancesa da igreja católica, defensora das ideias do Antigo Regime⁴⁹¹.

O formato de catecismo inspira-se na igreja católica, que fez uso desta modalidade como instrumento de doutrinação. O modelo era eficaz na aproximação do povo aos ideais republicanos, sintetizando de modo simples as principais definições a respeito de determinado tema. Geralmente consistia num pequeno livro de baixo custo que desenvolvia os temas de forma dialogada, por meio de perguntas e respostas, o que facilitava a aprendizagem mnemônica do texto e a consolidação do conhecimento por meio da repetição. A forma como o texto se apresentava não permitia nenhum tipo de discussão. Acessível a todos, era útil para moldar a figura do “bom cristão” e também do “bom cidadão”.⁴⁹²

⁴⁸⁹MOTTA, Fabrício Macedo. Publicidade administrativa e sua conformação constitucional. In: MARRARA, Thiago (Coord.) *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 368.

⁴⁹⁰GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madrid: Civitas, 1998. p. 24-25.

⁴⁹¹CAPOBIANCO, Rosaria. *I Catechismi laici nella Repubblica napoletana del 1799: un “multiforme apparato educativo”*. Tese (Doutorado em Ciências Psicológicas e Pedagogia). Universidade degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2005. p. 61-63. Disponível em: http://www.fedoa.unina.it/748/1/Capobianco_Rosaria.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁴⁹²*Id. Ibid.*, p. 100-102.

Nesse contexto, a liberdade de imprensa da República Napolitana permitiu a difusão de publicações como o “*Catechismo repubblicano per l’istruzione del popolo, e la rovina de’ tiranni*”, atribuído ao bispo da cidade de Vico Equense, Michele Natale, que trazia interessante menção à publicidade dos atos governamentais:

D. I rappresentanti a chi devono render conto della loro condotta?

R. Al Popolo. Esso deve giudicarli, quando escono dalle loro funzioni; e se il Popolo è stato servito male, li punirà corrispondentemente al loro delitto.

D. Vi è niente di segreto nel Governo Democratico?

R. Tutte le operazioni dei Governanti devono essere note al Popolo Sovrano, eccetto qualche misura particolare di sicurezza pubblica, che se gli deve far conoscere, quando il pericolo è cessato.⁴⁹³

Como fruto das ideias iluministas, uma das representações de caráter normativo da visibilidade das ações governamentais vem positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada pela Assembleia Nacional francesa em 26 de agosto de 1789:

Art. 14.º Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração;

Art. 15.º A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração⁴⁹⁴;

Veja-se que para além da positivação da participação ativa dos cidadãos, o ideário revolucionário europeu também se preocupava com a difusão das novas estruturas no seio da sociedade civil, mediante a utilização do modelo dos catecismos republicanos.

É interessante notar que a noção de Estado construída após a Revolução seguiu no sentido oposto aos princípios até então defendidos, dotando a Administração Pública de um caráter subjetivo e, conseqüentemente, de um poder maior até do que o próprio Antigo Regime. Neste aspecto, a submissão dessa estrutura administrativa a uma disciplina – à lei, ou, vale dizer, ao Direito Administrativo - consubstancia um dos resultados dos “dogmas jurídico-políticos da Revolução. Como aponta García de Enterría, o Direito Administrativo é o preço de

⁴⁹³NATALE, Michele. *Catechismo repubblicano per l’istruzione del popolo, e la rovina de’ tiranni*. Napoli: [s.n.]. 1799. p. 6-7. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=_ddF2hsBNGAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁴⁹⁴FRANÇA. Senado. Assembleia Nacional. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html. Acesso em: 20 ago. 2022.

uma dissidência pela qual a Revolução afasta-se de sua doutrina inicial, tornando-se um subproduto do processo revolucionário⁴⁹⁵.

Outro movimento digno de nota é a diferença entre os propósitos do que ocorria do outro lado do Oceano Atlântico com a Revolução Americana em comparação à sua homóloga europeia, o que terá reflexos na questão da publicidade das ações estatais e na transparência administrativa.

De fato, as primeiras liberdades consolidadas nas revoluções foram de caráter individualista (também chamadas “liberdades negativas”, direito à propriedade e à vida privada, por exemplo) e contratualista⁴⁹⁶.

No que tange às liberdades ditas “positivas” (liberdades políticas, como o direito ao voto), os anseios revolucionários franceses pendem entre o voluntarismo e o estatismo, este último manifestado na fórmula do Estado Democrático de Direito, necessário para a proteção da sociedade civil contra a autoridade do Estado, o *imperium* do Antigo Regime⁴⁹⁷.

A cultura revolucionária americana, por sua vez, possui um caráter historicista e individualista. Como anota Fioravanti, em solo americano, ao mesmo tempo em que se pretende romper com o histórico inglês por meio de uma Constituição escrita que garanta direitos e liberdades fundamentais, evita-se a estruturação de um Estado dotado de máxima concentração de poder (*imperium*, mas agora fora das mãos do déspota), permanecendo no fortalecimento do “binômio britânico” de liberdade e propriedade⁴⁹⁸.

Em relação ao caráter contratualista, enquanto na França a ideia era a de legitimar a classe política dos representantes que seriam responsáveis pela elaboração legislativa, rompendo com o mandato do déspota do Antigo Regime, os americanos negam a existência de uma representação política que não corresponda exatamente a todos os grupos de interesse que compõem o “povo soberano”. A postura dos revolucionários do Novo Mundo em relação à onipotência dos legisladores justifica-se porquanto a visão de representação “popular” que tinham era a do Parlamento inglês, que não os representava de modo coerente⁴⁹⁹.

Não por acaso, tais características geram consequências no constitucionalismo de ambos os países. Enquanto na França há menção a uma participação ativa dos indivíduos – o que se

⁴⁹⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*, cit., p. 41.

⁴⁹⁶FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1995. p. 50.

⁴⁹⁷*Id. Ibid.*, p. 68 e 106.

⁴⁹⁸*Id. Ibid.*, p. 86.

⁴⁹⁹*Id. Ibid.*, p. 88-91.

nota nos artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão transcritos acima – e a um conjunto de valores tendentes a uma sociedade mais justa, ainda que de modo ideal, a Constituição dos Estados Unidos funda-se na tutela dos direitos individuais, sem a presença de preceitos normativos que configurem valores ligados à igualdade e a direitos sociais a serem realizados futuramente de maneira coletiva⁵⁰⁰.

A partir desta sucinta análise histórica, torna-se evidente o porquê de a definição de privacidade ter florescido em solo estadunidense com tamanha desenvoltura, reflexo das garantias individuais arraigadas à revolução ocorrida naquele local, em detrimento do desenvolvimento da estrutura administrativa – e do próprio Direito Administrativo e seus princípios consecutórios -, fruto dos ideais revolucionários franceses. A separação Estado-sociedade do período liberal atua em ambas as direções, protegendo a sociedade e os indivíduos da interferência do poder público e esse mesmo poder de vontades particulares individuais e de grupos atuantes na sociedade civil⁵⁰¹.

Retornando ao âmbito filosófico, é possível encontrar na obra de Kant sobre o direito internacional - mais precisamente a paz entre os Estados - o enunciado do que ele mesmo chama de “fórmula transcendental do direito público”. A reflexão data de 1795, no segundo apêndice de *A paz perpétua*, que trata da “harmonia da política com a moral segundo o conceito transcendental no direito público”. Tomando como premissa que toda pretensão jurídica deve ter a possibilidade de ser publicada e que sem publicidade não haveria justiça e, conseqüentemente, direito, o autor alemão formula a seguinte proposição: “São injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens cujas máximas não se harmonizem com a publicidade.”⁵⁰²

Como princípio ético e jurídico, indica que se um ato não pode ser divulgado publicamente, por despertar reações contrárias a quem dele toma conhecimento a ponto de impedir sua execução, não deve ser considerado como justo, ou juridicamente válido. Para Kant, a asserção é indemonstrável como um axioma, mas fica clara quando exemplifica, no âmbito do direito interno, o direito de rebelião contra um governo soberano. A fim de que ela pudesse ser efetivada, seria necessário mantê-la em segredo⁵⁰³.

⁵⁰⁰FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, cit., p. 96-97.

⁵⁰¹*Id. Ibid.*, p. 106. No mesmo sentido, WERHAN, Keith. *Principles of administrative law*. Saint Paul: Thomson West, 2008. p. 10.

⁵⁰²KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008. p. 178.

⁵⁰³*Id. Ibid.*, p. 180.

O fato de uma ação tolerar a publicidade, por sua vez, não implica automaticamente que seja justa e, conseqüentemente, juridicamente válida. Para que uma ação seja jurídica e politicamente válida, prossegue Kant, sua publicidade deve ser fator imprescindível, do que decorre outro princípio transcendental do direito público, assim enunciado: “Todas as máximas que necessitam da publicidade (para não fracassarem no seu fim) concordam simultaneamente com o direito e com a política.”⁵⁰⁴

A transposição do raciocínio de Kant para a publicidade enquanto fundamento democrático conduzem à conclusão de que a visibilidade das ações do Estado coaduna-se com a submissão daquele aos ditames jurídicos, isto é, à legalidade, consubstanciando, ao fim e ao cabo, uma forma de controle. Retomando o magistério de Bobbio, comentando a mesma obra de Kant:

[A] exigência de publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque a publicidade é, por si mesma, uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é.⁵⁰⁵

Essa mesma ideia de controle pode ser verificada na obra de Habermas, quando este o corporifica na forma de “opinião pública”. Segundo este outro filósofo alemão, a publicidade decorre das funções do poder público definidas constitucionalmente, expressando-se desde os debates públicos do parlamento à publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário. A independência dos Poderes em relação ao Executivo e ao poder privado só estaria garantida por meio dessa visibilidade, a fim de que o público pudesse julgar, criticar e até mesmo revisar as decisões políticas. A maior ou menor relevância dessa opinião dependeria da oferta de atos governamentais visíveis. A resistência contra a publicidade, anota Habermas, veio da própria administração, não de eventual questionamento do sigilo para garantia do interesse público, mas por meio da burocracia que, nas mãos do *príncipe*, configura instrumento contra os interesses da sociedade civil burguesa. Ainda assim, relembra uma ordem do rei Guilherme Frederico III da Prússia, de 1804, para quem a publicidade “decente” consubstancia garantia para o governo e os súditos “contra a negligência e a má vontade dos oficiais e burocratas, merecendo de todos os modos ser estimulada e protegida”.⁵⁰⁶ A publicidade administrativa, portanto, é vital para uma democracia livre, promovendo uma opinião pública orientada, que

⁵⁰⁴KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*, cit., p. 184.

⁵⁰⁵BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, cit., p. 53-54.

⁵⁰⁶HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investiga ações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 104.

consiste num poder legítimo não sancionado juridicamente, que confronta o poder estatal, obrigado a tal proceder⁵⁰⁷.

A menção à burocracia, por seu turno, remete a outro pensador alemão, Max Weber, que reforça a tendência burocrática pela política do segredo: “[t]endencialmente, a administração burocrática é sempre uma administração que exclui o público. A burocracia oculta, na medida do possível, o seu saber e o seu fazer da crítica”⁵⁰⁸. A mesma advertência é feita por Bobbio, quando menciona a possibilidade de reaparecimento dos *arcana imperii* na forma de tecnocracia⁵⁰⁹.

Observa-se que não obstante os esforços dos ideais iluministas em extirpar a política do segredo e o poder absoluto do monarca, submetendo o Estado aos ditames da legalidade, a “ameaça” da opacidade surge do próprio corpo administrativo ora formado⁵¹⁰.

A questão da publicidade permeia inclusive a visão rawlsiana de justiça, que a identifica como uma das condições necessárias à criação de uma sociedade justa, permitindo aos indivíduos a escolha de princípios comuns a este objetivo. Aqui também há menção à matriz kantiana do imperativo categórico.

Uma terceira condição é a publicidade, que surge naturalmente em uma visão contratualista. As partes consideram que estão escolhendo princípios para uma concepção comum da justiça. Acreditam que todos saberão a respeito desses princípios tudo o que saberiam se a sua aceitação fosse o resultado de um consenso. Assim, a consciência geral de sua aceitação universal deveria ter efeitos desejáveis e apoiar a estabilidade da cooperação social. [...] O ponto importante da condição de publicidade é fazer com que as partes considerem as concepções da justiça como instituições da vida social publicamente reconhecidas e totalmente eficazes.⁵¹¹

A constatação do que aventado no campo filosófico corporifica-se na prática da Administração Pública, o que pode ser verificado até os dias atuais. Ao longo da pesquisa realizada para o presente trabalho foi encontrada interessante passagem na obra do jurista argentino Agustín Gordillo, originalmente de 1982, intitulada *La administración paralela*. A

⁵⁰⁷HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investiga ações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*, cit., p. 243.

⁵⁰⁸WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. v. 2, p. 225.

⁵⁰⁹BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, cit., p. 160.

⁵¹⁰Importante registrar que o modelo dito *weberiano* foi concebido à imagem de uma máquina, por sua previsibilidade e eficiência racional a partir de uma estrutura burocrática composta por funcionários treinados e especializados, submetidos a competências definidas numa estrutura fortemente hierarquizada (WEBER, Max. *Economia e sociedade*, cit., v. 2, p. 212 e 541-542). O modelo, no entanto, foi pensado anteriormente à crise de 1929 e à Segunda Guerra Mundial, não resistindo ao crescimento da Administração, notadamente após o advento do chamado Estado do bem-estar social (*welfare state*), apresentando deficiências diante das novas atividades exercidas pela Administração Pública (PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47).

⁵¹¹RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 143-144.

obra foi incorporada a um dos tomos de seu *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* e trata dos “usos e costumes” das administrações hispano-americanas, “à margem” do direito posto. Ao tratar da questão da publicidade e do silêncio, há uma reflexão interessante, quase anedótica, que merece ser transcrita:

La tradición administrativa hispanoamericana es del silencio, el secreto, la reserva, no la publicidad. No se trata de que el funcionario público considere que realiza con ello una actividad ilícita: Al contrario, él percibe que lo correcto, lo debido, lo lícito y normal, es ser celoso guardián de toda información administrativa, y sobre todo no proporcionársela a los administrados o terceros, pues ello puede “comprometerlo.” Si se le informa de la ley que dispone lo contrario, su incredulidad será genuina: Realmente él percibe a esa norma como ilegal [sic], no se sabe cómo ni porqué, pero tiene conciencia de que la conducta esperada de él por la sociedad en la cual se encuentra, no es en absoluto la descrita en la ley sino aquella que sin ninguna dificultad aprehende de sus superiores y compañeros de trabajo; que por otra parte es exactamente la misma con la cual se debe enfrentar en cuanto administrado frente a otras reparticiones.⁵¹²

Retomando-se a noção de controle exposta acima, é importante trazê-la ao contexto atual. Neste ponto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal aposentado Carlos Ayres Britto faz importante distinção entre *controle social do poder e participação popular*. O primeiro estaria na seara do direito público subjetivo do cidadão, em normativos preexistentes à sua manifestação de vontade. Esse controle social permitiria ao indivíduo tomar conhecimento das ações estatais para defender direitos e interesses pessoais ou gerais, e poderia ser exercido, por exemplo, pelo direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição Federal⁵¹³.

A participação popular, por sua vez, é expressão do poder político, que permite ao indivíduo participar diretamente na gestão das decisões governamentais e na elaboração do conteúdo dos atos da administração que culminarão com o efetivo direcionamento na formulação de políticas públicas⁵¹⁴.

Essa participação do indivíduo nos processos decisórios da Administração Pública representa a quebra da barreira existente entre ambos, traduzindo a chamada “administração consensual”⁵¹⁵, na medida em que se busca a harmonização das ações para a consecução do

⁵¹²GORDILLO, Agustín Alberto. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: FDA, 2012. t. 6, p. AP-II-9 – AP-II-10.

⁵¹³BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre o “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, FGV, Rio de Janeiro, v 189, p. 115, jul./set. 1992. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45286/47723>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁵¹⁴*Id. Ibid.*, p. 120.

⁵¹⁵Sobre o tema, veja-se OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859/70467>. Acesso em: 12 ago. 2021.

interesse público, conferindo legitimidade às manifestações de poder, “direcionando e controlando as opções e as escolhas”⁵¹⁶. O tema será retomado com maior profundidade a seguir, merecendo destaque a seguinte passagem de Odete Medauar:

O *secreto, invisível*, reinante na Administração tradicional mostra-se contrário ao caráter democrático do Estado. A visibilidade na atuação administrativa contribui para garantir direitos dos administrados; em nível mais geral, assegura condições de legalidade objetiva porque atribui à população o direito de conhecer o modo como a Administração age e toma decisões; “abate o muro secreto da cidadela administrativa”, possibilitando o controle permanente sobre suas atividades; visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade congregam-se e se vinculam a controlabilidade dos atos dos detentores do poder. Com a publicidade como regra tem-se “o diálogo em lugar do mutismo, a transparência em lugar da opacidade”; e suscita-se a confiança do cidadão na Administração.

É possível evoluir ainda mais no raciocínio. Num contexto em que a liberdade se consolida com a submissão do Estado à lei, não há lugar para uma ação administrativa obscura ou da política do segredo, de sorte que para além de um poder visível tal como preconizado por Bobbio, há a necessidade de que esse poder seja igualmente previsível⁵¹⁷.

A publicidade garante a certeza das ações estatais, conferindo segurança jurídica ao agir administrativo e, conseqüentemente, aos direitos dos indivíduos. É esta segurança jurídica que permite a manutenção do elemento de confiança entre o cidadão e o Estado⁵¹⁸, tal como preconizado por Rousseau no chamado contrato social. Canotilho anota que “[a]trás do princípio da publicidade, está a exigência de segurança do direito, a proibição da *arcana praxis* (política de segredo), a defesa dos cidadãos perante os actos do poder público”⁵¹⁹.

Do exposto, é possível depreender-se que há, pois, uma estreita ligação entre os princípios da legalidade, da publicidade e da segurança jurídica, e de sua relação direta com a democracia⁵²⁰.

A visibilidade das ações administrativas - possível a partir da submissão do Estado à legalidade - permite o controle do exercício do poder estatal por quem realmente o detém – o povo –, configurando um elemento de estabilização social. A publicidade torna mais efetiva a participação social, mitigando as imperfeições da democracia representativa ao franquear não só o conhecimento dos atos dos representantes eleitos, mas também do corpo burocrático,

⁵¹⁶MOTTA, Fabrício Macedo. Publicidade administrativa e sua conformação constitucional, *cit.*, p. 372.

⁵¹⁷*Id. Ibid.*, p. 368.

⁵¹⁸ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 240.

⁵¹⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1165.

⁵²⁰MOTTA, Fabrício Macedo. Publicidade administrativa e sua conformação constitucional, *cit.*, p. 369.

formado por agentes públicos integrantes do quadro administrativo técnico permanente, uma das consequências do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

4.2 O “território” da publicidade: ampliações da definição

A atual concepção da Administração Pública amplia a definição da publicidade administrativa para a dimensão da comunicação estatal. Se no início a publicidade administrativa era definida sob seu aspecto meramente formal, enquanto divulgação oficial dos atos administrativos para conhecimento público e produção de seus efeitos jurídicos externos⁵²¹, o desenvolvimento da atividade administrativa aponta para a existência de diversas formas do agir comunicativo do Estado.

Como visto no item anterior, a comunicação do Estado garante a legitimidade de suas ações e, conseqüentemente, a estabilidade da ordem social. Acentuam ainda mais essa necessidade o que foi relatado quando da análise da privacidade: a relação indissociável entre informação e poder, bem assim o fluxo de informações proporcionado pelo atual estágio da tecnologia desde o advento da internet. Num contexto em que se buscam relações consensuais entre Administração Pública e indivíduo, é a comunicação entre Estado e indivíduo que permite, por exemplo, o conhecimento das ações atinentes à implementação e execução políticas públicas, garantindo seu direcionamento por quem delas usufrui⁵²². Na dicção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

De um lado, assim, as barreiras da *ordem jurídica*, impostas pelos padrões da lei, e, de outro, a da *vontade popular*, impostas, se possível, permanentemente, através da *participação política*. Estava feita a distinção entre a democracia clássica, voltada à *escolha dos governantes* e a democracia emergente deste final do século XX, voltada à *escolha de como se quer ser governado*.⁵²³

Sob o aspecto “originário” da publicidade formal, é possível a distinção proposta por Edmir Netto de Araújo entre publicidade *geral*, como aquela corporificada na publicação no órgão oficial de imprensa do Estado - em geral o “Diário Oficial” - e *restrita*, destinada aos interessados diretos no conhecimento do ato da Administração Pública. Esta pode constituir-se por meio de comunicação, citação ou intimação do indivíduo ou por divulgação física em local

⁵²¹ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 82.

⁵²²MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 383.

⁵²³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 41.

próprio da repartição administrativa (afixação), ou pode reclamar uma atitude positiva do indivíduo para sua obtenção junto ao órgão público, quando se trata de hipótese de publicidade geral obrigatória ou diga respeito à obtenção de informações de posse da Administração Pública. É o caso de comunicações de decisões administrativas em pedidos de caráter individual-privado ou de pedidos de certidões ao poder público⁵²⁴.

A comunicação estatal, no entanto, atinge dimensões que vão agregando importância cada vez maior a esta função estatal, que não teria sido devidamente considerada pela comunidade científica, como afirma Edwin Czerwick em estudo sistemático dessas novas estruturas, realizado em 1997. A comunicação estatal, segundo o autor, deveria ser compreendida como uma cola que uniria a Administração Pública ao seu ambiente social, função cujos ganhos qualitativos e quantitativos teriam garantido maior transparência administrativa⁵²⁵.

A publicidade educativa consubstancia uma dessas dimensões do agir comunicativo do Estado, como ensina Thiago Marrara. Intimamente ligada à seara das políticas públicas, implica a atuação de entidades públicas na orientação dos indivíduos destinatários dos programas implementados pelo Estado e pode ocorrer por meio de divulgação direta e pessoal, como na atuação de equipes de conscientização em campo, ou indireta, na utilização dos meios de comunicação em massa, como as peças publicitárias veiculadas nas mídias tradicionais (rádio, televisão, revistas e jornais) ou em redes sociais para o fomento de campanhas de vacinação⁵²⁶. Abrange não só a educação propriamente dita, enquanto busca pela formação intelectual do cidadão/administrado, mas também o caráter de informar e orientar.

É possível, ainda, compreender a publicidade educativa desvinculada de ações específicas da Administração Pública, quando destinada a difundir valores públicos. Neste ponto, é de se registrar a advertência feita por Marrara em relação à expressão: por valores públicos entendem-se os relativos à conscientização para o exercício da cidadania, portanto totalmente desprovidos de caráter religioso, político-partidário ou ideológico⁵²⁷.

⁵²⁴ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 83.

⁵²⁵No original: “*In diesem Sinne ist Kommunikation als ‚Kitt‘ zu verstehen, der die öffentliche Verwaltung mit ihrer gesellschaftlichen Umwelt verbindet. Darüber hinaus schaffen die qualitativen und quantitativen Veränderungen der Kommunikationsfunktion der öffentlichen Verwaltung günstige Bedingungen für ein Mehr an Öffentlichkeit und Transparenz.*” (CZERWICK, Edwin. *Strukturen und Funktionen der Verwaltungskommunikation*. *DÖV*, v. 50, n. 23, p. 973, dez. 1997).

⁵²⁶MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação, cit., p. 386-387.

⁵²⁷*Id. Ibid.*, p. 387.

No Brasil, a publicidade educativa tem *status* constitucional, prevista no § 1º do artigo 37 da Constituição, quando fixa as vedações à comunicação publicitária do Estado:

Art. 37 [...]

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Quando a publicidade educativa se volta para dentro da própria Administração, temos a dimensão da chamada publicidade interna. Esta pode ocorrer no âmbito do mesmo ente administrativo (intra-administrativa), entre os agentes públicos ou entre diversos órgãos daquele ente, ou entre órgãos de entes administrativos distintos (interadministrativa)⁵²⁸. Trata-se de uma das dimensões da publicidade administrativa de caráter mais moderno e condizente com o atual estágio de desenvolvimento tecnológico e conforme as atuais noções de eficiência e de apresentação da administração como uma corporação eminentemente pública, como se verá a seguir.

Edwin Czerwick propõe a sistematização da publicidade interna em três funções principais. Inicialmente, ligada à comunicação de gestão e coordenação (*Führungs und Abstimmungskommunikation*) dos agentes públicos no exercício de suas funções, permitindo a troca de informações entre funcionários dentro de uma unidade ou entre unidades diferentes, a fim de manter o corpo funcional atualizado e coordenado para uma atuação uniforme. Tudo pode ser regulado por estruturas normativas ou estipulações em instrumentos próprios, como convênios, bem como coordenada por reuniões e encontros para alinhamento de estratégias⁵²⁹. A função é de enorme utilidade em estruturas administrativas de grandes proporções, como as de âmbito federal no Brasil, sendo possível visualizar sua aplicação na execução de políticas públicas que exigem coordenação entre órgãos de diversos entes federativos, como no caso do Sistema Único de Saúde (SUS).

Outra função destacada por Czerwick é a atinente à avaliação de “informações ambientais”, isto é, provenientes do ambiente externo (*Umweltinformation*). A aplicação desta função dá-se pela absorção e difusão dos *inputs* vindos do ambiente externo, sejam positivos ou negativos, o chamado *feedback*. Isso ocorre, por exemplo, através de canais de comunicação abertos pela Administração Pública para serem utilizados pelos indivíduos para apresentação de sugestões, reclamações, denúncias, dúvidas ou solicitações (como por exemplo os canais

⁵²⁸MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação, *cit.*, p. 399.

⁵²⁹CZERWICK, Edwin. Strukturen und Funktionen der Verwaltungskommunikation, *cit.*, p. 976.

dos sistemas eletrônicos de informação ao cidadão – “e-SICs”, as ouvidorias ou os chamados *obudsman*). Também pode ser verificada pelo acompanhamento dos meios de comunicação em massa, para percepção das influências positivas e negativas da atuação estatal e difusão dessas informações no meio administrativo, orientando a tomada de decisões⁵³⁰.

A importância prática desta função reside, uma vez mais, no processo de formulação das políticas públicas, notadamente nas fases de identificação do problema e formação de agenda⁵³¹.

A identificação dos “problemas da sociedade”, entendidos como uma discrepância entre as condições de vida numa sociedade e certos *standards* sociais, é importante para distingui-los dos chamados “problemas de política”, característicos de uma situação desejada e a tecnologia social disponível para sua consecução, e dos “problemas de governo”, oriundos da diferença entre o que se espera de um governo sob o ponto de vista normativo e funcional e sua real eficácia⁵³². O primeiro exemplo é fundamental para que os primeiros tipos de problema sejam identificados.

No que tange à formação da agenda, ambos os exemplos permitem a identificação dos atores (público relevante, mídia, grupos de interesse da sociedade civil organizada, demandas individuais etc.) a fim de que um problema passe a integrar a agenda política, que contém os temas que merecerão atenção pública⁵³³.

Por fim, destaca-se a função voltada ao gerenciamento dos recursos humanos do corpo administrativo (“*Personalpflege*”, na dicção de Czerwick), por meio de veículos de comunicação institucionais, promoção de encontros e debates e de políticas de capacitação. Destinadas ao público interno da Administração Pública, as ações têm por objetivo induzir a motivação dos agentes públicos administrativos a fim de construir uma “identidade corporativa pública”⁵³⁴.

A iniciativa de transportar práticas típicas de corporações privadas para o âmbito da Administração Pública, a exemplo de análises de planejamento estratégico, dos princípios de governança e de formação de identidade corporativa, tem por objetivo romper com a concepção

⁵³⁰CZERWICK, Edwin. *Strukturen und Funktionen der Verwaltungskommunikation*, *cit.*, p. 977.

⁵³¹SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 34-36.

⁵³²SJÖBLOM, Gunnar. Problemi e soluzioni in politica. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, ano 14, n. 1, p. 56-57, abr. 1984.

⁵³³COBB, Roger W.; ELDER, Charles D. *Participation in American politics: the dynamics of agenda-building*. 2. ed. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1983. p. 103-108.

⁵³⁴CZERWICK, Edwin. *Strukturen und Funktionen der Verwaltungskommunikation*, *cit.*, p. 978.

arcaica da estrutura administrativa morosa e burocrática, com vistas à consecução de uma atuação eficaz. Trata-se de um movimento chamado de *new public management*, de origem inglesa, que se disseminou nas reformas da Administração Pública perpetradas em nível mundial na década de 1990 até os primórdios do século XXI⁵³⁵.

No Brasil, a compreensão deste novo viés da atuação estatal não foi imediata. Iniciativas de publicidade institucional interna foram vistas, ainda no início dos anos 2000, como práticas que violavam o princípio da impessoalidade consagrado no § 1º do artigo 37 da Constituição, transcrito acima. Nesse contexto, foram ajuizadas diversas ações populares e ações civis públicas com vistas à indenização do erário pelo que se compreendia como uma espécie de “publicidade pessoal” escamoteada, pretensões que eram debeladas pelo Poder Judiciário⁵³⁶. A calibragem dos entendimentos efetivada ao longo dos anos permitiu que o foco da atuação dos órgãos fiscalizadores e ministeriais se dirigisse efetivamente à propaganda pessoal travestida de publicidade educativa ou interna.

Os novos desafios sobre o tema recaem, uma vez mais, sobre o uso das redes sociais. Atenta aos novos mecanismos comunicacionais e a penetração de cada qual conforme o público-alvo a ser atingido, o espaço virtual também vem sendo utilizado pela Administração Pública, por meio da inserção de peças publicitárias ou mesmo da criação de perfis oficiais, que contam com certificações das empresas proprietárias daquelas redes após confirmação da origem das publicações. Há uma zona cinzenta, no entanto, quando eventualmente esses perfis oficiais façam menção aos perfis particulares dos detentores dos cargos eletivos, por meio de marcações (*hashtags*) ou *links* diretos para essas outras páginas. As novas situações surgem conforme o desenvolvimento tecnológico das comunicações, reclamando estrutura normativa escalonada para que possam ser identificadas e coibidas com celeridade.

A amplitude do princípio da publicidade vai além, contemplando outras duas dimensões importantes para o presente estudo, as quais serão vistas a seguir.

⁵³⁵MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 151.

⁵³⁶Ilustrativo deste movimento inicial é o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em ação popular ajuizada nos anos 2000 com vistas à indenização do erário pela edição de publicação interna destinada aos funcionários da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, intitulado “Jornal da CPTM”. Julgando totalmente improcedente a demanda, registrou o relator em seu voto, quanto ao informativo: “No caso, o “Jornal da CPTM” de fls. 29/31 vº, ao que se verifica, destina-se à veiculação interna, o que se diz ante a alegação incontroversa de que a circulação se dá no âmbito de suas unidades, tendo por escopo a integração entre os empregados, estimulando-os a se dedicarem ao trabalho. Pelo jornal, verificam o resultado de seus esforços.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação Cível com Revisão nº 317.719-5/6-00*. Relator: Desembargador Gonzaga Franceschini. São Paulo, 19 de abril de 2006. Diário da Justiça do Estado de São Paulo, 30 mai. 2006. p. 112).

4.3 Transparência e participação: novas dimensões da publicidade

A publicidade-transparência, entendida como a disponibilização e acesso às informações de posse da Administração Pública, tem duplo objetivo: inicialmente, permitir que o indivíduo possa exercer seus direitos de cidadania, obtendo os dados necessários junto ao poder público – o “controle social”, segundo Carlos Ayres Britto, mencionado acima – pelo exercício do direito de petição, de obtenção de certidões ou pelo acesso a processos administrativos que corporifiquem a atuação administrativa.

O segundo escopo diz respeito à ampliação das possibilidades de controle dos atos estatais para além dos órgãos administrativos (controladorias, tribunais de contas, Ministério Público e demais órgãos de controle interno) e de instrumentos judiciais (ação popular, mandado de segurança etc.), permitindo a maior visibilidade possível à sociedade civil⁵³⁷.

A concretização desta modalidade de publicidade ocorre, nos tempos atuais, por meio da divulgação dos atos da Administração Pública nas grandes mídias, tradicionais ou modernas, bem assim nos “portais de transparência” contidos nos sítios eletrônicos dos órgãos administrativos na internet, em que a informação deve ser disponibilizada da maneira mais clara e acessível possível ao “cidadão-médio”⁵³⁸.

Esse aspecto da publicidade-transparência, no entanto, não é novo, nem um “privilégio” do atual estágio do desenvolvimento tecnológico. Hely Lopes Meirelles já mencionava sobre a publicidade dos processos administrativos em andamento, incluídos todos os documentos e expedientes fisicamente neles contidos: “[t]udo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais.”⁵³⁹

Aspecto interessante que compõe a publicidade-transparência refere-se ao conteúdo do ato, no que concerne à obrigatoriedade de *motivação*: mais do que a disponibilização da corporificação material do agir administrativo, é necessário que o seu conteúdo seja igualmente transparente, de modo que o indivíduo que a ele tenha acesso possa analisar os argumentos que conduziram à consecução do ato estatal, bem assim as suas consequências. Nesse sentido, a legislação brasileira contém determinações quanto à obrigatoriedade e os critérios da motivação do ato estatal decisório (artigo 50, *caput* e § 1º, respectivamente, da Lei Federal nº 9.784, de 29

⁵³⁷MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação, *cit.*, p. 391.

⁵³⁸*Id. Ibid.*, p. 392.

⁵³⁹MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 102.

de janeiro de 1999), bem como da obrigatoriedade de indicação da necessidade e adequação da medida e suas consequências jurídicas e administrativas (artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, na redação conferida pela Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018). A motivação, no entanto, teve importância fundamental na construção histórica do conteúdo da transparência administrativa, desprendendo-se da publicidade para ganhar contornos próprios, os quais serão analisados de maneira mais aprofundada adiante.

Por fim, tem-se a publicidade-participação, que para alguns autores estaria ligada diretamente à transparência administrativa⁵⁴⁰. Para Marrara, porém, a diferença estaria na concepção da participação como elemento de compartilhamento do poder decisório da Administração Pública com a sociedade⁵⁴¹.

Essa participação teria tomado contornos cada vez mais complexos, a partir do surgimento de uma *sociedade pluralista*. Diogo Moreira Neto aponta as transformações da sociedade no que chama de *polígono de mobilidades*, composto por diversas alterações decorrentes da evolução tecnológica e da globalização. Assim, a mobilidade da informação, alterando o tempo e a distância após o advento da internet; a mobilidade de produção, internacionalizando a economia; a mobilidade financeira, com a internacionalização do sistema monetário e o surgimento da moeda eletrônica (hoje, a criação das criptomoedas); e a mobilidade social, que além de vertical passa a ser horizontal, caracterizada pela multiplicidade de relações interpessoais hoje possíveis.⁵⁴² De modo semelhante a alterações introduzidas num organismo vivo, essas mudanças induzem recombinações e replicações, culminando com o surgimento de uma sociedade pluralista, definida como uma “constelação de módulos de interesses diversificados em torno dos quais gravitam e se agregam, em câmbio permanente, os indivíduos e as entidades de sua criação.”⁵⁴³

A publicidade-participação parte da necessidade de superação do agir estatal com fundamento exclusivo no arcabouço normativo, insuficiente para conferir a legitimação democrática adequada às decisões administrativas. Vê-se, aqui, mais um problema da democracia representativa e do pluralismo da sociedade, e sua aparente incompatibilidade,

⁵⁴⁰MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da transparência. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 422. No mesmo sentido MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 83.

⁵⁴¹MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação, *cit.*, p. 394.

⁵⁴²MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, *cit.*, p. 37-38.

⁵⁴³*Id. Ibid.*, p. 38.

exposta por Bobbio. A impossibilidade de adoção de uma forma de democracia direta nas grandes estruturas estatais e a existência de uma sociedade pluralista subjacente aos regimes democráticos representativos é o que permite o surgimento de uma característica da democracia dita “dos modernos” em comparação com a democracia “dos antigos”: o dissenso. É a existência do dissenso que estimula a sociedade e permite que a democracia representativa alcance um verdadeiro consenso real⁵⁴⁴.

Numa visão mais otimista, faz-se presente a lição de José Afonso da Silva:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.⁵⁴⁵

Nesse sentido, a possibilidade de participação do indivíduo configura uma evolução da administração anteriormente engessada na submissão única ao princípio da legalidade, quando os modos de atuação do administrado ocorriam por delegação do poder público ou mediante colaboração em atividade paralela⁵⁴⁶. A participação direta do indivíduo na gestão e no controle da Administração Pública é característica essencial do Estado Democrático de Direito, aproximando o particular da Administração e diminuindo as barreiras entre o Estado e a sociedade⁵⁴⁷. A introdução de mecanismos que permitem o diálogo entre a Administração Pública e os administrados na busca de um consenso é o que garante a maior legitimidade reclamada pelos múltiplos setores da sociedade e permite que a atuação estatal avance na consecução do bem comum.

Ainda que a menção à participação venha acompanhada do vocábulo “popular”, esclarece o Marcos Perez que o instituto visa a integrar o cidadão direta ou indiretamente na

⁵⁴⁴BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, cit., p. 95-104. Essa mesma visão associada da participação ao pluralismo está presente em HOMERCHER, Evandro Teixeira. O princípio da transparência: uma análise de seus fundamentos. *Interesse Público - IP*. Belo Horizonte, v. 10, n. 48, p. 281, mar. 2008.

⁵⁴⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 119-120.

⁵⁴⁶DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, FGV, Rio de Janeiro, n. 191, p. 28-29, jan./mar. 1993. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45639/47412>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁵⁴⁷*Id.*, p. 32.

execução da função administrativa, independentemente do pertencimento a uma classe popular ou a uma elite econômica, uma vez que não há distinção desta magnitude no ordenamento⁵⁴⁸.

A publicidade aliada à participação, na visão de Czerwick, permitiria ao Estado transmitir uma imagem positiva à sociedade (auto apresentação e construção de imagem - *Selbstdarstellung und Imagebildung*), ampliando a cooperação dos atores sociais na execução de políticas públicas e demais medidas administrativas e permitindo a obtenção de informações da sociedade civil de maneira mais objetiva⁵⁴⁹.

Neste ponto, faz-se importante a menção ao escólio de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do que chamou de *mutações* do Direito Administrativo. O professor fluminense faz uso frequente de classificações hierarquizadas, facilitando a compreensão e conferindo visão sistematizada da matéria.

Em relação ao tema da participação, ensina o autor que nas reformas do Estado com vistas à implementação da *administração gerencial*, portanto na “fase democrática” da evolução da Administração Pública, foram estabelecidos como orientadores da racionalidade reclamada pela sociedade naquele momento os “megaprincípios” da eficiência e da legitimidade. Desses dois derivariam três grandes ordens de princípios que passariam a fundamentar os novos contornos da Administração Pública, sendo a primeira de caráter político – princípios da subsidiariedade e da participação política –, a segunda de caráter técnico – princípios da autonomia e da profissionalização –, e a última, com viés jurídico – princípios da transparência e da consensualidade⁵⁵⁰.

O princípio da transparência seria instrumental para a realização do princípio da participação, sendo este último um consectário da consensualidade, objetivo que se começava a perseguir nas decisões administrativas dentro deste novo panorama do Direito Administrativo⁵⁵¹. Outra distinção interessante em relação ao tema é a gradação feita pelo autor em relação à participação política, gênero que abrangeria a participação administrativa, esta por sua vez com diversas manifestações no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁵².

Como manifestações concretas desses mecanismos de participação no Brasil – ou espécies de *participação administrativa*, na dicção de Moreira Neto –, é possível mencionar as audiências e consultas públicas, bem assim os Conselhos de Usuários no âmbito das diversas

⁵⁴⁸PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*, cit., p. 92.

⁵⁴⁹CZERWICK, Edwin. *Strukturen und Funktionen der Verwaltungskommunikation*, cit., p. 975-976.

⁵⁵⁰MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 18-19.

⁵⁵¹*Id. Ibid.*, p. 25-26.

⁵⁵²*Id. Ibid.*, p. 210.

agências reguladoras de serviços públicos, da participação na formulação da política orçamentária (artigo 48 da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) e na gestão dos sistemas de saúde e educacional. Importante notar que tais expedientes não estão restritos à Administração Pública, estando presentes também no Poder Judiciário, como no caso das audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal com vistas a subsidiar o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (artigo 9º, § 1º da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999), e no Poder Legislativo, na hipótese de submissão de projetos de lei a consulta pública (*enquête*) em plataformas eletrônicas colaborativas, como ocorreu no âmbito da elaboração do MCI.

Chamaram a atenção durante as pesquisas realizadas para o presente trabalho duas classificações interessantes no direito estrangeiro sobre a participação dos indivíduos, que se traduzem numa visibilidade maior das ações do Estado e, conseqüentemente, na consecução do Estado Democrático de Direito. A primeira delas, dos administrativistas espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, que identificam três círculos de atuação cidadã: orgânica, funcional e cooperativa⁵⁵³. Na primeira e mais “rica” em conteúdo, o indivíduo é incorporado a um órgão da Administração Pública como “cidadão comum”, seja esse órgão de caráter corporativo (como conselhos de classe) ou organizados com base no modelo burocrático. Aqui estariam a participação em órgãos auxiliares de assistência externa ou em órgãos de decisão, além da participação na qualidade de representantes de interesses ou na condição de especialistas e determinado assunto⁵⁵⁴. Esta última é de grande utilidade, no Brasil, na execução de políticas públicas, quando se inclui a participação cidadã específica em comissões de monitoramento e acompanhamento do programa, ou em comissões examinadoras em concursos públicos.

A participação funcional implica o desempenho de funções administrativas pelo indivíduo a partir de sua atuação privada, sem integrar órgão administrativo formal. É a hipótese de participação em audiências ou consultas públicas, denúncias ou até mesmo no instrumento jurídico-processual da ação popular⁵⁵⁵. Na participação cooperativa, por fim, o indivíduo colabora com a sua atuação privada, pura e simples, de maneira paralela *com* a Administração Pública, num interesse geral que o Estado defenda. Aqui estão, por exemplo, desde a atuação do particular, por exemplo, quando a Administração apela para a parcimônia no consumo de

⁵⁵³GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Fróes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 113-114.

⁵⁵⁴*Id. Ibid.*, p. 115-119.

⁵⁵⁵*Id. Ibid.*, p. 119-120.

energia e de água em períodos de estiagem para evitar racionamento, até as hipóteses de “fomento”, com incentivos para a atuação de determinados grupos de interesse ou econômicos em determinadas esferas de interesse da Administração, e o reconhecimento de entidades de “utilidade pública”.⁵⁵⁶

Outra classificação interessante do Velho Mundo e que tem ligação direta com o tópico ora desenvolvido em relação à visibilidade da informação pública é a proposta por Jacques Chevallier. O autor francês distingue, inicialmente, a participação oriunda do que chama de “informação ascendente”, isto é, o aperfeiçoamento da disponibilização da informação por parte da Administração Pública, a fim de melhorar a qualidade das decisões. As unidades administrativas responsáveis pela coleta, armazenamento e tratamento da informação, dotadas de uma relativa independência no seio da Administração Pública, fornecem aos indivíduos dados técnicos que evitam erros, bem como informações necessárias sobre a situação presente, os resultados de ações passadas e as consequências previsíveis de certas escolhas. Esta modalidade de participação estaria de acordo com o modo de comunicação tradicional, porquanto é a administração que detém os recursos informacionais necessários ao agir estatal. Tornando-se cada vez mais sensível aos anseios da sociedade, há uma tendência, segundo o autor, de interiorização progressiva das demandas dos cidadãos⁵⁵⁷.

A consulta ao meio social configura outra modalidade de participação anotada por Chevallier, que ocorrer por meio de representantes encarregados de corporificar a diversidade de interesses sociais ou por meio de enquetes públicas diretas⁵⁵⁸. Há, ainda, a concertação, que engendra um processo de elaboração conjunta em que a Administração Pública renuncia à imperatividade de seus pontos de vista para discutir com os representantes do meio social, a fim de que estes participem da definição de suas ações de modo consensual. Por fim, a participação por incorporação, similar à participação orgânica indicada por García de Enterría e Fernández⁵⁵⁹.

Ao fim e ao cabo, como anota Marcos Augusto Perez⁵⁶⁰, a classificação dos instrumentos de participação do cidadão na Administração Pública varia de acordo com o referencial adotado. Assim, é possível sistematizar o estudo dos institutos com base na força

⁵⁵⁶GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 120-122.

⁵⁵⁷CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*. 6. ed. Paris: PUF, 2019. p. 425-426.

⁵⁵⁸*Id. Ibid.*, p. 426-427.

⁵⁵⁹*Id. Ibid.*, p. 428.

⁵⁶⁰PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*, cit., p. 131-133.

vinculante e grau de poder conferido aos administrados (vinculante, não vinculante ou vinculante e autônoma - autogestão)⁵⁶¹, na condição pessoal em que o administrado participa da decisão⁵⁶², na posição do indivíduo frente à Administração (como sugerem García de Enterría e Fernández), na natureza *juspolítica* da decisão tomada (concretas e individualizáveis ou normativas e não individualizáveis)⁵⁶³, na natureza da participação⁵⁶⁴ ou no tipo de procedimento adotado (Chevallier).

As formas de participação popular são responsáveis por decisões de caráter cooperativo, em que são ponderados os riscos e benefícios inerentes à escolha efetivada em conjunto, respondendo de maneira mais efetiva aos anseios sociais e atendendo não só à legalidade formal, mas também aos valores não escritos, plasmados no sistema jurídico⁵⁶⁵.

Nessa linha de raciocínio, é importante ressaltar as advertências em relação a um possível caráter vinculante absoluto às manifestações trazidas a esses foros de discussão, sob pena de incorrer-se em decisões distorcidas em virtude de influência de determinados grupos de poder, de autoridades políticas ou mesmo por ausência de conhecimento técnico⁵⁶⁶.

Ao fim e ao cabo, a ampliação da definição da publicidade nas ramificações expostas no presente item reforça a ideia de democracia e consolida o Estado Democrático de Direito, na medida em que confere sustentação à atuação administrativa e concreção a uma série de princípios jurídicos basilares do Direito Administrativo.

4.4 Direitos relativos à informação em poder do Estado

A menção à publicidade em sua dimensão participativa conduz a outro elemento importante do conteúdo da transparência: o dos direitos relativos à informação em poder da Administração Pública. Como adverte Heli Alves de Oliveira, “a participação popular nas

⁵⁶¹Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 426-428.

⁵⁶²SÁNCHEZ MORÓN, Miguel Sánchez. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980. p. 102-107.

⁵⁶³FERRIER, Jean-Pierre. La participation des administrés aux décisions de l'administration. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, v. 90, n. 3, p. 663-690, 1974.

⁵⁶⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública, *cit.*, p. 26-39.

⁵⁶⁵A advertência é feita por García de Enterría e Fernández (*Curso de direito administrativo. cit.*, p. 114), por Thiago Marrara (O princípio da publicidade: uma proposta de renovação, *cit.*, p. 396) e também por Edwin Czerwick (Strukturen und Funktionen der Verwaltungskommunikation, *cit.*, p. 975).

⁵⁶⁶MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação, *cit.*, p. 398.

decisões públicas requer, antes de tudo, que se esteja bem-informado, sob pena de cair no no cego voluntarismo”⁵⁶⁷.

Diversas são as nuances dos direitos relacionados à informação, sendo possível desenvolver a explanação a partir de uma distinção inicial simples, entre o *direito de informar* e o *direito à informação*. O primeiro diz respeito à liberdade de expressão, consubstanciando direito fundamental individual de quem dela faz uso. Já o direito à informação “alcança e abrange o público a que ele se dirige”. Trata-se de direito que interessa a todos os cidadãos, os quais devem ter as mesmas oportunidades para sua concretização⁵⁶⁸.

Amalgama-se ao direito à informação a garantia do indivíduo contra o segredo procedimental, permitindo-lhe que possa ter conhecimento das informações processuais quando alvo de investigação, elemento, portanto, do devido processo legal, assim como o dever de motivação que plasma a elaboração dos atos administrativos e judiciais⁵⁶⁹.

Ricardo Martins escalona os aspectos dos direitos relativos à informação a partir do direito geral de liberdade. O direito fundamental à liberdade abrange uma miríade de outros direitos específicos, incluídos aí a liberdade de expressão do pensamento e o direito de informação. Este último compõe-se do *direito de informar*, do *direito de se informar* e do *direito de ser informado*⁵⁷⁰.

Na seara da Administração Pública, o *direito de se informar* depende de ato volitivo do indivíduo em buscar a informação. O *direito de ser informado* implica, em contrapartida, o dever do Estado de permitir que a informação seja obtida, bem assim de proporcionar o conhecimento de suas ações aos indivíduos⁵⁷¹, correspondente à dimensão da publicidade educativa vista acima (item 4.2).

No âmbito do direito fundamental à informação, esta corresponde à notícia e à crítica, a primeira entendida como nota sobre determinado fato ou pessoa, a segunda definida como exame de valor sobre determinado fato ou pessoa, em que se apontam características positivas

⁵⁶⁷OLIVEIRA, Heli Alves de. *O princípio da publicidade no direito administrativo*. São Paulo: Dialética, 2022. p. 107.

⁵⁶⁸*Id. Ibid.*, p. 26.

⁵⁶⁹MOTTA, Fabrício Macedo. Publicidade administrativa e sua conformação constitucional, *cit.*, p. 376.

⁵⁷⁰MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 134, abr./jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/96/318>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁵⁷¹MOTTA, Fabrício Macedo. Publicidade administrativa e sua conformação constitucional, *cit.*, p. 376.

ou negativas⁵⁷². O direito está intimamente ligado à liberdade de pensamento e implica uma abstenção do Estado, permitindo que o indivíduo o exerça amplamente.

O *direito de acesso à informação*, por sua vez, não se confunde com os anteriores e corresponde, no Direito Administrativo, à prestação estatal de fornecer os dados que possua quando solicitado. Entende-se por informação, neste caso, aquela em poder do Estado⁵⁷³, ainda que não necessariamente por ele produzida. Neste ponto, interessante a definição desenvolvida por Carmem Lúcia Batista:

[I]nformação pública é um bem público, tangível ou intangível, com forma de expressão gráfica, sonora e/ou iconográfica, que consiste num patrimônio cultural de uso comum da sociedade e de propriedade das entidades/instituições públicas da administração centralizada, das autarquias e das fundações públicas. A informação pública pode ser produzida pela administração pública ou, simplesmente, estar em poder dela, sem o status de sigilo para que esteja disponível ao interesse público/coletivo da sociedade. Quando acessível à sociedade, a informação pública tem o poder de afetar elementos do ambiente, reconfigurando a estrutura social.⁵⁷⁴

Ainda que a definição seja bastante abrangente e se coadune com o que se busca no presente estudo, o uso da expressão “informação pública” tem como referência quem a detém e não o seu titular ou conteúdo, preferindo-se “informação em poder do Estado” ou “da Administração Pública”.

Ingo Sarlet e Carlos Alberto Molinaro acrescentam ao objeto do direito de acesso as atividades dos órgãos e entidades relativas à política, organização e serviços, tais como as “informações pertinentes ao patrimônio público, a utilização de recursos públicos, licitações e contratos administrativos, bem como as consequentes informações sobre políticas públicas, inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas”⁵⁷⁵.

⁵⁷²SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997. p. 38-39.

⁵⁷³MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação, *cit.*, p. 135.

⁵⁷⁴BATISTA, Carmem Lúcia. *Informação pública: entre o acesso e a apropriação social*. 2010. Dissertação (Mestrado em Cultura e Informação) - Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 40. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27151/tde-05112010-110124/publico/2349823.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

⁵⁷⁵SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Coords.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 17.

Dois desdobramentos importantes merecem consideração neste ponto. O primeiro deles diz respeito à moderna concepção do direito de ser informado, que lhe confere caráter coletivo, do que decorre a definição de *direito coletivo à informação*⁵⁷⁶.

Essa dimensão coletiva altera profundamente as relações de poder, como se verifica na percuciente análise de Stefano Rodotà. O direito de acesso torna-se a vertente dinâmica de um direito à informação que se concretiza pela iniciativa direta do indivíduo ou de grupos como um instrumento capaz de determinar formas de redistribuição de poder⁵⁷⁷.

Ressalta o professor italiano que a obrigação de fornecimento de dados à Administração Pública, no entanto, não pode ser considerada como contrapartida para os benefícios sociais que o cidadão pode vir a fruir. O arcabouço informativo acumulado pelo Estado permite a execução mais apurada de seus programas, mas reforçam ainda mais o seu poder. O indivíduo, neste momento, passa a ter o direito de controlar o ente estatal, a quem as informações fornecidas consubstanciam um crescente “*plus-potere*”⁵⁷⁸.

Esse controle não se resolve, unicamente, pelo direito de acesso à informação, porquanto, na visão de Rodotà, o indivíduo singularmente considerado sempre estaria numa situação de desigualdade em relação aos detentores de dados, sendo a expansão do poder coletivo (de sindicatos, associações civis e demais grupos sociais organizados) a via correta para o melhor uso da informação⁵⁷⁹:

Dovrebbe, anzi, prevedersi una autonoma legittimazione all'accesso da parte di tali soggetti collettivi, sia pure temperata dal consenso dell'interessato: tali soggetti, infatti, potrebbero assumere tra le loro funzioni istituzionali quella di un esercizio sistematico del diritto di accesso, così realizzando un effettivo controllo sui raccoglitori delle informazioni.⁵⁸⁰

A efetividade do direito de acesso à informação deve-se à disponibilidade de um imenso número de informações sobre as atividades administrativas, aumentada exponencialmente com o desenvolvimento de novas tecnologias de bancos de dados e o advento da internet. Trata-se de instrumento que, de fato, torna a atividade dos órgãos públicos mais transparente, permitindo

⁵⁷⁶POMPEU, Inês Mota Randal; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. O caráter instrumental dos direitos fundamentais na análise da liberdade de expressão e do direito à privacidade com base na obra cinematográfica “Desconectados”. In: MORAES, Maria Celina Bodini de; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio (Orgs.). *Privacidade hoje: anais do I Seminário de Direito Civil da PUC-Rio*. Rio de Janeiro, 2018. p. 256.

⁵⁷⁷RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 86.

⁵⁷⁸*Id. Ibid.*, p. 39. A referência ao “*plus-potere*” faz referência à “*mais-valia*” da teoria marxista.

⁵⁷⁹*Id. Ibid.*, p. 40-43. Esse caráter de hipossuficiência do indivíduo, ademais, deu origem aos elementos das últimas gerações de leis de proteção de dados, como visto no item 2.2.

⁵⁸⁰*Id. Ibid.*, p. 81.

a realização de um controle social difuso. Esse controle, conclui o professor italiano, altera a percepção da transparência, passando-se da ideia de um governo aberto, simbolizado pela imagem da “casa de vidro”⁵⁸¹ ou da “Administração à luz do sol”, para o chamado “governo difuso”⁵⁸².

O ordenamento brasileiro acolheu as distinções expostas acima, prevendo no capítulo da Constituição Federal relativo à comunicação o direito individual à liberdade de informar (art. 220, §§ 1º e 2º da CF/88), complementado pela liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV da CF/88). No mesmo artigo 5º, incisos XIV e XXXIII, observa-se a dimensão coletiva dos direitos relativos à informação. O segundo corporifica o direito de acesso à informação:

Art. 5º [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Observa-se nestes dispositivos o interesse geral, contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento. Neste ponto, a liberdade de informação deixa de ser apenas uma função individual, alçando ao caráter de função social⁵⁸³.

A parte final do inciso XXXIII traz exceção ao direito de acesso à informação em poder da Administração Pública. Trata-se dos limites ao direito fundamental preconizado na Constituição, os quais serão vistos a seguir.

⁵⁸¹Atribui-se a expressão ao deputado socialista italiano Filippo Turati, durante discussões travadas na casa legislativa daquele país, ainda uma monarquia, sobre projeto de lei que tratava do regime jurídico dos servidores públicos civis italianos, no ano de 1908. Discutia-se a respeito da severidade de determinadas punições aos servidores pelo cometimento de faltas leves, quando o deputado menciona a necessidade de definir o que seria o segredo de ofício: “*Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa dell'Amministrazione dovrebb'essere di vetro.*” O deputado prossegue, dizendo da dificuldade de uma definição positiva, mas da facilidade da negativa: “*che non possa mai parlarsi di segreto d'ufficio quando si tratta di rendersi complici di violazioni della legge, o dei regolamenti, o delle norme di corretta amministrazione.*” (ITALIA. Camera dei Deputati. *Atti del Parlamento Italiano: discussioni della Camera dei Deputati. XXII Legislatura (1904-1909) – 1ª Sessão 13/06/1908 a 30/06/1908*, Roma, v. XIX, 17 de junho de 1908, p. 22.962. Disponível em: <https://storia.camera.it/regno/lavori/leg22/sed529.pdf>. Acesso em: 05 out. 2022. Discurso do Deputado Filippo Turati).

⁵⁸²RODOTÁ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 85-87.

⁵⁸³OLIVEIRA, Heli Alves de. *O princípio da publicidade no direito administrativo*, cit., p. 26.

4.5 Limites à visibilidade da ação estatal: razões de Estado, sigilo e segredo

A visibilidade das ações administrativas, regra num governo democrático, encontra um de seus limites, isto é, uma de suas exceções, quando a ampla divulgação do conteúdo da informação em poder do Estado é capaz de prejudicar a sua própria segurança e a da sociedade.

Trata-se do que historicamente se convencionou chamar de “razões de Estado”, as quais sofreram profundas transformações ao longo do tempo. Longe de serem totalmente eliminadas quando do surgimento da democracia, permanecem coexistindo com os valores do Estado Democrático de Direito. Ainda que sob a égide da lei, não estão imunes aos abusos e excessos de quem detém o poder.

Outra situação em que o segredo permanece sob proteção do Estado contra o dever de publicidade de suas ações diz respeito à proteção ao direito fundamental à privacidade do indivíduo, cujas dimensões foram discutidas em capítulos anteriores.

Em ambas as hipóteses, há a necessidade de um equilíbrio entre a publicidade exacerbada, reclamada pelo princípio democrático, e a manutenção do sigilo de determinadas informações para garantia da existência do próprio Estado, da incolumidade de seu povo e dos direitos fundamentais dos indivíduos. Aqui, mais uma vez, faz-se presente a lição de Bobbio, que admite o segredo quando em jogo interesse protegido pela Constituição sem prejudicar outros interesses igualmente protegidos. A regra da publicidade do regime democrático não vale nos assuntos privados, em que o segredo é a regra contra interferências do poder público:

Precisamente porque a democracia pressupõe a máxima liberdade dos indivíduos singularmente considerados, estes devem ser protegidos de um excessivo controle por parte dos poderes públicos sobre sua esfera privada, e precisamente porque a democracia é o regime que prevê o máximo controle dos poderes públicos por parte dos indivíduos, este controle é possível somente se os poderes públicos atuam com o máximo de transparência. Em suma, integra a lógica mesma da democracia que a relação entre regra e exceção seja invertida, respectivamente, na esfera pública e na esfera privada.⁵⁸⁴

A ideia de “razão estatal” também tem origem na própria formação do Estado na Idade Moderna e acompanha a sua evolução ao longo do tempo. Esse caminhar conjunto transforma

⁵⁸⁴BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2015. p. 74-75.

a teoria num elemento de justificação da conservação e existência do Estado e da demonstração de sua força.⁵⁸⁵

Enquanto a publicidade vai encontrar campo fértil nas revoluções liberais burguesas, a teoria da razão de Estado travará seus debates no campo do enfeixamento de poder nas mãos do *príncipe*, típico do pensamento maquiaveliano, bem como na senda dos movimentos religiosos da Reforma Protestante e da Contrarreforma ou Reforma Católica⁵⁸⁶.

Os reformistas protestantes viam na religião um instrumento adicional utilizado pelo príncipe para a dominação dos súditos, além de favorecer a manutenção das práticas de corrupção da igreja e de expansão de seus domínios. Já no âmbito da Contrarreforma, a ideia era regular a atuação do príncipe com base nos fundamentos da religião católica, a qual deveria ser considerada a única que poderia garantir a sobrevivência do Estado. A investida católica distinguiu a existência de uma “boa” e uma “má” razão de Estado, sendo a primeira identificada com o bem comum cristão, com meios moralmente aceitáveis, e a outra ligada aos interesses do príncipe, com meio ilícitos e cruéis.⁵⁸⁷

Ainda que haja uma série de discussões sobre a “paternidade” do primeiro uso da expressão razão de Estado e do desenvolvimento da teoria⁵⁸⁸, os elementos principais estariam presentes na obra *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel, como assinala um dos grandes estudiosos do tema, Friedrich Meinecke. Para o autor, Maquiavel é o fundador do pensamento político moderno e embora tenha indicado vários elementos da razão de Estado em sua obra, não chegou a identificá-los por um termo único⁵⁸⁹.

Gaines Post, por sua vez, identifica na Idade Média indicativos de que a ideia de uma razão de Estado já estava presente desde o século XIV, mencionando os pós-glosadores ou

⁵⁸⁵GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho). 2003. Tese (Doutorado em Direito). Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003. p. 3. Disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12283/secretos_guevara_2003.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁵⁸⁶A Contrarreforma ou Reforma Católica consistiu numa reestruturação da Igreja Católica para fortalecimento dos poderes papais e da igreja, em resposta aos movimentos protestantes contra o Sacro Império Romano germânico no século XVI, como o luteranismo e o calvinismo. O movimento culminou com a realização do Concílio de Trento, reunião religiosa dos bispos católicos para discussão de questões teológicas, que durou de 1545 a 1563.

⁵⁸⁷GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), *cit.*, p. 49-50. No mesmo sentido, MEINECKE, Friedrich. *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*. Tradução de D. Scolari. Firenze: Vallecchi, 1942. p. 169.

⁵⁸⁸A primeira grafia da expressão é atribuída à Francesco Guicciardini, entre os anos de 1523 e 1527, tendo sido Giovanni Botero o responsável por difundir a ideia por meio da obra *Della ragione di Stato*, em 1589, criticando o maquiavelismo (GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), *cit.*, p. 58-59).

⁵⁸⁹MEINECKE, Friedrich. *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, *cit.*, p. 45.

comentadores Bartolo de Sassoferrato e seu aluno Baldo de Ubaldo, fruto do movimento de resgate do direito público romano nos séculos XII e XIII⁵⁹⁰.

Naquela época, a *ratio status* era mais difundida como “razão correta” (*right reason*) e consistia nos meios usados pela mais alta autoridade nas relações internas e externas, de modo a assegurar a proteção dos indivíduos e da sociedade, bem como do “estado” - em minúsculo, porque ainda não um ente abstrato - do Império, da República, do Reino ou da Cidade. A razão seria considerada “correta” quando de acordo com as leis de Deus e da natureza, de um lado e com o direito e a justiça para o povo, do outro⁵⁹¹. Segundo as constatações do historiador norte-americano, os reis e seus conselheiros eram mais inteligentes e maduros em negócios públicos do que se supunha. Havia a consciência de uma razão de Estado, ainda que não aplicada de maneira eficaz⁵⁹².

Na visão dos chamados “tratadistas”, característicos da Contrarreforma, a razão do Estado consistiria num “conjunto de saberes y técnicas que tienen como objetivo la protección, seguridad, conservación, potencia y sobre todo la existencia del Estado que se reflejan en un texto”⁵⁹³. Era nos momentos de crise, portanto, que a verdadeira força da razão do Estado se materializava.

Foucault resume a obra de Maquiavel como um tratado sobre a habilidade do príncipe em conservar os seus domínios das ameaças internas e externas, o que não significa necessariamente possuir a arte de governar. Daí sua reflexão sobre a razão de Estado:

Esquemáticamente, se poderia dizer que a arte de governar encontra, no final do século XVI e início do século XVII, uma primeira forma de cristalização, ao se organizar em torno do tema de uma razão de Estado. Razão de Estado entendida não no sentido pejorativo e negativo que hoje lhe é dado (ligado à infração dos princípios do direito, da equidade ou da humanidade por interesse exclusivo do Estado), mas no sentido positivo e pleno: o Estado se governa segundo as regras racionais que lhe são próprias, que não se deduzem nem das leis naturais ou divinas, nem dos preceitos da sabedoria ou da prudência; o Estado, como a natureza, tem sua racionalidade própria, ainda que de outro tipo⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰POST, Gaines. *Studies in medieval legal thought – public law and the State, 1100-1322*. Clark: The Lawbook Exchange, 2006. p. 301.

⁵⁹¹*Id. Ibid.*, p. 302-304.

⁵⁹²*Id. Ibid.*, p. 308.

⁵⁹³GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), *cit.*, p. 10. A definição aproxima-se muito daquela de Giovanni Botero: “*Ragione di Stato si è notitia de’ mezzi, atti à fondare, confermare ed ampliare un dominio. Egli è vero che, se bene assolutamente parlando, ella si estende alle tre parti suddette, nondimeno pare che più strettamente abbracci la. conservazione, che l’altre; e dell’altre due più l’ampliazione, che la fondatione. E la causa si è, perche la ragione di Stato suppone il Principe, e lo Stato, che non suppone, anzi precede affatto la fondatione come è manifesto; e l’ampliazione in parte. Ma l’arte del fondare, e dell’ampliare è l’istessa; perche i principii, e i mezzi son d’una natura.*” (BOTERO, Giovanni. *Della ragione di Stato*. Roma: Vincenzio Pellagallo, 1590. p. 5).

⁵⁹⁴FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 285-286.

Meinecke, por sua vez, define a razão de Estado como norma de ação política, “lei motora do Estado”, que diz ao governante como agir para manter e fortalecer o Estado. Entendido como um todo orgânico, o Estado só se mantém enquanto puder crescer, de modo que a “razão de Estado” indica os caminhos para que essa meta seja atingida. As máximas desse agir apresentarão um caráter individual e geral, perene e mutável ao mesmo tempo, atentas à estrutura permanente do Estado e à fluidez de suas transformações ao longo do tempo⁵⁹⁵.

A razão de Estado apresenta sua dimensão *geral* ou *universal* nas medidas pacíficas adotadas pelos Estados para sua conservação, fortalecimento e expansão, originadas de um impulso perene comum. O caráter *individual* reside nas medidas concretas de enfrentamento, as quais não chegam necessariamente ao uso da força ou da coação, mas que podem violar leis morais e o direito positivo⁵⁹⁶.

É interessante notar que mesmo os iluministas fizeram uso do segredo para que pudessem arquitetar a própria revolução, recorrendo frequentemente a reuniões em sociedades secretas para, posteriormente, trazer à lume os atos estatais sob os auspícios da legalidade⁵⁹⁷. As Revoluções Francesa e Inglesa conseguiram limitar o espectro das razões de Estado. Isso porque o Estado de Direito e a democracia se impuseram como limites ao exercício arbitrário do poder. Uma vez consolidado o monopólio do uso da força no ente abstrato recém-criado, o Estado se estabeleceu como uma forma viável de organização política, mas com uma finalidade diversa: garantir a segurança e os direitos fundamentais do cidadão⁵⁹⁸. Isso ocorre não só em relação à submissão aos ordenamentos internos, mas também nos últimos 50 anos, às normas de Direito Internacional⁵⁹⁹. Tudo o que é relativo à conservação e proteção do Estado com medidas exorbitantes se regulará pelo ordenamento interno e, em determinados aspectos, pelo ordenamento internacional.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a razão de Estado se transforma, passando a integrar o conteúdo das leis, como situações de exceção. Isso implica a possibilidade de o Estado descumprir alguns dos princípios que o legitimam, com vistas a conservar a segurança e a defender-se das forças que o ameacem. O progresso trazido pela consolidação

⁵⁹⁵MEINECKE, Friedrich. *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, cit., p. 7-8.

⁵⁹⁶*Id. Ibid.*, p. 8-9. No mesmo sentido GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), cit., p. 8.

⁵⁹⁷BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, cit., p. 142. No mesmo sentido GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), cit., p. 15.

⁵⁹⁸GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), cit., p. 293.

⁵⁹⁹*Id. Ibid.*, p. 82.

democrática não foi capaz de eliminar o instituto. Necessário para conservar a existência, a integridade e a estrutura estatais, atualmente está presente nas constituições, nas hipóteses de Estado de defesa e de sítio, e nas leis, excetuando determinados direitos e garantias individuais, a exemplo da legislação atinente ao tratamento de dados pessoais nos casos de segurança e defesa do Estado, como visto no capítulo 3.

O paradoxo é bem explicado por Bobbio:

[V]imos que a democracia excluiu por princípio o segredo de Estado, mas o uso do segredo de Estado, através da instituição dos serviços de segurança, que agem em segredo, é justificado como sendo um instrumento necessário para defender, em última instância, a própria democracia. A mesma lei que fixa normas para a conduta desses serviços “fala em política de informação e de segurança no interesse e para a defesa do Estado democrático”. A serpente morde a própria cauda. Mas a serpente, como vimos, sempre foi considerada um emblema da prudência, virtude política por excelência – e por que não? uma virtude também dos juristas, cuja ciência não por acaso foi chamada de *iurisprudencia*.⁶⁰⁰

A submissão do Estado às leis que ele mesmo edita e a educação dos cidadãos pelo seu próprio exemplo permitem a harmonia interna entre força, direito e moral, beneficiando-se uns dos outros.⁶⁰¹

As finalidades do Estado devem coexistir, e no caso específico da segurança do Estado, surgem órgãos específicos para tal atuação:

[L]a seguridad y la defensa del Estado como fines fundamentales del Estado de Derecho se equiparan a la protección y garantía de derechos fundamentales también fines del Estado de Derecho moderno y son valores que se deben ponderar. Dentro de esta justificación de la razón de Estado, se idean órganos encargados de actuar o estar preparados para actuar en esos casos de necesidad y excepcionalidad; estos, en la actualidad son los servicios secretos o servicios de inteligencia.⁶⁰²

Com o passar do tempo, a expressão razão de Estado tomou outro sentido, sendo referida como “segurança nacional” ou “interesse nacional”, como assinala Barry Wright, com crescimento vertiginoso após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos⁶⁰³.

Relembra o autor que os crimes contra o Estado previstos a partir do século XVIII, ainda são encontrados nas leis criminais atuais, complementados por dispositivos legais que autorizam ações executivas emergenciais e a espionagem. Essas medidas modernas de

⁶⁰⁰BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*, cit., p. 75-76.

⁶⁰¹MEINECKE, Friedrich. *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, cit., p. 24-25.

⁶⁰²*Id. Ibid.*, p. 12-13.

⁶⁰³WRIGHT, Barry. Quiescent leviathan? Citizenship and national security measures in late modernity. *Journal of Law and Society*, v. 25, n. 2, p. 214, jun. 1998.

segurança nacional suspendem ou alteram garantias processuais penais e aumentam o poder de polícia, permitindo ações como a deportação e suspensão do direito ao *habeas corpus*⁶⁰⁴.

Nessa mesma linha de raciocínio estão as legislações que dispõem sobre ameaças rotuladas como conspirações revolucionárias e terrorismo, bem como as leis de segurança relacionadas à tecnologia. O arcabouço normativo tem apoio em instituições de vigilância e inteligência criadas para tal finalidade, as quais também se ocupam da gestão e do sigilo da informação.⁶⁰⁵ A noção de segurança nacional, portanto, ainda consubstancia uma forma residual do poder do Estado pré-moderno.⁶⁰⁶

Na doutrina nacional, José Afonso da Silva define a segurança do Estado como “garantia de sua inviolabilidade especialmente em face de Estados estrangeiros: questões militares, questões de relações exteriores que envolvam interesses externos e o bom relacionamento do Brasil com outros povos, por exemplo”.⁶⁰⁷

A segurança da sociedade, por sua vez, estaria incluída na segurança do Estado e corresponderia a “questões internas que assegurem a ausência de conflitos que ponham em risco a ordem pública. Aí se envolvem as questões de segurança pública, o interesse na apuração de delitos, o interesse da defesa civil e da solução de conflitos sociais”⁶⁰⁸.

O sigilo é impositivo sempre que o fornecimento das informações detidas pela Administração Pública represente “situação adversa à paz social, à ordem pública, à independência do país, à soberania nacional”⁶⁰⁹ ou ofensa aos fundamentos da República⁶¹⁰ ou a seus objetivos fundamentais⁶¹¹, valendo a ressalva do mestre constitucionalista, no sentido de que, em diversas ocasiões, somente a análise do caso concreto permitirá aferir a necessidade de manutenção do sigilo da informação e, conseqüentemente, a denegação de sua divulgação ao solicitante⁶¹².

Assim, e com escusas pelas repetições (necessárias), segredo de Estado, no Estado Democrático de Direito, é toda e qualquer informação em poder da Administração Pública e

⁶⁰⁴WRIGHT, Barry. Quiescent leviathan? Citizenship and national security measures in late modernity, *cit.*, p. 219.

⁶⁰⁵*Id. Ibid.*, p. 222-223.

⁶⁰⁶*Id. Ibid.*, p. 225.

⁶⁰⁷SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 132.

⁶⁰⁸*Id. Ibid.*

⁶⁰⁹*Id. Ibid.*

⁶¹⁰Art. 1º, I a V da CF/88: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

⁶¹¹Art. 3º, I a IV da CF/88: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶¹²SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, *cit.*, p. 132.

excluída do conhecimento público, relativa à segurança do Estado e da sociedade, cuja divulgação pode colocar em perigo a existência do primeiro e a incolumidade da segunda.

Bobbio faz interessante distinção entre duas funções diversas do segredo: “a de não fazer saber porque a decisão não é de todos (o segredo técnico) e nem é para todos (o segredo mais propriamente político)”⁶¹³.

Nessa linha de raciocínio, pode-se pensar, ainda, em hipóteses de informações da Administração Pública cujo sigilo é impositivo seja por disposição legal, como o tratamento de dados sensíveis em órgãos de saúde para ajuste de políticas públicas, seja para a garantia de lisura e idoneidade de determinado procedimento, a exemplo da elaboração de provas de concurso público por banca examinadora instituída no âmbito administrativo para tal finalidade. Trata-se do que Juarez Freitas chama de “situações em que a divulgação prévia possa eliminar a viabilização de medidas justificáveis”⁶¹⁴.

Os critérios para a delimitação dessas restrições são bem explicitados por Wallace Paiva Martins Júnior:

A restrição à publicidade não pode comprometer o interesse público à informação. Portanto, características da restrição à publicidade são a relatividade e a parcialidade. Por isso, balanceando valores fundamentais, são adotados mecanismos de conciliação como condições ou limites subjetivos, objetivos, formais e parciais de acesso restrito (duração, motivação, finalidade específica, acesso exclusivo de pessoas, órgãos e entidades, competência vinculada ao cumprimento de atribuição, sujeição à autorização, exclusão de atos, fases ou etapas, operações exequíveis etc.), somados a cláusulas de reforço (responsabilidade do uso, extensão do dever de preservação da reserva, normas de proteção de acesso a informações restritas em relação aos interesses privados ou estranhos ao interesse público de certos agentes). Essa relatividade implica a restrição condicionada à necessidade, tornando impossíveis restrições delongadas. Fora do círculo de restrição, permanece a publicidade ampla, extensiva e irrestrita.⁶¹⁵

É justamente em relação a essas informações, conhecidas em virtude da condição funcional do agente público e que devem permanecer sob reserva, que decorre o *dever de discrição*. Trata-se da obrigação do servidor público em manter segredo sobre assuntos de que tenha conhecimento em virtude de seu serviço, cujo sigilo seja do interesse da Administração Pública, devendo abster-se de sua divulgação⁶¹⁶.

⁶¹³BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, cit., p. 160.

⁶¹⁴FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 71.

⁶¹⁵MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (Coord.) *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 358.

⁶¹⁶ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 71-72.

Não obstante as nobres intenções do sigilo oficial nas democracias contemporâneas, as consequências advindas do abuso do instituto levam à necessidade de algumas reflexões com vistas à sua limitação.

A quadra histórica em que redigido o presente trabalho foi pródiga em exemplos do mau uso do sigilo estatal, com finalidades que desbordaram dos limites legais e princípios que regem a matéria. A prática consistiu no uso frequente de exceção prevista na Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, Lei de Acesso à Informação (LAI).

A exemplo da técnica legislativa adotada em ordenamentos estrangeiros relativos à matéria, a LAI disciplina os procedimentos de classificação, reclassificação e desclassificação do sigilo de informações em poder da Administração Pública, estabelecendo três graus de confidencialidade: ultrassecreto, secreto e reservado (artigo 24, *caput*, da LAI), com prazos máximos de restrição de acesso de vinte e cinco, quinze ou cinco anos, respectivamente (art. 24, I, II e III da LAI).

A competência para a classificação é escalonada, sendo a de grau ultrassecreto exclusiva de altas autoridades da República, incluindo as autoridades da Administração Indireta para o grau “secreto” e ampliando, por fim, às maiores autoridades de direção, comando ou chefia na hierarquia administrativa de cada órgão federal⁶¹⁷. Segue-se a lógica de que a competência para classificação em determinado grau abrange todos os inferiores:

Art. 27. A classificação do sigilo de informações no âmbito da administração pública federal é de competência:

I - no grau de ultrassecreto, das seguintes autoridades:

- a) Presidente da República;
- b) Vice-Presidente da República;
- c) Ministros de Estado e autoridades com as mesmas prerrogativas;
- d) Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; e
- e) Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes no exterior;

II - no grau de secreto, das autoridades referidas no inciso I, dos titulares de autarquias, fundações ou empresas públicas e sociedades de economia mista; e

III - no grau de reservado, das autoridades referidas nos incisos I e II e das que exerçam funções de direção, comando ou chefia, nível DAS 101.5, ou superior, do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, ou de hierarquia equivalente, de acordo com regulamentação específica de cada órgão ou entidade, observado o disposto nesta Lei.

⁶¹⁷A delegação para classificação nos graus ultrassecreto e secreto era vedada na redação original da regulamentação da lei (Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012). O Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019 autorizou a delegação para classificação no grau ultrassecreto aos cargos de direção, comando e chefia das diversas entidades da Administração Direta e Indireta por meio do, ampliando significativamente o universo de autoridades competentes para o mais alto grau de sigilo. A vedação original foi ripristinada no Decreto nº 9.716, de 26 de fevereiro de 2019, mantida com ressalva em relação ao Presidente do Banco Central do Brasil no Decreto nº 11.133 de 14 de julho de 2022.

§ 1º A competência prevista nos incisos I e II, no que se refere à classificação como ultrassecreta e secreta, poderá ser delegada pela autoridade responsável a agente público, inclusive em missão no exterior, vedada a subdelegação.

§ 2º A classificação de informação no grau de sigilo ultrassecreto pelas autoridades previstas nas alíneas “d” e “e” do inciso I deverá ser ratificada pelos respectivos Ministros de Estado, no prazo previsto em regulamento.

§ 3º A autoridade ou outro agente público que classificar informação como ultrassecreta deverá encaminhar a decisão de que trata o art. 28 à Comissão Mista de Reavaliação de Informações, a que se refere o art. 35, no prazo previsto em regulamento.

O procedimento deve ser fundamentado (art. 28), sendo prevista a reavaliação da decisão (art. 29), bem como a publicação do rol de documentos classificados para registro e referências (art. 30).

O artigo 31 da lei determina hipótese excepcional de sigilo, independente de classificação, quando tratadas informações pessoais:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

[...]

A exceção foi utilizada por diversas autoridades públicas federais para impor o maior prazo de sigilo previsto na legislação brasileira sobre informações que envolvem personalidades políticas em evidência na imprensa. Assim a imposição de sigilo centenário, pelo Gabinete de Segurança Institucional (GSI) da Presidência da República, sobre as informações relativas ao acesso de filhos do Presidente da República ao Palácio do Planalto⁶¹⁸; o sigilo imposto pela Secretaria da Receita Federal sobre processo administrativo relativo a outro filho do Presidente da República, alterando entendimento anterior que disponibilizava documentos de investigações

⁶¹⁸BERGAMO, Mônica. Governo Bolsonaro coloca sob sigilo visita de filhos do presidente ao Planalto. *Folha de S. Paulo*, 24 jun. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2022/04/governo-bolsonaro-coloca-sob-sigilo-visita-de-filhos-do-presidente-ao-planalto.shtml>. Acesso em: 13 set. 2022.

encerradas⁶¹⁹; e a mesma excepcionalidade imposta pelo Exército Brasileiro ao acesso de processo administrativo disciplinar que absolveu general em atividade que participou de ato de caráter político, também ao lado do Chefe do Poder Executivo Federal⁶²⁰.

Observa-se, do exposto, o retorno do segredo de Estado às suas nefastas origens, como instrumento de ocultação de ações estatais que, por sua natureza, sempre se revestiram de publicidade, afetando três pilares do Estado Democrático de Direito: o direito à informação, o direito à participação nos assuntos públicos e a tutela judicial efetiva⁶²¹. O uso de tal expediente não configura um “privilégio” nacional, sendo apontado também em países com democracias consideradas mais “sólidas” que a brasileira⁶²². Vale, neste ponto, a advertência de Guevara Bermúdez:

Las políticas excepcionales que se ocultan en el secreto de Estado a nuestro parecer, son a todas luces contrarias al progreso moral del Estado de Derecho, ya que, en principio las conductas que en él se ocultan no son susceptibles de ser fiscalizadas ni por los mecanismos de control parlamentario, ni judicial. Es decir, la legalidad de los actos no es posible verificación.⁶²³

Por esse motivo, nas democracias contemporâneas, as matérias suscetíveis de serem excluídas da regra da publicidade são definidas em lei, existindo um “núcleo duro” composto por assuntos referentes à defesa nacional, diplomacia, discussões internas, confidenciais, privacidade individual, segredo empresarial (abrangendo o segredo industrial e comercial) e persecução penal⁶²⁴. O problema ocorre quando há uma “superclassificação” de informações, ou a existência de muitas autoridades com poderes para classificação da informação⁶²⁵.

⁶¹⁹NOGUEIRA, Italo. Receita impõe sigilo de 100 anos sobre ação em favor de Flávio Bolsonaro. *Folha de S. Paulo*, 15 jul. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/07/receita-impoe-sigilo-de-100-anos-sobre-acao-em-favor-de-flavio-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 13 set. 2022.

⁶²⁰SASSINE, Vinicius. Exército alega “informação pessoal” e impõe sigilo de até 100 anos a processo que absolveu Pazuello. *Folha de S. Paulo*, 09 jun. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/exercito-alega-informacao-pessoal-e-impoe-sigilo-de-ate-100-anos-a-processo-que-absolveu-pazuello.shtml>. Acesso em: 27 jun. 2022.

⁶²¹GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), *cit.*, p. 16.

⁶²²Daniel Patrick Moynihan relata a queda na confiança pública no governo dos Estados Unidos no uso do sigilo estatal, que serviu somente para proteger a carreira e a reputação de políticos, sem uma clara justificativa em termos de segurança nacional. (MOYNIHAN, Daniel Patrick. *Secrecy: the American experience*. New Haven: Yale University, 1998. p. 11).

⁶²³GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), *cit.*, p. 97.

⁶²⁴MICHAEL, James. Freedom of official information. *ODIHR Bulletin*, v. 5, n. 1, p. 29, Jan. 1997. Disponível em: <https://www.osce.org/files/f/documents/6/2/17739.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁶²⁵FENSTER, Mark. The opacity of transparency. *Iowa Law Review*, n. 91, p. 923-924, 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=facultypub>. Acesso em: 12 ago. 2021.

Algumas práticas podem ser adotadas a fim de evitar o uso excessivo do sigilo estatal. Sobre o assunto, relata o sociólogo norte-americano Daniel Moynihan que em 1997 a Comissão sobre Proteção e Redução do Sigilo Governamental (*Commission on Protecting and Reducing Government Secrecy*) propôs algumas balizas para um estatuto que limitaria o uso excessivo do segredo de Estado. Basicamente, a informação somente deveria ser classificada se demonstrado o interesse da segurança nacional, com o objetivo de manter a classificação a um mínimo absoluto. Por outro lado, haveria a necessidade da fixação de padrões para determinar se a informação deve permanecer em sigilo, sopesando os benefícios da divulgação pública: havendo dúvida, a informação não deveria ser classificada. A criação de uma estrutura para a desclassificação de informações, por fim, consubstanciaria outra medida adequada a evitar abusos das autoridades administrativas.⁶²⁶ A fixação de penalidades para os casos de “superclassificação” consubstancia outra prática que se dessume da advertência de James Michael sobre a ineficiência dos sistemas que preveem punição apenas para os casos de subclassificação ou de revelação de informação sigilosa⁶²⁷.

Reconhecendo a era da informação ora vivida, Moynihan confirma que a abertura das fontes governamentais de informação auxilia na tomada de “decisões mais inteligentes”:

Decisions made by those who understand how to exploit the wealth and diversity of publicly available information, who no longer simply assume that clandestine collection - that is, “stealing secrets” - equals to greater intelligence. *Analysis*, far more than secrecy, is the key to security.⁶²⁸

A legislação que regula o segredo de Estado é a mesma que garante o direito à informação e o direito de participação dos indivíduos nos assuntos públicos de Estado. Nesse contexto, a transparência é considerada um elemento essencial à democracia, sobretudo, como garantia contra o uso arbitrário do poder de sigilo. A política do segredo nega a garantia das constituições democráticas de participação do cidadão nas decisões administrativas de maneira igualitária e informada. Como ensina Moynihan, “[i]n the void created by absent or withheld information, decisions are either made poorly or not made at all.”⁶²⁹

⁶²⁶MOYNIHAN, Daniel Patrick. *Secrecy: the American experience*, *cit.*, p. 217. Guevara Bermúdez sugere que os objetos materiais de classificação sejam definidos em lei em número limitado (*Los secretos de Estado* (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), *cit.*, p. 328).

⁶²⁷MICHAEL, James. *Freedom of official information*, *cit.*, p. 29.

⁶²⁸MOYNIHAN, Daniel Patrick. *Secrecy: the American experience*, *cit.*, p. 222.

⁶²⁹*Id. Ibid.*, p. 73.

O sigilo também abrange o direito individual à privacidade, definição que foi bastante discutida no capítulo 2, para o qual faz-se especial remissão à teoria das esferas de Hubmann e à diferenciação entre reserva (*riservatezza*) e sigilo da doutrina italiana de Zucchetti.

No âmbito da publicidade dos atos governamentais, é possível estabelecer uma distinção entre sigilo e segredo, como a proposta por Heli Alves de Oliveira. O segredo consubstancia a informação que se quer vedar o conhecimento a terceiros, presente apenas na consciência do indivíduo que a detém, e pode dizer respeito, entre outros assuntos, à sua intimidade, inerente somente a ele ou a um grupo restrito por ele definido⁶³⁰. O sigilo, por sua vez, implicaria obrigação fixada no ordenamento:

[O] sigilo designa um dever legal para que o segredo seja mantido e que é conhecido como regra em várias profissões, como na advocacia, na psiquiatria e na psicanálise, na medicina, na confissão feita ao religioso, no jornalismo (quando o jornalista deve resguardar o sigilo da fonte quando as circunstâncias o exigirem); o sigilo fiscal; o sigilo bancário; o sigilo telefônico e o sigilo das correspondências.⁶³¹

As hipóteses mencionadas pela autora foram tratadas no capítulo 3, sobre a positivação do direito à privacidade, acrescentando-se ainda a hipótese do sigilo profissional e o atinente a procedimentos administrativos e judiciais.

Uma vez mais, evidencia-se a “troca de sinais” entre regra e exceção, conforme o referencial de observação adotado. Na proteção ao direito fundamental individual à privacidade, o segredo é a regra, a divulgação é a exceção. Ao partirmos para o ponto de vista do direito fundamental coletivo da visibilidade dos atos estatais e da transparência das informações detidas pela Administração Pública, a publicidade é a regra, sendo o sigilo a exceção. O detalhe no uso dos termos em cada uma das assertivas é proposital.

A questão se coloca, porém, quando não há expressa previsão legal sobre o que deve ser mantido em sigilo, lançando-se mão da interpretação sistemática da legislação atinente à matéria e de eventuais critérios de conformação que possam ser extraídos do texto normativo, ou do uso do critério da proporcionalidade para que se proceda à ponderação dos princípios envolvidos.

Retomando a distinção feita por Heli de Oliveira, e lembrando a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se existe um direito fundamental à privacidade individual, há também deveres

⁶³⁰OLIVEIRA, Heli Alves de. *O princípio da publicidade no direito administrativo*, cit., p. 69.

⁶³¹*Id.*, p. 68-69.

impostos por lei a particulares ou agentes públicos que têm conhecimento de dados sigilosos dos quais não são titulares, para vedar-lhes a divulgação⁶³².

O titular do direito ao sigilo, porém, não pode se opor aos atos de fiscalização, controle e repressão do Estado, exercidos nos termos da Constituição e legislação pertinente. Ainda que autoridades governamentais estejam autorizadas pelo Estado a invadir a esfera protegida pelo direito à privacidade, devem observar o sigilo, sob pena de responsabilidade civil, criminal e administrativa, agindo no estrito cumprimento do dever legal e nos limites dos atos específicos que autorizaram a quebra.

Os limites à divulgação de informações por parte do poder público, como se vê, têm suas raízes em resquícios do Antigo Regime, quando se fala na teoria das razões de Estado, perpassam pela necessidade de garantia do direito individual à privacidade e encontram dificuldades para sua fixação quando não há hipóteses expressas que equilibrem a relação entre direito e dever, público e privado, regra e exceção.

4.6 Reunindo elementos: uma possível definição da transparência administrativa

A reunião dos elementos tratados nos itens anteriores permite que se formule uma definição completa da transparência administrativa. Não por acaso, ao longo da exposição deste capítulo utilizou-se com frequência a expressão “visibilidade das ações estatais” para conciliar o uso dos vocábulos *publicidade* e *transparência*, na busca por uma definição desta última que pudesse diferenciá-la da primeira de maneira mais contundente.

Mesmo com a ampliação da definição de publicidade, observou-se ao longo das pesquisas realizadas que o conteúdo da transparência também se compõe de direitos relativos à informação, a participação e o controle. Na dicção de Pires e Moura:

Torna-se, portanto, o princípio da transparência instrumental para a realização dos princípios da participação e da impessoalidade, bem como, garantindo a efetiva aplicação do controle da Administração Pública seja estatal – autotutela e *judicial review* – ou social – cidadãos e entidades da sociedade civil.⁶³³

⁶³²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 208.

⁶³³PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Controle social da administração pública, transparência administrativa e acesso à informação: análise comparada da Lei brasileira nº 12.527 de 2011 e da Lei Espanhola nº 19 de 2013. In: MEZZARROBA, Orides; GARCIA ROCA, Francisco Javier (Orgs.) *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid*, v. 1, Madrid: Laborum, 2015. p. 287-288.

No âmbito europeu, parâmetro de comparação do presente trabalho, o que se observa é a utilização das expressões *publicidade e transparência* como sinônimas, com prevalência do uso da expressão “transparência administrativa” desde o final da década de 1980 e início dos anos 1990. Assim a doutrina francesa de Charles Debbasch, Jean Rivero e Jacques Chevallier, berço do direito administrativo na tradição dos países de *civil law*, e modelo utilizado pelo Brasil durante largo período histórico.

Para Charles Debbasch, a transparência suplantou progressivamente a definição de publicidade, sendo maior e mais exigente, correspondendo a uma pressão do corpo social sobre a estrutura da Administração Pública. Até então, o consentimento era a única condição do sistema democrático para a obediência dos indivíduos. A essa ideia de consentimento agregasse o princípio do conhecimento. Não se pode aceitar ser governado sem conhecer. É esta ideia moderna de conhecimento que dá suporte à transparência, considerada pelo autor um direito humano de terceira geração. Mais uma vez, evoca-se a menção a transformação da administração em uma “casa de vidro”⁶³⁴.

Três são os elementos componentes da definição do autor. O primeiro é o direito de saber. Uma vez que a administração está a serviço dos seus cidadãos, estes têm o direito de saber o que se passa no seu âmago. O segundo elemento é o direito de controlar. Mais do que saber, é preciso utilizar a informação para verificar a legalidade e oportunidade das decisões administrativas e analisar o emprego do dinheiro público, direito fundamental que já estaria presente desde a primeira geração, lembrando a DDHC, de 1789, mencionada acima. Por fim, o direito de participação, que “extrapolaria” a visão tradicional de “administrado”, ao garantir ao cidadão a transposição do lugar de espectador para o de ator da vida administrativa⁶³⁵.

Esses elementos desenvolvem-se em torno de três eixos principais: o direito de acesso à informação, o direito de acesso à motivação dos atos administrativos e a participação dos indivíduos em órgãos que tenham o poder de decidir ou de auxiliar a administração em suas decisões⁶³⁶. Anos mais tarde, ao tratar do período de reformas administrativas empreendidas na

⁶³⁴DEBBASCH, Charles. La transparence administrative en Europe - Introduction. *AEAP: Annuaire Européen d'Administration Publique*, v. 12, p. 11-12, 1989.

⁶³⁵*Id. Ibid.*, p. 12. Interessante a menção do autor ao uso do termo “consumidor”, no sentido daquele que tem o direito de participar dos mecanismos administrativos.

⁶³⁶*Id. Ibid.*, p. 13. Sobre a questão da motivação dos atos administrativos, é importante lembrar que na França, até o final dos anos 1970, vigia a chamada “linha Maginot dos textos”, em alusão à linha de fortificações construídas no período entreguerras nas fronteiras da França com a Alemanha e Itália, batizada com o nome do Ministro da Defesa André Maginot. Na ausência de determinação expressa, a Administração Pública não era obrigada a divulgar a motivação de suas decisões, situação que só foi modificada em 1979, ainda assim, apenas para os casos de decisões individuais desfavoráveis ou que impliquem derrogação de uma regra geral (NOBRE JÚNIOR,

França entre os anos 1970 e 1990, o autor assim definiria a relação entre administração e cidadãos:

Mais la réforme des relations entre l'administration et les administrés se développe sur un double plan. Il ne s'agit plus seulement de commander et d'imposer, mais d'*expliquer* et de *convaincre*. Il ne suffit pas de connaître son public, il faut également se faire connaître de lui. L'administration doit informer le public sur ce qu'elle doit faire, sur les décisions qu'elle a prises ou qu'elle compte prendre.⁶³⁷

Jean Rivero faz uma interessante provocação em relação à figura da “casa de vidro”: se estou dentro dela e não há nenhuma porta que permita às pessoas entrarem, estou relativamente tranquilo. A transparência não se limita apenas ao conhecimento, reclamando o diálogo⁶³⁸.

Ainda que não definida por este termo, a ideia da transparência começa a se afirmar na Europa nos anos 1950, inicialmente nos países nórdicos. Na Europa Ocidental, os projetos de leis começam a apresentar este tipo de preocupação nos anos 1970⁶³⁹ e no âmbito europeu, a partir do final dos anos 1980⁶⁴⁰.

Rivero questiona os motivos pelos quais o controle - e implicitamente a transparência - presentes no artigo 15 da DDHC, teriam caído no esquecimento ou não teriam sido efetivados. A explicação estaria na própria democracia representativa e no *mito da lei*: a partir do momento em que o indivíduo conhece a lei e elege seus representantes, não vê necessidade em saber o que faz o Poder Executivo. Este simplesmente “executa”, traduzindo as leis em fatos, sem autonomia decisória, cabendo ao Parlamento o conhecimento e o controle das ações do Poder Executivo⁶⁴¹.

As atribuições atinentes a questões de soberania, como relações diplomáticas e segurança do Estado, não interessariam ao indivíduo. Apenas quando a Administração Pública passa a interferir na vida cotidiana, gerando perturbação em seu ambiente, por exemplo, querendo saber o que se passa em sua casa, limitando construções em sua propriedade ou interferindo na paisagem de seu bairro, é que o cidadão se vê no direito de participar das

Edilson Pereira. A motivação dos atos administrativos como garantia em face do abuso de poder. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de (Org.). *O abuso de poder do Estado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 38-39. CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative, cit.*, p. 334 e 432).

⁶³⁷DEBBASCH, Charles; COLIN, Frédéric. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Economica, 2010. p. 46.

⁶³⁸RIVERO, Jean. La transparence administrative en Europe – Rapport de synthèse. *AEAP: Annuaire Européen d'Administration Publique*, v. 12, p. 308, 1989. No original: "*Quand je suis à l'intérieur de la 'maison de verre', même si des gens me regardent, s'il n'y a pas une porte qui leur permette d'entrer, je suis relativement tranquille*".

⁶³⁹*Id. Ibid.*, p. 309.

⁶⁴⁰CERRILLO I MARTÍNEZ. Agustí. *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente (el derecho de acceso a la documentación administrativa)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 28.

⁶⁴¹RIVERO, Jean. La transparence administrative en Europe – Rapport de synthèse, *cit.*, p. 310.

decisões que o afetam. É neste momento em que se observa a *dessacralização do Poder Executivo*. O corpo administrativo (ou burocrático) percebe que a obediência às regras vai além da imposição de sanções ou do mero respeito à autoridade estatal que emana a ordem: é necessário obter a adesão do cidadão⁶⁴².

Rivero atenta para os destinatários dessa nova política de transparência - já naquela quadra histórica, final dos anos 1980 -, trazendo a ideia de *abertura máxima*, isto é, a disponibilização de informação a todos os indivíduos, sem a necessidade de justificar um interesse específico em suas demandas. Se num primeiro momento os beneficiários diretos seriam a imprensa ou os próprios membros do corpo político-administrativo, esta postura traria um beneficiário totalmente imprevisível: o próprio poder público. Esta, aliás, é a constatação feita por Heli de Oliveira:

[A] informação protege, em primeiro lugar, a Administração dela mesma, ao impedi-la de cair no domínio de grupos de interesse ou gerar posições críticas ou autoritárias; serve de eficaz contrapeso para as prerrogativas da Administração; é um instrumento para proteger melhor os direitos dos cidadãos; e, por último, facilita o controle dos atos da Administração. Assim, a tentação e o risco constante da arbitrariedade e a inércia e as irresponsabilidades administrativas se vêm obstaculizadas diante do melhor conhecimento do atuar público.⁶⁴³

Diferente de Debbasch, Rivero afirma que a definição de transparência é variável e demasiadamente fluída para que se possa considerá-la como um direito, muito menos como um direito humano. Dependente da atuação da Estado, estaria ligada a um contexto histórico de determinados estágios civilizacionais, sem que se possa atribuir a todo e qualquer ser humano. O autor, no entanto, considera o processo irreversível, ainda que naquela época não se soubesse como se desenvolveria e até onde chegaria⁶⁴⁴. As preocupações principais diziam respeito à falta de interesse do público em saber o que se passava no seio da Administração Pública, conduzindo a um apossamento da informação difundida pela política de transparência por grupos de interesse políticos e econômicos e por lobistas, preocupação esta que também foi exposta por Rodotà. A difusão de informações pode produzir um crescimento na participação, mas também a um controle de sua divulgação por parte de autoridades corruptas, numa espécie de “feudalismo funcional”. Por outro lado, pode ocorrer uma confusão da participação com a mera possibilidade de consultas diretas e repetitivas por parte dos cidadãos, com questionamentos sobre os mais diversos problemas. A relação correta entre infraestrutura

⁶⁴²RIVERO, Jean. La transparence administrative en Europe – Rapport de synthèse, *cit.*, p. 311-314.

⁶⁴³OLIVEIRA, Heli Alves de. *O princípio da publicidade no direito administrativo*, *cit.*, p. 110.

⁶⁴⁴RIVERO, Jean. La transparence administrative en Europe – Rapport de synthèse, *cit.*, p. 317-318.

informativa e participação reside na capacidade de aumentar a informação disponível e a sua interpretação crítica e não na ampliação de processos de perguntas e respostas⁶⁴⁵.

Mais pragmático e crítico, Jacques Chevallier evoca uma imagem significativa da relação entre a Administração Pública e o indivíduo no modelo burocrático weberiano tradicional: o guichê. Colocado numa posição de solicitante, o administrado submete-se à boa vontade do funcionário, sem poder ultrapassar a barreira material que o isola fisicamente, mas também simbolicamente, o agente do público⁶⁴⁶.

A transparência administrativa fornece aos administrados novos recursos informacionais, redesenhando alguns traços essenciais da personalidade burocrática e trazendo um outro modo de comunicação com o público, aproximando-se do meio social. Novamente, a ideia é que as decisões administrativas serão mais bem aceitas e aplicadas se seu sentido é conhecido e compreendido pelos indivíduos, reduzindo a distância material e simbólica que os separava e reforçando o consenso. Neste processo, a Administração Pública viu-se obrigada a modificar e adaptar a sua linguagem, renunciando ao hermetismo e ao esoterismo do passado, a fim de se tornar acessível a todos.⁶⁴⁷

A implementação de uma administração mais transparente, no entanto, teria de enfrentar o que o professor francês chama de *viscosidade de comportamentos*. A consagração legal do direito à informação não impediu comportamentos refratários, tanto dos servidores públicos quanto dos cidadãos. Do lado do corpo administrativo, a transparência é *suportada*. Vista como um constrangimento, raramente suscita adesão, mas tão somente uma aceitação resignada. No lado dos administrados, a crítica é semelhante à de Rivero, no sentido de que a transparência foi mais concedida do que propriamente desejada⁶⁴⁸.

Na visão crítica de Chevallier, as políticas de transparência mantiveram princípios fundamentais da organização burocrática geradores de opacidade, tal como o princípio hierárquico, incompatível com a ideia de livre circulação e difusão de informações administrativas:

*Toute organisation génère de l'opacité: elle ne peut survivre que si des mécanismes de filtrage empêchent qu'une lumière trop crue n'éclaire ses recoins les plus intimes, que si des dispositifs de protection la mettent dans l'abri des regards indiscrets; et cette pénombre est aussi indispensable au jeu des rouages internes.*⁶⁴⁹

⁶⁴⁵RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 44-45.

⁶⁴⁶CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*, cit., p. 331.

⁶⁴⁷*Id. Ibid.*, p. 430-431.

⁶⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 433-434.

⁶⁴⁹*Id. Ibid.*, p. 434.

A necessidade da manutenção de certa aura de segredo para manutenção do poder e da identidade de uma organização, a resistência a uma política que visa a uma maior fluidez na difusão da informação e o alto valor atribuído a este bem imaterial conduzem a um processo de reapropriação e, conseqüentemente, a uma nova opacidade da Administração Pública, num processo de idas e vindas.⁶⁵⁰

As ideias desenvolvidas pelos autores europeus corporificam, uma vez mais, a chamada *democracia administrativa*. Segundo Canotilho, mais do que um direito de acesso à informação pública para a defesa de direitos individuais, indica um direito de saber o que se passa no âmago da estrutura pública, possibilitando ao indivíduo o acesso a todo e qualquer documento público, resguardados os casos de documentos reservados “por motivos de segurança ou de justiça”⁶⁵¹. Nesse sentido, fala-se hoje no direito constitucional português em *direito ao arquivo aberto*, entendido como uma comunicação aberta entre as autoridades administrativas e o indivíduo como dever destas de fornecer ativamente informações⁶⁵².

É interessante observar que não há propriamente um modelo uniforme capaz de disciplinar a ação administrativa, mas *ideais* que coexistem e interagem em todos os ordenamentos pluralistas, sem uma ordem hierárquica, como observa Luisa Torchia, assim arrematando a questão:

Lo stesso fenomeno si ripete, del resto, anche se si guarda non più ai rapporti fra legge e amministrazione, o fra amministrazione e politica, ma ai modi di svolgimento dell'azione amministrativa. A questa si chiede di essere, al contempo, trasparente ed efficace, partecipata e imparziale, legittima ed efficiente: le scelte amministrative devono essere giuste, buone, razionali, eque, legittime, basate sul consenso dei destinatari e finalizzate al miglior rendimento.⁶⁵³

A doutrina brasileira assinala que a transparência administrativa integrou o grande conjunto de alterações exigidas desde o final da década de 1980 em virtude da crise de gestão pública que se instala a nível mundial.⁶⁵⁴ O movimento pela democracia administrativa, como mencionamos linhas acima na lição de Diogo Moreira Neto, pautado pelos “megaprincípios” da eficiência e a legitimidade⁶⁵⁵, buscava também novos mecanismos de participação popular e, conseqüentemente, a consensualidade na Administração Pública.

⁶⁵⁰CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*, cit., p. 434-435.

⁶⁵¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 515.

⁶⁵²*Id. Ibid.*, p. 515-516.

⁶⁵³TORCHIA, Luisa. L'attività amministrativa nella (vecchia e nella nuova) costituzione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 49, n. 2, p. 474, giug. 1995.

⁶⁵⁴MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, cit., p. 147.

⁶⁵⁵MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 19.

No Brasil, o movimento inicial dessas reformas ocorre nos anos 1990, por meio da chamada *reforma administrativa*⁶⁵⁶. Em 1995, foi criado o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, responsável pela elaboração de um plano diretor que incluía a transparência e um novo modo de relacionamento entre Administração Pública e sociedade, bem como a transferência de atribuições públicas ao setor privado, com redução da estrutura estatal, e a adoção de práticas inspiradas no direito privado, por meio de técnicas de gestão com foco nos resultados (o *new public management* inglês). O órgão foi extinto em 1999 e grande parte das conclusões do plano diretor integraram a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998⁶⁵⁷.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no âmbito orçamentário-financeiro da Administração Pública, o princípio da transparência deriva da conjugação do princípio da publicidade com o princípio participativo, de modo que as decisões tomadas pelo administrador na gestão fiscal dos recursos públicos sejam tomadas com plena visibilidade dos seus motivos e objetivos, a fim de que possam ser contrastadas sob o crivo da legitimidade⁶⁵⁸.

Um dos pioneiros no estudo específico do tema é Wallace Paiva Martins Júnior. Apesar de sua obra principal ter sido editada pela última vez no ano de 2010, artigos acadêmicos posteriores consideraram as alterações introduzidas no ordenamento nacional após a edição da LAI e da LGPD.

As balizas da definição proposta por Wallace para a transparência administrativa estariam nos instrumentos, mecanismos ou “subprincípios”, como prefere assinalar, “da publicidade, da motivação e da participação do administrado na gestão administrativa e na tomada de decisões administrativas por meio de vários institutos”⁶⁵⁹.

Sua visão baseia-se na teoria da Constituição de Canotilho, em que o professor português concebe uma estrutura escalonada aos princípios, partindo-se da abstração e generalidade (princípios fundamentais estruturantes: Estado de Direito, democrático e

⁶⁵⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 17-18. O professor fluminense assinala que O Brasil não chegou a completar a transição da administração absolutista para a administração burocrática, “pois as atividades e comportamentos do Estado-administrador continuam aferrados a conceitos e princípios do patrimonialismo, do paternalismo e do assistencialismo *personalizantes* e *ineficientes*, herdados ainda da colônia e pouco tocados no Império.” Nesse sentido, importante o histórico desenvolvido por MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Transparência administrativa*, Lei Federal nº 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília-DF, v. 6, n. 2, p. 45-64, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/4141/pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁶⁵⁷MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, cit., p. 150-151 e 306.

⁶⁵⁸MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 309 e 313.

⁶⁵⁹MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

republicano) a uma densificação que lhes confere concretização e especialidade (os subprincípios, porquanto abaixo dos estruturantes e concretizadores destes: princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais especiais e, por fim, as regras constitucionais)⁶⁶⁰. Assim a exposição própria de Wallace:

A identificação do princípio da transparência administrativa palmilha esse percurso, ligada, em última essência, à ideia-base do Estado Democrático de Direito. Em escala decrescente, o princípio da transparência administrativa é inerência do princípio democrático (princípio fundamental estruturante) e, à míngua de clara e precisa denominação normativo-constitucional, resulta como o valor impresso e o fim expresso pelos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular, como princípios constitucionais especiais ou subprincípios que a concretizam, uma vez que todos (isolada ou cumulativamente) apontam para a visibilidade da atuação administrativa e inspiram a produção de regras como o direito de petição, o direito de certidão e o direito à informação, tidos como mecanismos constitucionais essenciais no controle jurisdicional da transparência, legalidade, moralidade e proporcionalidade na gestão da coisa pública.⁶⁶¹

Os graus de transparência administrativa vão se aperfeiçoando na medida em que os três subprincípios concorrem e lhe conferem concreção. Assim, a publicidade seria o primeiro desses estágios, sempre na concepção ampla. Aliada à participação popular e à motivação, proporcionam informação que garante a colaboração dos indivíduos e publicizam as decisões tomadas, articulando-se por meio do direito de acesso à informação, do direito de informação e do devido processo legal. A democracia administrativa, sob o prisma da transparência, é descrita com bastante acuidade: “Como num círculo virtuoso, o conhecimento do fato (acesso, publicidade) e de suas razões (motivação) permite o controle, a sugestão, a defesa, a consulta, a deliberação (participação)”⁶⁶².

Sobre o tema específico da motivação, Wallace tece considerações interessantes. A motivação consiste na obrigatoriedade de indicação, nos atos administrativos, dos pressupostos de fato e de direito determinantes. No direito brasileiro, a obrigatoriedade está prevista no artigo 2º, VII e 50, *caput*, da Lei Federal nº 9.784/99. O parágrafo primeiro do mesmo artigo acrescenta, ainda os requisitos da explicitação, clareza e congruência, tidos como “genéricos” para Wallace, e que devem apresentar “graus adequados de certeza e segurança para viabilizar seus fins”. Trata-se exigências qualitativas do teor da motivação, que por sua vez não se confunde com a fundamentação, mera indicação do preceito legal em que baseada a decisão⁶⁶³.

⁶⁶⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1173-1175.

⁶⁶¹MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, cit., p. 34-35.

⁶⁶²*Id. Ibid.*, p. 39-40.

⁶⁶³*Id. Ibid.*, p. 300-301.

Assim como os demais componentes da transparência, a motivação viabiliza e reforça o controle dos atos estatais, transformando as relações entre Administração Pública e indivíduos. Mais do que um elemento meramente garantista, ao permitir o conhecimento total de ato que pode ter repercussão negativa na vida do indivíduo, lembra o autor paulista que ela integra atos de conteúdo decisório que muitas vezes alteram situações anteriores. Isso acrescenta a este elemento da transparência um caráter de proteção ao interesse público em relação à arbitrariedade, contribuindo para maior previsibilidade do comportamento administrativo e o aperfeiçoamento da razoabilidade decisória.⁶⁶⁴

A motivação é suficiente ou adequada quando expõe as finalidades a serem atingidas pelo ato estatal, “mediante uma ponderação reflexiva, correlacional, imparcial, objetiva e racional das situações constatadas, dos preceitos normativos aplicáveis, dos resultados e dos interesses em jogo”⁶⁶⁵. Essa perspectiva foi bem apreendida pelo legislador brasileiro, como já mencionado, nas alterações promovidas no ano de 2018 nos artigos 20 e 21 da LINDB, exigindo-se, na motivação dos atos administrativos, a indicação da necessidade e adequação da medida, bem como as consequências jurídicas e administrativas⁶⁶⁶.

A efetiva colaboração da motivação para o princípio da transparência se dá por meio da publicidade. A informação a ser transmitida à população, portanto, deve ser completa, precisa e veraz, sendo válida “quando permitir aos interessados e à sociedade o perfeito conhecimento do assunto que é seu objeto, sob pena de reduzir-se ao contexto das meras formalidades.”⁶⁶⁷

Dentre os autores sul-americanos, Dromi também qualifica a motivação ao tratá-la como elemento da transparência administrativa. Para o autor argentino a motivação deve ser “causada

⁶⁶⁴MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, *cit.*, p. 278.

⁶⁶⁵*Id. Ibid.*, p. 302.

⁶⁶⁶Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

⁶⁶⁷MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, *cit.*, p. 318.

e fundada”, isto é, apresentar as razões (causas) que conduzem à emissão do ato administrativo, segundo resultam do expediente, e seu fundamento⁶⁶⁸.

A transparência administrativa compõe-se, ainda, da participação popular, de modo que o controle social exercido por meio dos diversos mecanismos participativos induz a implantação de políticas públicas e fiscais eficientes, numa postura mais “responsável e responsiva” do administrador público⁶⁶⁹, aproximando-se da ideia anglo-saxônica de *accountability*, outro termo bastante utilizado no âmbito da Administração Pública após o advento do *new public management* exposto acima. Na lição de Mileski:

“*Accountability* é procedimento utilizado especialmente nos países anglo-saxônicos, não possuindo uma tradução para o português, podendo, numa tradução livre e genérica, ser entendida como responsabilidade no trato dos bens e dinheiros públicos, transparência e prestação de contas”⁶⁷⁰.

Estruturada como princípio e dotada de caráter vinculante, a transparência administrativa constitui dever da Administração Pública e, na visão de Wallace, consubstancia direito subjetivo público do indivíduo e da comunidade, concepção abrangente e que se coaduna com o propósito deste estudo⁶⁷¹.

Na linha de corte deste trabalho, uma série de funções materiais e instrumentais são destacadas pelo autor em relação ao princípio, potencializados conforme o maior grau de transparência na administração: aperfeiçoar a democracia, efetivar a proteção à dignidade da pessoa humana, restaurar a confiança no Estado, fornecer parâmetro de controle da fidelidade a princípios e regras da Administração Pública, garantir os direitos dos administrados, conferir eficiência à ação administrativa, mais próxima das demandas sociais e proporcionar maior adesão e consenso dos administrados às decisões administrativas⁶⁷²:

A potencialidade de seus expedientes atribui maior eficiência e consensualidade em sua atuação, satisfazendo o interesse público e as necessidades coletivas com um grau mais acentuado de proximidade em relação à população. Uma Administração Pública aberta e transparente, relacionando-se de maneira sistemática, organizada e permanente com os administrados, coleta dados e subsídios mais estreitos às reais necessidades do público. Com isso, obtém maior consenso na execução das medidas

⁶⁶⁸DROMI, Roberto José. *Sistema y valores administrativos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003. p. 226.

⁶⁶⁹SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social: direito administrativo em evolução? In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 128.

⁶⁷⁰MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. *Interesse Público - IP*, ano 8, n. 36, p. 88 e 91, 2006.

⁶⁷¹MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, cit., p. 44.

⁶⁷²*Id. Ibid.*, p. 47.

escolhidas. A revalorização que este fator possibilita à discricionariedade administrativa é sensível na compatibilização entre políticas públicas e demandas sociais.⁶⁷³

Depreende-se das conclusões alcançadas acima que as finalidades da transparência administrativa dizem respeito exclusivamente à Administração Pública, a fim de que sejam satisfeitos o interesse público e as necessidades da população. A informação, isto é, os dados e subsídios a serem amplamente disponibilizados aos cidadãos devem servir ao controle dos atos administrativos, permitindo-se identificar eventuais violações aos princípios inerentes à Administração Pública, atos ilícitos que estariam sendo praticados, cumprimento da função pública e fiscalização do uso dos recursos públicos⁶⁷⁴. Na doutrina europeia, notadamente a italiana, após recentes alterações legislativas daquele país, a transparência tem sido associada à aferição da *performance* da Administração Pública por meio dos dados disponibilizados ao público⁶⁷⁵.

Em obra mais recente sobre o tema, Carmen Silvia Lima de Arruda define a transparência como um princípio – como Wallace –, mas também como um valor e um dever.

Enquanto valor, integraria a ética que deveria ser comum à conduta dos administradores num regime democrático:

A transparência, assim, se associa à ética, às boas práticas, bons costumes e boa governança, tornando-se termos quase indissociáveis, tanto na esfera individual como coletiva. A ética persegue valores, dentre eles a transparência, pois possibilita a aquisição de conhecimento, sendo o conhecimento um “projeto incessante de vida”.⁶⁷⁶

Neste ponto, faz referência à obra, também francesa, de Lasserre, Lenoir e Stirn, consultores do Conselho de Estado daquele país, que caracterizam a transparência administrativa como uma *exigência*, um *estado de espírito* e uma *esperança*. *Exigência*, a fim de que as instituições não degenerem para um arcaísmo, “esclerosadas pela rotina, envoltas em

⁶⁷³MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, *cit.*, p. 50.

⁶⁷⁴BOMBARDELLI, Marco. Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza. *Istituzioni del Federalismo*: rivista di studi giuridici e politici, n. 3-4, p. 661, 2013.

⁶⁷⁵Nesse sentido também a doutrina italiana, conforme BOMBARDELLI, Marco. Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza, *cit.*, p. 663; MANGANARO, Francesco. L’evoluzione del principio di trasparenza. In: SCOCA, Franco Gaetano (Ed.). *Scritti in memoria di Roberto Marrama*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. 650; FADIGATI, Ida. *Il principio di trasparenza nei contratti pubblici: il bando di gara*. Tese (Doutorado em Direito). Università degli studi di Napoli “Ferdico II”, Napoli, 2015. p. 37. Disponível em: <http://www.fedoa.unina.it/10226/1/Fadigati%20Ida%20tesi%20di%20dottorato.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁶⁷⁶ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 56.

autoridade, recolhidas em sua ineficiência”⁶⁷⁷. *Estado de espírito*, porquanto baseada na confiança recíproca entre o cidadão e a administração, numa relação de consciência e vontade. Acompanhada de esforços de educação da sociedade e de formação do corpo administrativo, ao interesse dos indivíduos nos processos coletivos corresponde a atenção do corpo administrativo às aspirações do meio social. *Esperança*, na medida em que a implementação de medidas tendentes a melhorar a relação entre governo e sociedade deve ser encarada com otimismo em relação ao futuro. Esse otimismo não se confunde com ausência de noção da realidade, porquanto os efeitos das medidas adotadas demandam tempo de adaptação do corpo administrativo, para que possam traduzir-se em mudanças reais nos comportamentos dos agentes públicos perante os indivíduos⁶⁷⁸.

Roberto Dromi também concebe a transparência administrativa como um valor, predicado pela ética pública, que deve prevalecer em todas as dimensões da gestão administrativa, estatal ou não⁶⁷⁹. Diana Galetta, no entanto, adverte que a transparência não deve ser compreendida como um valor em si mesma, mas guardar coerência com outros valores fundamentais como a proteção de dados e a privacidade devem ser garantidas a todo o momento. Por outro lado, se a política de transparência tem por objetivo assegurar a *accountability* do Estado, é preciso refletir se a mera política de dados abertos é suficiente para tal fim⁶⁸⁰.

Caracterizada como um dever jurídico, a transparência decorreria do princípio republicano e da publicidade, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal em voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso⁶⁸¹. Reflexo, portanto, de um direito fundamental, estaria subordinada ao princípio do não retrocesso, que impediria a adoção de medidas tendentes à restrição ou supressão das garantias existentes⁶⁸².

⁶⁷⁷LASSERRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN, Bernard. *La transparence administrative*. Paris: PUF, 1987. p. 230.

⁶⁷⁸*Id. Ibid.*, 231-232.

⁶⁷⁹DROMI, Roberto José. *Sistema y valores administrativos*, cit., p. 218.

⁶⁸⁰GALETTA, Diana-Urania. Transparency and access to public sector information in Italy: proper revolution. *Italian Journal of Public Law*, v. 6, n. 2, p. 212-213, 2014.

⁶⁸¹O acórdão foi preferido em sede de mandado de segurança impetrado contra negativa de acesso a dados referentes a verbas públicas de natureza indenizatória pagas a Senadores da República. Em seu voto, o Ministro afirma “[A] regra geral é a publicidade. Essa é uma decorrência de um conjunto de normas constitucionais, tais como o direito de acesso à informação por parte dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII) – especialmente quanto à documentação governamental (art. 216, § 2º) –, o princípio da publicidade (art. 37, *caput* e § 3º, II) e o princípio republicano (art. 1º), do qual se originam os deveres de transparência e prestação de contas, bem como a possibilidade de responsabilização ampla por eventuais irregularidades.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Mandado de Segurança nº 28.178*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília-DF, 4 de março de 2015. Diário da Justiça, Brasília-DF, 08 mai. 2015. p. 8).

⁶⁸²ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência*, cit., p. 58.

Ponto interessante trazido por Carmen de Arruda - e ainda objeto de debate na doutrina brasileira - é a relação existente entre o princípio da transparência e o da publicidade, questão que influenciou, inclusive, a estrutura do presente capítulo.

Num primeiro impulso, considerando que o princípio da publicidade se consolidou historicamente antes da ideia de transparência administrativa, é possível compreender que esta seria uma decorrência daquele, sob um ponto de vista meramente cronológico ou tomando-o como um dever jurídico. Nesta linha de raciocínio está o trabalho de Heli de Oliveira, em que a transparência é colocada como um fim ou objetivo da publicidade dos atos estatais:

Do princípio da publicidade decorre a transparência necessária e obrigatória das ações da Administração Pública, de modo a possibilitar o conhecimento e controle dessas ações pelos administrados. Pelo mesmo princípio, abre-se a possibilidade de acesso às informações de interesse público.⁶⁸³

Maria Sylvia Di Pietro filia-se ao entendimento de Wallace Martins Júnior, conferindo amplitude maior à transparência administrativa em detrimento do princípio da publicidade e acrescentando aos três elementos preconizados por Wallace – publicidade, participação e motivação –, o do devido processo legal⁶⁸⁴. A topografia adotada por estes autores justifica-se em virtude de a transparência possuir maior grau de “abstração, densidade, generalidade e indeterminação do que a publicidade”⁶⁸⁵.

Vislumbrando uma sinonímia entre os princípios, Juarez Freitas fala em “princípio da publicidade ou da máxima transparência” para definir a comunicação dos atos estatais à sociedade, associando-o à moralidade⁶⁸⁶. Dentre os autores mais recentes, Renata Schirato é categórica em sua afirmação, recolhendo em seus estudos elementos suficientes à seguinte conclusão:

[N]ão nos parece que o princípio da publicidade esteja aquém de um suposto supra princípio da transparência, pois o princípio da publicidade é como visto, muito mais do que simplesmente tomar um dado ato administrativo público para que o mesmo produza efeitos. Em verdade, a afirmação da administrativista é bastante perspicaz e reduz a questão ao que de fato interessa: os termos são sinônimos! Tão simples quanto isso.⁶⁸⁷

⁶⁸³OLIVEIRA, Heli Alves de. *O princípio da publicidade no direito administrativo*, cit., p. 41.

⁶⁸⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo, cit., p. 202.

⁶⁸⁵MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade, cit., p. 342.

⁶⁸⁶FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, cit., p. 70.

⁶⁸⁷SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social: direito administrativo em evolução?, cit., p. 121.

A definição da transparência administrativa, longe de uma acepção única, apresenta-se multifacetada, interseccionando o conteúdo de uma série de outros princípios norteadores da Administração Pública⁶⁸⁸. Se por um lado uma caracterização menos precisa a transforma num princípio *bon à tout faire*, e fatalmente pouco técnico⁶⁸⁹, há uma tensão entre a afirmação da transparência como princípio e a enumeração crescente de institutos voltados a defini-la de modo específico⁶⁹⁰.

Como princípio, no entanto, assume sua autonomia na medida em que consubstancia um parâmetro para a valoração da atuação administrativa, consubstanciando um *quid pluris* em relação aos direitos que a corporificam, como o direito de acesso à informação, o direito à publicidade e a participação, impondo à Administração Pública o dever de agir corretamente, para além das prescrições meramente formais da lei, compreendendo que a democracia exige uma *explicitação compreensível do poder*⁶⁹¹.

Corporificando o Estado Democrático de Direito e o próprio princípio democrático, a transparência administrativa enfeixa os deveres jurídicos estatais e correspondentes direitos públicos subjetivos que garantem a ampla divulgação de dados acessíveis quantitativa e qualitativamente, concernentes à organização e à atividade da Administração Pública, com o objetivo de permitir formas difusas de controle, a informação e a participação popular, no intuito comum de proporcionar uma relação dialógica entre Estado e sociedade, que conduza a decisões racionais e consensuais, garantindo o correto cumprimento das funções institucionais e o bom uso de recursos públicos.

4.7 A divulgação da informação em poder do Estado

Dando sequência ao recorte proposto no presente estudo, faz-se necessária a análise do aspecto específico da transparência administrativa atinente à divulgação da informação em poder do Estado, notadamente o modo de sua disponibilização. Parte-se, neste item, para a *práxis* da divulgação das informações em poder do Estado.

⁶⁸⁸ADIGATI, Ida. *Il principio di trasparenza nei contratti pubblici: il bando di gara*, *cit.*, p. 13.

⁶⁸⁹MANGANARO, Francesco. L'evoluzione del principio di trasparenza, *cit.*, p. 641.

⁶⁹⁰PAJNO, Alessandro. Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione. *Giustizia Civile*, n. 2, p. 213-246, 2015. Disponível em: <https://giustiziacivile.com/giustizia-civile-riv-trim/il-principio-di-trasparenza-alla-luce-delle-norme-anticorruzione>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁶⁹¹MANGANARO, Francesco. L'evoluzione del principio di trasparenza, *cit.*, p. 641.

A ideia de ampla divulgação contida na definição da transparência administrativa ensinaria o entendimento inicial de que toda e qualquer informação ou documento em poder do Estado deveriam ser acessíveis aos indivíduos, ressalvadas as situações de sigilo previstas em legislação. O objeto da transparência administrativa é justamente a informação, ou o “dato qualificado”, porquanto dotado de abstração informal que lhe confira significado e interesse à verificação da atuação administrativa para fins de controle e fiscalização.

A mera disponibilização dos dados, por sua vez, não é suficiente para o cumprimento do dever de transparência, sendo de rigor a qualidade da informação fornecida, que deve ser clara, adequada acessível e compreensível, de modo que o indivíduo que a receba possa absorver seu conteúdo e transformá-lo em conhecimento sobre as ações da Administração Pública⁶⁹². Na lição de Manganaro, para além das regras procedimentais, a transparência diz respeito à compreensão da ação administrativa por parte do cidadão comum⁶⁹³.

A acessibilidade da informação implica não só a diversidade de suportes em que a informação será disponibilizada (físico ou eletrônico, por meio de acesso direto via internet, em arquivos de formato aberto para visualização e manuseio dos dados em diferentes dispositivos e programas de leitura), mas também o acesso garantido à pessoa com deficiência⁶⁹⁴.

Neste ponto, vale o registro do estudo de Michener e Bersch sobre os critérios para “identificação” da transparência administrativa. Segundo os autores, duas condições básicas indicam se a informação disponibilizada pelo Estado atende aos critérios exigidos pela definição de transparência: a visibilidade e a *inferibilidade*, isto é, o fato de o conteúdo expresso no dado/informação ser *inferível* a quem o analisa, permitindo ao indivíduo formular conclusões acuradas⁶⁹⁵.

Pelo critério da visibilidade, a informação deve ser encontrada com facilidade e ser razoavelmente completa. Os registros governamentais, portanto, não podem estar trancafiados dentro de uma unidade administrativa. A disponibilidade nos meios físicos e eletrônicos não implica necessariamente a facilidade de localização, aludindo os autores a uma interessante

⁶⁹²ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência, cit.*, p. 76.

⁶⁹³No original: “*La trasparenza non è solo rispetto delle regole procedimentali, ma anche comprensibilità dell’azione amministrativa da parte del cittadino comune.*” (MANGANARO, Francesco. *L’evoluzione del principio di trasparenza, cit.*, p. 644).

⁶⁹⁴ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência, cit.*, p. 77.

⁶⁹⁵MICHENER, Gregory; BERSCH, Katherine. Identifying transparency. *Information Polity*, n. 18, n. 3, p. 234 e 237, July 2013.

imagem para ilustração da ideia: uma agulha protraindo de um palheiro, embora “visível”, é difícil de ser localizada. As informações devem possuir um alto grau de completude, suficiente para garantir uma “fotografia completa” do agir administrativo⁶⁹⁶.

A inferibilidade, por sua vez, aumenta ou diminui conforme a modulação de seus atributos principais: desagregação, verificabilidade e simplificação. O dado bruto, não tratado ou desagregado é aquele mais próximo da fonte, “na sua forma mais granular”, divulgado diretamente sem nenhum tipo de interferência de decisões políticas ou técnicas. Isso reduz a probabilidade de serem escolhidos, alterados ou apresentados de maneira mais favorável ao Estado por parte das autoridades administrativas, facilitando a sua reutilização em referências cruzadas ou a criação de novas visualizações e combinações, para apresentação a públicos diversificados. Os problemas ocorrem quando há um viés de seleção desses dados, erros na alimentação/programação dos sistemas de processamento e acesso ou ainda, lacunas na cadeia de informações⁶⁹⁷.

A informação verificada é aquela que foi checada por um terceiro. A verificação não implica, porém, a imediata confiabilidade do dado, dependendo dos critérios adotados pelas entidades que realizam tais operações ou seu grau de comprometimento no processo de checagem⁶⁹⁸.

Por fim, a simplificação da informação é o que a torna mais compreensível. A heurística simplificada torna a informação mais acessível, considerando-se que o texto, sua divulgação e decodificação por parte dos indivíduos consubstanciam etapas absolutamente distintas⁶⁹⁹. Na lição de Mark Fenster: “*Government disclosures more readily produce better public understanding and decision-making not merely when they are made available as raw information, but when they are made available in a way that the public can understand*”⁷⁰⁰.

A simplificação, no entanto, diz respeito às necessidades e capacidades dos produtores da informação e aqueles que a analisam. Fala-se, neste aspecto, em *transparência indireta*, quando a informação é compreendida apenas pelos *experts* no assunto, e *transparência direta*, que atinge um público maior e menos versado no assunto. O ideal é que a informação possa atingir o maior número de indivíduos, lembrando que a excessiva generalização pode custar a própria acuidade do dado⁷⁰¹.

⁶⁹⁶MICHENER, Gregory; BERSCH, Katherine. Identifying transparency, *cit.*, p. 238.

⁶⁹⁷*Id. Ibid.*

⁶⁹⁸*Id. Ibid.*

⁶⁹⁹FENSTER, Mark. The opacity of transparency, *cit.*, p. 925.

⁷⁰⁰*Id. Ibid.*, p. 942.

⁷⁰¹MICHENER, Gregory; BERSCH, Katherine. Identifying transparency, *cit.*, p. 239.

Justamente neste ponto relativo à completude e simplificação da informação há o risco de ocultação de condutas impróprias da Administração Pública e de sua ineficiência. Evocando novamente a casa de vidro, Enrico Carloni traz a imagem dos cômodos organizados, abertos à visita pública, e cômodos com portas fechadas, onde não há risco de receber hóspedes e pode reinar a máxima confusão⁷⁰².

Mark Fenster, por sua vez, adverte que a transparência pode prejudicar a tomada de decisões do governo, na medida em que afeta a capacidade de deliberação do agente público sobre questões políticas, restringindo ou distorcendo as informações. A divulgação de documentos oficiais pode inibir os agentes públicos responsáveis pela tomada de decisão, os quais deixariam de receber aconselhamento sincero e objetivo de sua equipe. Discussões fechadas permitiriam um debate mais amplo, considerando, inclusive, alternativas impopulares, sem a pressão do acompanhamento do público⁷⁰³. Por outro lado, é possível que os órgãos administrativos façam uso dos meios de classificação de conteúdo de informações para manutenção do sigilo⁷⁰⁴.

Os parâmetros e requisitos sobre a divulgação da informação em poder do Estado conduzem à formulação de determinados princípios comuns às legislações desenvolvidas para dar concretude à transparência administrativa, o que será explorado no capítulo seguinte.

No que tange às modalidades de disponibilização das informações, a doutrina subdivide o tema em transparência ativa (ou proativa) e transparência passiva (ou reativa). Odete Medauar propõe nomenclatura mais adequada, porquanto o termo passiva seria “contrário da obrigação imposta à Administração de propiciar o acesso a informações, que supõe atividade”, sugerindo transparência *de ofício* e transparência *provocada*, respectivamente⁷⁰⁵. Diz-se *ativa* quando a informação é tornada pública por iniciativa do órgão que a detém, sem requerimento, ainda que o dado não tenha sido por ele produzido⁷⁰⁶. A divulgação, nesta modalidade, ocorre de forma regular e sistemática⁷⁰⁷, com atualizações constantes que garantem a qualidade e atualidade do dado. Os principais problemas são os identificados nos parágrafos anteriores em relação à visibilidade e à inferibilidade.

⁷⁰²CARLONI, Enrico. La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa. In: ASTONE, Francesco; BARONCELLI, Stefania; CHIARA, Giuseppe (Coords.). *Scritti in onore di Giuseppe Palma*. Torino: Giappichelli, 2012. v. 2, p. 962.

⁷⁰³FENSTER, Mark. The opacity of transparency, *cit.*, p. 908.

⁷⁰⁴*Id. Ibid.*, p. 922.

⁷⁰⁵MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, *cit.*, p. 311.

⁷⁰⁶DARBISHIRE, Helen. *Proactive transparency: the future of the right to information?* Washington DC: World Bank Institute, 2009. p. 3.

⁷⁰⁷ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência*, *cit.*, p. 80.

José Fernando Brega indica qual seria o conteúdo mínimo a ser disponibilizado de maneira ativa pelos portais públicos dedicados à transparência:

Os sítios oficiais na internet devem trazer informações de interesse coletivo referentes a: a) competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; b) repasses ou transferências de recursos financeiros; c) despesas; d) licitações e contratos; e) programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; f) perguntas mais frequentes da sociedade. Outras informações podem ser acrescentadas, mas é sempre importante ter atenção para a necessidade de evitar a divulgação da informação inútil, pois a própria capacidade intelectual do usuário pode ser vencida pela confusão e sobrecarga decorrente da vertiginosa proliferação das Fontes e dos meios de comunicação⁷⁰⁸

Passiva, por sua vez, caracteriza a transparência nas situações em que a informação deve ser requerida para sua obtenção⁷⁰⁹. Aqui o desafio, segundo Michener, Contreras e Niskier é a necessidade de resposta da Administração Pública a demandas não antecipadas, para cumprimento em determinado prazo, configurando uma exigência maior do compromisso com o acesso à informação pública⁷¹⁰.

O uso das modalidades de divulgação é importante para a modulação da massa de informações cujo acesso é franqueado de ofício pela Administração Pública, como adverte Brega na parte final do trecho citado acima. Esse balanceamento evita a ocorrência de fenômenos decorrentes do quantitativo de informações disponibilizado, os quais serão analisados a seguir.

Ainda que a questão relativa à divulgação das informações em poder do Estado seja recente, a doutrina italiana identifica três gerações sobre a concretização do direito de acesso. Assim, segundo Milazzo, a primeira forma de acesso - e ainda hoje disponível - é o acesso documental, objeto das primeiras legislações sobre o assunto e franqueado a qualquer indivíduo, com a finalidade de favorecer a participação e assegurar a imparcialidade e a transparência⁷¹¹.

⁷⁰⁸BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 156.

⁷⁰⁹BRANS, Marleen; PETERS, B. Guy; VERBELEN, Bart. Rewards at the top: cross-country comparisons across offices and over time. In: BRANS, Marleen; PETERS, B. Guy (Eds.). *Rewards for High Public Office in Europe and North America*. New York: Routledge, 2012. p. 27.

⁷¹⁰MICHENER, Gregory; CONTRERAS Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Revista de Administração Pública*, FGV, Rio de Janeiro, n. 52, v. 4, p. 611, jul./ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/xJVxcSMSQpQ5qvjBsV7z7ph/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁷¹¹MILAZZO, Pietro. L'istituto simbolo della trasparenza amministrativa in Italia: il diritto di accesso alle informazioni detenute dalla amministrazione. Tra evoluzione normativa tumultuosa, dubbi interpretativi ed incertezza di tutela. In: PÉREZ TREMPES, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *Transparencia, acceso a información pública y lucha contra la corrupción: tres experiencias a examen: Brasil, Italia, España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 94.

A segunda geração do direito de acesso tinha por objetivo colmatar a lacuna entre o acesso e a transparência na sua vertente publicística, o que foi possível mediante a afirmação do princípio de acessibilidade total à informação em poder do Estado. Trata-se da própria corporificação da democracia administrativa, com o fito de promover a participação popular e favorecer formas difusas de controle das funções institucionais e sobre a utilização de recursos públicos. A característica desta geração foi a edição de normas que determinaram a divulgação ativa de uma grande massa de informações. Longe de traduzir-se numa transparência administrativa, a divulgação descontrolada e não homogênea de informações causou significativa fragmentariedade que culminou com o fenômeno da opacidade por confusão.⁷¹²

A geração mais recente, divisada naquele país no ano de 2016, é o advento de um modelo similar ao estadunidense, consistente no acesso cívico generalizado. Consiste na justaposição das outras formas de acesso existentes, permitindo o acesso a qualquer indivíduo, sem necessidade de motivação do requerimento. Todos os dados e documentos em poder da Administração Pública que seriam objeto de publicação estariam abrangidos por este direito, exceção feita àquelas limitadas por interesse público ou privado contrário e prevalente.⁷¹³

A opacidade mencionada por Milazzo é um dos efeitos nefastos da divulgação desorganizada das informações por parte do Estado, o que não guarda relação com eventual ausência de divulgação. Sobre o tema, Mark Fenster parte da concepção da teoria da transparência como um modelo clássico de comunicação, com determinadas condicionantes. A Administração Pública seria o emissor, desde que haja a imposição de requisitos para a divulgação da informação. A informação em poder do Estado seria a mensagem necessária para a consecução da democracia administrativa, desde que divulgada. O público, por fim, seria o receptor, que agiria de maneira previsível e informada, desde que tenha acesso à informação⁷¹⁴.

De início, é possível identificar sinais de opacidade na própria complexidade da estrutura burocrática governamental, que muitas vezes dificulta a identificação do responsável pela tomada de decisão ou de quem detém a informação. O Estado detém o monopólio do

⁷¹²MILAZZO, Pietro. L'istituto simbolo della trasparenza amministrativa in Italia: il diritto di accesso alle informazioni detenute dalla amministrazione. Tra evoluzione normativa tumultuosa, dubbi interpretativi ed incertezza di tutela, *cit.*, p. 96.

⁷¹³*Id. Ibid.*, p. 98-99. As conclusões apresentadas pelo autor italiano, no entanto, não são das mais animadoras. A transparência corporificada no direito de acesso configuraria mais um meio para perseguir outros interesses públicos do que propriamente um fim em si mesma. O direito de acesso cívico vive uma espécie de “limbo indefinido” entre o direito fundamental subjetivo, o direito de participação política e o papel do cidadão como cão de guarda da Administração Pública (*Id. Ibid.*, p. 104).

⁷¹⁴FENSTER, Mark. The opacity of transparency, *cit.*, p. 914.

conhecimento sobre suas informações, exercendo autoridade significativa sobre sua produção e armazenamento. A instituição de órgãos de controle interno é determinante para proporcionar certo equilíbrio em tais situações, permitindo a implementação e execução das políticas de transparência. Do mesmo modo, foros de debates entre as diversas unidades federativas e entre o poder público e entidades da sociedade civil conduzem a uma uniformização no desenvolvimento da política pública⁷¹⁵.

Fenster afirma que a teoria da transparência presume a existência de um público interessado em receber a informação estatal, o que não pode ser provado na prática. Mesmo os indivíduos mais interessados em assuntos políticos focam sua análise nos resultados das políticas públicas, em detrimento do planejamento e execução. Nesses termos, a participação do cidadão tem impacto extremamente pequeno na tomada das decisões pelo corpo administrativo. Essa realidade está longe de ser mitigada, uma vez que, segundo o autor, ainda que haja uma superabundância de informações, a compreensão da informação disponibilizada pelo Estado depende da capacidade interpretativa, do conhecimento, da cultura e do meio social em que inserido o indivíduo que a processa⁷¹⁶.

A “opacidade por confusão”, na lição de Enrico Carloni, é o fenômeno causado pelo excesso de informação estatal que confunde o indivíduo que a acessa: *“L’informazione utile, interessante, è resa disponibile, ma è difficilmente compresa nella sua portata perché inframmezzata a numerosi elementi privi di interesse”*⁷¹⁷. Outra hipótese indicada pelo professor italiano é a de conduzir a uma falsa compreensão dos indivíduos e da opinião pública, presumindo que a informação disponível corresponde a uma informação significativa:

È evidente la tentazione di ricorrere ad informazioni di più facile reperibilità in luogo di altre di più complessa ricostruzione, il che può condurre ad una rappresentazione inesatta, e fuorviante, della realtà e quindi distorcere le dinamiche dell’*accountability*⁷¹⁸.

⁷¹⁵FENSTER, Mark. The opacity of transparency, *cit.*, p. 916, 920-921.

⁷¹⁶*Id.* *Ibid.*, p. 928-930. Adentra-se aqui na esfera de alguns fenômenos psicológicos observados no corpo social, como o aumento do desejo pela transparência de ações governamentais quando se desconfia da existência de corrupção governamental ou de teorias da conspiração, consequência do chamado efeito Dunning-Kruger, viés cognitivo em que o baixo conhecimento sobre determinado tema por um indivíduo é inversamente proporcional à sua percepção sobre o domínio do assunto.

⁷¹⁷CARLONI, Enrico. La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa, *cit.*, p. 962. O fenômeno inclusive já foi reconhecido pela Suprema Corte italiana, conforme sentença proferida no ano de 2019 em sede de controle de constitucionalidade incidental (ITALIA. Corte Costituzionale. *Giudizio di Legittimità Costituzionale in via Incidentale. Sentenza n. 20/2019*. Relator: Nicolò Zanon. Roma, 20.11.2018. Gazzetta Ufficiale. Roma, 27 dez. 2019, n. 9. https://www.cnoconsulentidellavoro.it/files/PDF/AmministrazioneTrasparente/Sentenza_20-2019_CorteCostituzionale.pdf).

⁷¹⁸CARLONI, Enrico. La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa, *cit.*, p. 963.

A transparência também pode causar uma espécie de desvio do indivíduo que, atraído por numerosas informações disponíveis, não percebe outros fenômenos que se desenvolvem paralelamente, os quais não possuem o mesmo grau de transparência⁷¹⁹.

Uma última dinâmica de opacidade diz respeito ao uso da tecnologia da informação e a ausência de mecanismos que proporcionem equilíbrio e evitem uma assimetria informativa entre “conectados” e “desconectados”, isto é, aqueles que têm maior acesso e familiaridade com dispositivos eletrônicos e a utilização da internet para obtenção das informações e os que necessitam de auxílio para terem garantido o acesso ao dado em poder do Estado⁷²⁰. Uma das medidas adotadas pelo governo dos Estados Unidos, por exemplo, é a disponibilização de computadores com acesso à internet e pessoal qualificado para auxiliar os indivíduos nas chamadas salas de leitura (*Reading Rooms*)⁷²¹.

Especificamente em relação ao Brasil, Carmen Arruda aponta outras causas diretas que conduzem a situações de opacidade. Num grau ainda mais grave em relação à questão de indivíduos conectados ou não, a autora aponta que a deficiência na educação básica contribui, no país, para a chamada “exclusão digital”, impedindo que a informação estatal seja acessada de modo democrático, efetivo e consciente. O uso das ferramentas tecnológicas hoje disponíveis para a obtenção de informações em poder da Administração Pública na internet, bem como a interpretação do conteúdo ali disponibilizado dependem de um grau mínimo de instrução do indivíduo⁷²². De fato, ainda que o dado seja disponibilizado de maneira simplificada, será absolutamente inútil se o indivíduo não tiver a capacidade de decodificá-lo em informação.

A autora também menciona como causa de opacidade o que chama de “campanhas de desinformação”, caracterizadas pela divulgação maciça de informações falsas (*fake news*) difundidas indiscriminadamente “com o objetivo deliberado de confundir o público”⁷²³. As discussões sobre tal prática ganharam destaque em períodos eleitorais, não só no Brasil como em outros países, principalmente pela velocidade de disseminação proporcionada pela internet

⁷¹⁹CARLONI, Enrico. La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa, *cit.*, p. 963.

⁷²⁰*Id. Ibid.*, p. 964.

⁷²¹Criadas desde a edição da FOIA, consistem em espaços físicos das unidades administrativas dos Estados Unidos abertos aos cidadãos para que pudessem, inicialmente, acessar fisicamente os documentos em que contidas as informações estatais, hoje ampliadas para que a mesma atividade possa ser exercida também por meio de dispositivos eletrônicos conectados à internet.

⁷²²ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência*, *cit.*, p. 347-350.

⁷²³*Id. Ibid.*, p. 362-363.

e pelas redes sociais. O fenômeno, no entanto, também pode ser observado em diversos momentos históricos, notadamente ligados à propaganda estatal em regimes totalitários⁷²⁴.

Questões comuns a diversos países em relação às causas de opacidade, como o abuso na classificação de informações, o excesso de burocracia, a opacidade por confusão e a atuação de grupos de interesse como “atores invisíveis de poder” também foram apontados pela autora. Especificamente em relação ao Brasil, foram mencionados problemas estruturais não só em relação à ausência de regulamentação nos entes federativos, mas também as deficiências na avaliação da transparência, as baixas exigências em relação às modalidades de divulgação da informação e, em especial, problemas de opacidade em programas e projetos sociais. Uma das soluções apontadas para o controle da opacidade estaria na atuação de instituições governamentais e não governamentais de controle e monitoramento⁷²⁵. Além do fortalecimento dessas instituições, a facilitação de canais próprios para a efetivação de denúncias em relação às falhas na transparência administrativa, bem assim o papel dos chamados *whistleblowers*⁷²⁶, também são mencionados no profícuo estudo da autora⁷²⁷.

Não obstante o papel desenvolvido pelos órgãos de controladoria e ouvidoria dos entes administrativos, há o alerta de que tais estruturas sempre estão subordinadas hierarquicamente à chefia do Poder Executivo. A inexistência de órgão independente de controle, a exemplo do que ocorre em relação à proteção de dados, é apontada pela autora como uma deficiência para a implementação da transparência em nível nacional⁷²⁸.

Assim, para o cumprimento transparência administrativa, a divulgação da informação em poder do Estado deve utilizar todos os meios disponíveis, dos físicos aos telemáticos, com acessibilidade, a fim de garantir o acesso à maior amplitude de indivíduos possível, de maneira ágil e de fácil localização. A informação, por sua vez, deve corporificar um interesse coletivo

⁷²⁴Nesse sentido a menção de Carmen Arruda sobre a propaganda do regime totalitário nazista da Alemanha (1933-1945). (ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência, cit.*, p. 362).

⁷²⁵Como exemplo de instituição pública, a autora menciona a iniciativa do Ministério Público Federal no desenvolvimento do Ranking Nacional de Transparência. No âmbito de instituições privadas, destacam-se a Transparência Internacional e a *Open Government Partnership*. No âmbito nacional, as instituições mais conhecidas são a Transparência Brasil, o Contas Abertas e o Programa de Transparência da Fundação Getúlio Vargas, este fundado com a ajuda da *Open Society Foundation*. (*Id. Ibid.*, p. 377-378).

⁷²⁶*Whistleblower* ou “soprador de apito”, em tradução literal, é o indivíduo que relata informações que configuram atos ilícitos contra a Administração Pública ou contra o interesse público, também chamado de *lanceur d’alerte* ou *vedette civiche* na França e na Itália, respectivamente. Diferente dos delatores (“arrepentidos” ou “*pentiti*”, no direito italiano), estes estão de boa fé, não possuindo participação nos atos nem usufruindo de alguma vantagem em virtude da denúncia. As modernas legislações de combate à corrupção têm atentado para o papel indivíduos, garantindo-lhes proteção contra eventuais retaliações.

⁷²⁷ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência, cit.*, p. 379-380.

⁷²⁸*Id. Ibid.*, p. 379.

legítimo, permitindo que o indivíduo que a acessa tenha consigo um conteúdo completo, exato, objetivo, fidedigno, relevante, atual e idôneo⁷²⁹. A informação deve possuir o maior grau de inferibilidade possível, de modo que o dado “puro” possa ser interpretado de maneira simples, permitindo ao indivíduo a correta e exata compreensão do agir administrativo, bem como a possibilidade de análise e valoração do que se lhe apresenta.

A fim de que a divulgação da informação em poder do Estado atinja tais objetivos, faz-se necessária, além da verificação dos elementos identificadores da transparência, a modulação da massa de dados publicizada de ofício pela Administração Pública. Neste aspecto, o uso das modalidades de disponibilização é de suma importância, a fim de evitar situações de opacidade, seja por omissão ou por confusão devido a situações de “superdivulgação”.

Em suma: a informação disponibilizada de ofício pelo Estado (ativa) deve permitir, *prima facie*, o acesso a dados suficientes e preponderantes para que se possa aferir corretamente a atividade administrativa, a motivação das decisões tomadas e o emprego dos recursos públicos, característicos de um interesse coletivo legítimo. Por seu turno, dados complementares destinados ao aprofundamento de questão específica, cuja divulgação ativa é despicienda por não comprometer a aferição e valoração do agir administrativo, podem ser disponibilizados pela modalidade provocada. Isso não implica, necessariamente, a ocultação da informação ou uma situação de opacidade, mas uma otimização do conteúdo dos bancos de dados em poder do Estado.

4.8 Agente público e a transparência remuneratória

Como desenvolvido nos itens anteriores, a transparência administrativa tem por finalidade garantir aos indivíduos a possibilidade de acompanhamento da aplicação dos recursos públicos. A divulgação do quadro financeiro-orçamentário, com os demonstrativos de receitas e despesas, consubstancia a ação mais basilar para tal análise. O recorte proposto no presente trabalho orienta seu foco na disponibilização das informações atinentes às despesas efetivadas com os agentes públicos, notadamente na chamada transparência estipendiária. Neste item, propõe-se a fixação das definições necessárias ao desenvolvimento do tema e o atual estágio de discussão.

⁷²⁹BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*, cit., p. 158.

A definição de agente público engendra a dicotomia entre função administrativa e a função política, oriunda do próprio processo histórico de surgimento da Administração Pública. Segundo Chevallier, não há administração concebível sem processo de diferenciação política, do mesmo modo que não há dominação política concebível sem a assistência de órgãos administrativos⁷³⁰.

Ao final da Revolução Francesa, fazia-se necessária a existência de organizações que dessem concretude ao exercício das restrições estatais monopolizadas pelo Estado a partir daquele momento, bem como as prestações materiais aos indivíduos que se propunha a realizar. Havia uma clara distinção entre os representantes eleitos, habilitados a dirigir os destinos da nação (função política), e os agentes encarregados de executar a sua vontade, realizando interesses coletivos concretos (função administrativa)⁷³¹. O corpo de funcionários da Administração Pública, atuando na condição de delegados, mandatários, representantes, agindo em nome e por conta do Estado, surge como a face tangível do Estado, cuja estrutura burocrática se desenvolverá no período napoleônico⁷³². Esta subdivisão, diz Hauriou é consequência da separação dos Poderes que engendra como corolário a separação do pessoal executivo dos “homens políticos” do legislativo ou de outros cargos eletivos⁷³³.

No que tange à definição de agente público no direito brasileiro, Maria Sylvania Di Pietro leciona como tal “toda pessoa física que presta serviços ao Estado ou às pessoas jurídicas da Administração Indireta”⁷³⁴.

Edmir Netto de Araújo acrescenta elementos que conferem maior concisão à definição, condizente com o objeto do presente trabalho:

Com efeito, todo aquele que de alguma forma, sobre qualquer categoria ou o título jurídico desempenha função ou atribuição considerada pelo poder público como a se pertinente seja em virtude de relação de trabalho estatutária ou não, seja em razão de relação contratual em cargo público ou qualquer outra forma de função de natureza Pública será, enquanto a desempenhar um agente público⁷³⁵.

⁷³⁰No original: “*il n'y a pas d'administration conceivable sans processus de différenciation politique; et, à l'inverse, il n'y a pas non plus des domination politique conceivable sans l'assistance des organes administratifs.*” (CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative, cit.*, p. 83).

⁷³¹*Id. Ibid.*, p. 263 e ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Buenaventura Pellise Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1, p. 9.

⁷³²CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative, cit.*, p. 84-92 e 153.

⁷³³HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^a ed., 1933, reimpr. Paris: Dalloz, 2002. p. 751.

⁷³⁴DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 680.

⁷³⁵ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 288.

Partindo-se da divisão histórica entre função pública e função política, a doutrina propõe subdivisões dos agentes públicos, basicamente, em agente político, servidor público e particular em colaboração com a Administração Pública. Algumas considerações sobre o tema são necessárias.

Servidor público é o indivíduo que possui uma relação profissional de caráter não eventual, em que há vínculo de subordinação ao Estado, investido em cargo público pela autoridade competente, em caráter permanente, sujeito a regime estatutário, ou contratado sob regime trabalhista, ainda que por tempo determinado, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público⁷³⁶. Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta a distinção dos servidores das pessoas governamentais de direito privado, que exercem suas atividades em empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado instituídas pelo poder público. Estes e os servidores públicos integrariam o gênero “servidores estatais”⁷³⁷. Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, distingue entre servidores públicos e servidores públicos militares, em virtude de não serem a eles aplicáveis todos os dispositivos constitucionais aplicáveis aos servidores públicos civis⁷³⁸.

O particular em colaboração com a Administração Pública, por sua vez, presta serviços ao Estado sem vínculo empregatício, podendo ou não ser remunerado. Possui relação jurídica com o Estado decorrente de avença contratual ou de regime de autorização ou permissão administrativas, bem como delegatários do Poder Público, como os oficiais de serviços notariais e de registro⁷³⁹. Também estão incluídos nesta categoria os indivíduos que prestam serviços regulares e temporários para o Estado, seja por requisição, nomeação ou designação, para o exercício de certos encargos, tais como a prestação de serviço militar, a participação como jurado no Tribunal do Juri ou exercendo a função de mesário por ocasião das eleições, exercendo um múnus público. Há, ainda, a figura do gestor de negócios públicos, que de maneira espontânea assume funções públicas em situações emergenciais (epidemias, calamidades públicas etc.)⁷⁴⁰.

O agente político, por fim, corresponde ao integrante da alta Administração, eleito ou nomeado em comissão, em termos transitórios. São os titulares dos chamados órgãos da administração superior ou que integram colegiados componentes da alta estrutura jurídico-

⁷³⁶ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 289.

⁷³⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 255.

⁷³⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 686-687.

⁷³⁹ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 289 e 291.

⁷⁴⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 258.

constitucional estatal. Não há vínculo profissional, mas sim de natureza política, numa relação jurídica de representação, porquanto tais indivíduos manifestam originariamente a vontade do Estado, agindo em nome e por conta deste, exercendo um múnus público. Atingem estes postos por eleição ou por relação de confiança quando auxiliares imediatos dos membros eleitos, a exemplo de Ministros ou Secretários de Estado ou de Município. A transitoriedade é a característica principal desses agentes, porquanto, necessariamente deixam a Administração Pública ao término de seus mandatos, ou por motivos de cassação de mandato, afastamento ou renúncia. No caso dos não eleitos, deixam os cargos na mudança daqueles que detém o poder de nomeação e exoneração, ou por exoneração a pedido ou determinada pela autoridade nomeante, além de outros modos de cessação do vínculo⁷⁴¹. Na lição de Di Pietro, “[a] ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo)”⁷⁴².

Aqui faz-se importante, também, a distinção entre os cargos políticos, integrantes do chamado “primeiro escalão” da Administração Pública (Ministro ou Secretário de Estado, por exemplo), e os cargos administrativos cuja nomeação ocorre por uma relação de confiança da autoridade competente (cargos *comissionados* ou *em comissão*). Tais cargos podem ser ocupados tanto por servidores públicos estatutários como por indivíduos que não detenham cargo público na estrutura hierárquica administrativa (*livre provimento*) e implicam o exercício de funções de relevo, como direção, chefia ou assessoramento. Em relação a esses cargos, o enunciado da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal veda a nomeação de parentes próximos da autoridade nomeante (nepotismo), ainda que dissimulada em designações cruzadas⁷⁴³. A vedação, no entanto, não se aplica em relação aos chamados cargos de natureza política, tais como os de secretários de estado, nomeados por agente político eleito. A legislação atinente à improbidade administrativa, artigo 13, *caput* e § 2º, da Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na redação conferida pela Lei Federal n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, por sua vez, exige que o agente público apresente sua declaração de imposto de renda cada vez que

⁷⁴¹ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 290.

⁷⁴²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 681.

⁷⁴³Súmula Vinculante n. 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

assumir cargo público e quando cessado o seu exercício⁷⁴⁴. Tais distinções e exigências legais conduzem a algumas conclusões importantes.

O histórico da distinção entre a função política e a função administrativa, bem assim as distinções entre os agentes públicos e as exigências em relação a determinadas categorias de cargos dentro da estrutura administrativa conduzem à identificação de graus de poder de decisão, seja de natureza política ou administrativa, o que vai determinar a observância de deveres e vedações previstas no ordenamento. Isso permite que seja identificado um escalonamento de agentes públicos mais expostos pública e politicamente do que outros.

Essa percepção também é notada na doutrina estrangeira em relação à possibilidade de influência política do servidor público em relação ao agente político, dependendo do grau de proximidade hierárquica, como indica Chevallier:

Les fonctionnaires disposent d'une capacité inégale d'influence politique. Celle-ci dépend avant tout du *degré de proximité* par rapport aux décideurs politiques: au niveau local comme au niveau national, ce sont les fonctionnaires qui leur rang hiérarchique met en contact permanent avec les élus - secrétaire de mairie, directeur des services départementaux ou régionaux [...], directeur d'administration centrale - qui sont dotés des ressources politiques les plus affirmées.⁷⁴⁵

A fim de conferir concretude à transparência administrativa, o acesso e conhecimento amplo e irrestrito das informações financeiras que envolvam verbas públicas, com fundamento na publicidade dos atos governamentais, exigem que a despesa referente ao corpo de pessoal político e administrativo seja igualmente divulgada. Segundo Wallace Martins Júnior, a transparência estipendial dos agentes públicos protege o direito de acesso à informação em poder do Estado “com um mínimo ônus à privacidade (acessibilidade restrita, responsabilidade do uso), justificado pelo interesse público da especial natureza do exercício da função pública e dos fins do controle iluminados pela moralidade administrativa”⁷⁴⁶.

De fato, o detalhamento das despesas efetivadas com a manutenção do quadro de pessoal da Administração Pública e da estrutura que envolve a atuação dos agentes políticos é indiscutível. A possibilidade de escalonamento dos agentes públicos conforme o grau de

⁷⁴⁴Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

[...]

§ 2º A declaração de bens a que se refere o *caput* deste artigo será atualizada anualmente e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, do cargo, do emprego ou da função.

[...]

⁷⁴⁵CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*, cit., p. 254.

⁷⁴⁶MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*, cit., p. 259.

exposição, do regime de competência e do poder detido por cada indivíduo, no entanto, deve ser considerada para que haja um balanceamento entre a informação disponibilizada com a finalidade de controle e participação democrática e o mínimo ônus à privacidade desses indivíduos. A positivação da transparência definirá este balanceamento, como se verá a seguir.

5 POSITIVAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA

Não obstante a menção ao termo “transparência” a partir dos anos 1970, os primórdios da positivação do direito de acesso à informação administrativa teriam surgido treze anos antes da Revolução Francesa, no Reino da Suécia, cujo território abrangia também a atual Finlândia.

Por iniciativa do deputado e pastor protestante Anders Chydenius, conhecido por suas teorias liberais como o “Adam Smith nórdico”, foi editada em 1766 a Lei para a Liberdade de Imprensa e do Direito de Acesso aos Atos Públicos (em inglês, “*Freedom of Press and the Right of Access to Public Records Act*” ou *Tryckfrihetsförordningen*), incorporada desde então às leis fundamentais que corporificam a Constituição sueca⁷⁴⁷.

Após estabelecer as balizas do direito à liberdade de imprensa, o documento estende o direito de acesso a todos os documentos, correspondências, sentenças, julgamentos e tudo o que foi produzido no passado ou venha a ser no futuro pelos órgãos públicos, sendo possível a qualquer pessoa requerer e obter uma cópia, com cominação de pena em virtude da recusa. Interessante notar que há ressalvas em relação a certas informações “sensíveis”, tais como delitos e abominações graves e desconhecidas, blasfêmias contra Deus e o Chefe de Estado e superstições, os quais deveriam ser excluídos. Casos criminais solucionados amigavelmente só poderiam ser objeto de publicidade com o consentimento das partes, enquanto vivos⁷⁴⁸. O documento garantia também o livre acesso aos documentos *in loco* (§ 10)⁷⁴⁹.

O diploma legislativo foi editado no contexto da chamada Era da Liberdade da Suécia (1719-1722), período em que instituído o parlamentarismo naquele Estado, como ocorreu com o Parlamento inglês. A inspiração do pastor luterano veio da China, cuja cultura estava em voga na Suécia do século XVIII⁷⁵⁰. Chydenius demonstra interesse específico pelo Escritório de

⁷⁴⁷A Constituição do atual Reino da Suécia é composta por quatro leis fundamentais, a saber: o Instrumento de Governo (*Instrument of Government*), o Ato de Sucessão (*Act of Succession*), a Lei de Liberdade de Imprensa (*Freedom of the Press Act*) e a Lei Fundamental sobre a Liberdade de Expressão (*Fundamental Law on Freedom of Expression*). Além destas, há a Lei do Parlamento (*The Riksdag Act*), que ocupa uma posição entre uma lei fundamental e uma lei ordinária. (In: SWEDEN. *Documents and laws*. Disponível em: <https://www.riksdagen.se/en/documents-and-laws/docs--laws/laws/>. Acesso em: 19 ago. 2022).

⁷⁴⁸HOGG, Peter. His Majesty’s Gracious Ordinance Relating to Freedom of Writing and of the Press (1766). In: THE WORLD’S First Freedom of Information Act - Anders Chydenius’ Legacy Today. Kokkola: Anders Chydenius Foundation, 2006. p. 13.

⁷⁴⁹*Id. Ibid.*, p. 14-15. Ainda que extremamente vanguardista em relação ao acesso a documentos públicos, a lei estabelecia a vedação a qualquer texto contrário à doutrina evangélica (à época, a Suécia era um Estado confessional, permanecendo nesta situação até o ano 2000).

⁷⁵⁰RYDHOLM, Lena. China and the world’s first freedom of information act: the swedish Freedom of the Press Act of 1766. *Javnost – The Public*, v. 20, n. 4, p. 47, 2013. À época, a China vivia o esplendor da dinastia Ch’ing (Qing), período de grande prosperidade política e territorial que se refletiu também nas artes e na literatura.

Censura Imperial (“*Imperial Censorate*”), órgão de filosofia humanista confuciana, cujas principais competências eram vigiar o governo e seus funcionários e expor ineficiências burocráticas, incapacidades administrativas e corrupção⁷⁵¹.

O período parlamentar encerra-se em 1772 com um golpe de Estado que reduz o acesso a documentos públicos e deixa à discricionariedade do monarca a decisão sobre o que publicar⁷⁵². Em 1949 a lei foi revisada, restabelecendo-se o direito de acesso para encorajar a liberdade de intercâmbio de opiniões e o acesso à informação⁷⁵³. Na atual redação, o direito foi estendido a qualquer pessoa, acrescentando-se o fomento à liberdade de criação artística⁷⁵⁴.

A segunda legislação pioneira a contemplar iniciativas de transparência administrativa indicada pela doutrina foi editada na Colômbia. Toby Mendel⁷⁵⁵, assim como Ackerman e Sandoval⁷⁵⁶ apontam como referência o “Código de Organização Política e Municipal” de 1888⁷⁵⁷, oriundo do período em que aquele país se fundou como Estado unitário a partir da Constituição de 1886. Trata-se de texto normativo bastante abrangente, incluindo desde matérias relativas a legística, classificação, validade e eficácia das normas jurídicas, até a organização administrativa e competências de órgãos do Poder Legislativo e Executivo dos Departamentos, Províncias e Distritos. O artigo 357 permitia que os cidadãos solicitassem cópia de documentos a repartições ou arquivos administrativos, desde que não tivessem caráter reservado, arcando com os custos do papel e do amanuense⁷⁵⁸. O mesmo direito era franqueado

⁷⁵¹LAMBLE, Stephen. Freedom of information, a Finnish clergyman’s gift to democracy. *Freedom of Information Review*, n. 97, p. 3, Feb. 2002. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FoIRw/2002/2.pdf>. O relato que faz a respeito, num panfleto de 1766 (CHYDENIUS, Anders. *Account of the Chinese freedom to write translated from Danish*. Tradução de Peter Hogg. Stockholm: Lars Salvius, 2018. Disponível em: <https://chydenius.kootutteokset.fi/en/kirjoituksia/kinesiska-skrivfriheten>. Acesso em: 20 ago. 2022), baseia-se em descrições do império chinês feitas pelo padre jesuíta francês Jean-Baptiste Du Halde em 1735 (*Description de la Chine*).

⁷⁵²MANNINEN, Juha. Anders Chydenius and the origins of world’s first freedom of information act. In: THE WORLD’S First Freedom of Information Act - Anders Chydenius’ Legacy Today. Kokkola: Anders Chydenius Foundation, 2006. p. 52.

⁷⁵³SWEDEN. *The Freedom of the Press Act (1949)*. Disponível em: <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-freedom-of-the-press-act-2015.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁷⁵⁴SWEDEN. *The Freedom of the Press Act (2018)*. Disponível em: <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/tryckfrihetsforordning-eng-2021.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁷⁵⁵MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. Tradução de Marsel N. G. de Souza. 2. ed. Brasília-DF: UNESCO, 2009. p. 26.

⁷⁵⁶ACKERMAN, John Mill; SANDOVAL, Irma Eréndira. *Leyes de acceso a la información en el mundo*. Ciudad de Mexico: IFAI, 2008. p. 23 e 34.

⁷⁵⁷Lei n. 149, de 3 de dezembro de 1888. A versão integral da norma encontra-se em MAYORGA GARCÍA, Fernando (Dir. Acad.). *Historia institucional de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.* – Documentos históricos. Bogotá: Subdirección Imprenta Distrital, 2011. t. 3, p. 161-238. Disponível em: https://archivobogota.secretariageneral.gov.co/sites/default/files/documentos_secretaria_general/HISTORIA_INSTITUCIONAL_ALCALDIA_TOMO_III.pdf. Acesso em: 12 ago. 2022.

⁷⁵⁸Art. 357. Todo individuo tiene derecho a que se le den copias de los documentos que existen en las Secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo, siempre que no tengan carácter de reserva; que el que

aos documentos do Conselho Municipal (art. 204), o equivalente à Câmara Municipal do direito brasileiro. Uma pesquisa mais aprofundada indicou a existência de preceitos de mesmo conteúdo no período da Confederação Granadina e dos Estados Unidos da Colômbia, quando os Estados soberanos puderam organizar seus códigos administrativos em relação a tudo aquilo que não configurava poder da federação⁷⁵⁹. Assim o artigo 199 do “Código Político i Municipal del Estado de Cundinamarca”, de 1858⁷⁶⁰; artigo 123 do “Código Político i Municipal del Estado Soberano de Bolívar”, de 1873⁷⁶¹; artigo 572 do “Código Administrativo del Estado Soberano del Cauca”, de 1879⁷⁶²; e antes deste o artigo 35 da Lei nº 135, de 1º de novembro de 1863⁷⁶³, do mesmo Estado Soberano.

Outras iniciativas legislativas com tais objetivos surgem apenas no século XX, com a Finlândia (1951), seguida pelos Estados Unidos (1966). Entre os chamados “países pioneiros”, por terem adotado leis de acesso à informação antes da tendência mundial de democratização dos anos 1980, estão mais dois países nórdicos (Dinamarca e Noruega, em 1970), três ex-colônias britânicas (Canadá, em 1983, Austrália e Nova Zelândia, em 1982) e a França (1978)⁷⁶⁴.

É possível identificar diferenças interessantes entre as legislações de inspiração no chamado “modelo nórdico” e dos países anglófonos, que se assemelham muito aos distintos caminhos trilhados desde as revoluções iluministas. Segundo Lambie⁷⁶⁵, o modelo sueco tem forte base constitucional, com antecedentes nos movimentos de ideias liberais individuais e de liberdade de expressão, enquanto o modelo norte-americano teve influências nos movimentos antigovernamentais, de ideias democráticas do pós-guerra, de interesses da imprensa e do

solicita la copia suministre el papel que debe emplearse y pague el amanuense; y que las copias puedan sacarse bajo la inspección de un empleado de la oficina, y sin embarazar los trabajos de éstos.

Ningún empleado podrá dar copia simple de documentos que tengan carácter reservado, ni copia auténtica de cualesquiera documentos, sin orden del Jefe de la oficina de quien dependa.

⁷⁵⁹VARGAS ROZO, Óscar Eduardo. Estudio sobre los antecedentes, derogatorias y vigencia de la Ley 4ª de 1913. In: COLOMBIA. Senado de la República. *Ley 4ª de 1913 - Código de Régimen Político y Municipal con jurisprudencia y estudio sobre sus antecedentes, derogatorias y vigencia*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 23 e 27.

⁷⁶⁰MAYORGA GARCÍA, Fernando (Dir. Acad.). *Historia institucional de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Documentos históricos*, cit., t. 3, p. 122.

⁷⁶¹COLOMBIA. *Código político i municipal expedido por la Asamblea Lejislativa del Estado Soberano de Bolivar*. Cartagena: Tipografía Antonio Araujo L., 1872, p. 36.

⁷⁶²COLOMBIA. *Recopilación de leyes del Estado Soberano del Cauca*. Popayan: Imprenta del Estado, 1879. p. 102.

⁷⁶³COLOMBIA. *Código de leyes i decretos del Estado Soberano de Cauca - espedidos en 1863 i 1865*. Bogotá: Tipografía de Gaitán, 1866. p. 149.

⁷⁶⁴ACKERMAN, John Mill; SANDOVAL, Irma Eréndira. *Leyes de acceso a la información en el mundo*, cit., p. 34.

⁷⁶⁵LAMBIE, Stephen. United States FoI laws are a poor model for statutes in other nations. *Freedom of Information Review*, n. 106, p. 54, Aug. 2003.

interesse presidencial em deter “o avanço da burocracia e sua conversão em um ‘quarto poder’”⁷⁶⁶.

O modelo sueco tem *status* constitucional e conta com procedimentos ágeis e custo baixo ou inexistente, além de contar com grande controle por parte da mídia e da população.

O modelo norte-americano tem fundamento em ato do Congresso – dada a estrutura extremamente enxuta de sua Constituição⁷⁶⁷ –, que pode ser alterado com maior facilidade, e possui procedimentos morosos e com custos altos. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por sua vez, garante o dever de publicidade como decorrente da liberdade de expressão e do devido processo legal, expressos na 1ª e 14ª Emendas à Constituição, respectivamente, mas nega *status* constitucional ao direito de acesso generalizado a documentos e informações governamentais com fundamento na mesma 1ª Emenda⁷⁶⁸.

Do histórico das legislações ora mencionado, dos parâmetros e requisitos sobre a divulgação da informação em poder do Estado e a partir de critérios e práticas internacionais podem ser formulados determinados princípios comuns às leis de acesso à informação, assim sistematizados por Heli de Oliveira:

- O acesso é a regra, o sigilo, a exceção (divulgação máxima);
- O requerente não precisa dizer por que e para que deseja a informação (não exigência de motivação);
- As hipóteses de sigilo são limitadas e legalmente estabelecidas (limitação de exceções);
- Fornecimento gratuito de informação, salvo custo de reprodução (gratuidade da informação);

⁷⁶⁶O professor australiano, relata que “ironicamente”, uma das motivações para a aprovação de uma lei de liberdade de informação nos Estados Unidos foi a de neutralizar a interferência política junto aos servidores públicos, a fim de mantê-los “em seu devido lugar”. O movimento remonta à instalação de um comitê no ano de 1937 pelo presidente Franklin, D. Roosevelt, conhecido como Comitê Brownlow. As conclusões do grupo de trabalho conduziram à aprovação, inicialmente, da Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), de 1946. Nessa linha de raciocínio, a FOIA, aprovada em 1966, teria o potencial de um “cão de guarda” para conter o avanço da burocracia em tornar-se um quarto poder *de facto* do governo, na medida em que induziria uma nova cultura entre os servidores públicos e na sociedade, no sentido de que a Administração Pública tinha o dever de ser transparente e responsável a todos e não apenas aos políticos. Outras referências sobre o período podem ser verificadas em WERHAN, Keith. *Principles of administrative law*, cit. e FUNK, William F. Public participation and transparency in administrative law – three examples as an object lesson. *American Law Review*, v. 61, n. 171, p. 171-198, 2009.

⁷⁶⁷WERHAN, Keith. *Principles of administrative law*, cit., p. 10-13.

⁷⁶⁸ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência*, cit., p. 118 e 120. Defendendo o dever de publicidade, a autora menciona o caso *Grosjean v. American Press. Co., Inc.*, 297 US 233 (1936), em que a Corte o define como questão de maior importância, conforme o direito natural dos indivíduos de uma sociedade organizada de tomar parte e obter informações sobre seus interesses comuns. Por sua vez, a negativa da Corte a um direito constitucional de livre acesso a instalações públicas para obtenção de informações ocorreu no caso *Houchins v. KQED*, 438 US 1 (1978), em que foi negado o acesso de uma rede de televisão a um presídio para a obtenção de informações sobre as condições dos prisioneiros.

- Divulgação proativa de informações de interesse coletivo e geral (transparência ativa);
- Criação de procedimentos e prazos que facilitam o acesso à informação (transparência passiva).⁷⁶⁹

Não obstante o empenho na concreção da transparência administrativa, as leis de acesso à informação criam duas frustrações principais, na visão de Mark Fenster: o desenho institucional da estrutura e dos requisitos para a divulgação da informação sobrecarregam determinadas unidades governamentais em detrimento de outras. Não são capazes, ainda, de definir adequadamente o tempo e o modo de disponibilização dos dados, ignorando as necessidades específicas da sociedade. Como resultado, a legislação de acesso à informação frequentemente falha em prover o público com informação essencial e compreensível, no tempo apropriado e de maneira legítima⁷⁷⁰.

A solução para esses problemas, segundo o autor, seria a edição de leis de governo aberto que focassem especificamente em maximizar os benefícios e minimizar os custos, envolvendo duas linhas básicas de ação em relação às decisões tomadas pelo público e pelo governo:

The government must be able to protect its decisional process from the interference that excessive scrutiny brings, while the public must be able to evaluate the government's decision as soon as possible-and, where possible and appropriate, in order to allow public input and oversight before a final decision is made. To do so, the public must have access to not merely, and perhaps not even, a comprehensive quantity of information explaining the government's decision, but, equally important, the most comprehensible presentation of information, in as timely a manner as possible. What matters, then, is considering how government and the public make use of information and how best to optimize that use.⁷⁷¹

Nessa linha de raciocínio, prossegue Fenster, é possível defender a manutenção do sigilo durante o processo da tomada de decisão por parte da Administração Pública. Uma vez que o processo esteja encerrado, a necessidade de proteção da deliberação governamental diminui consideravelmente, enquanto a necessidade do público em acessar as informações que a embasaram aumenta muito mais. Aqui estaria o custo administrativo a ser reduzido, o qual residiria apenas em tornar a informação disponível⁷⁷².

⁷⁶⁹OLIVEIRA, Heli Alves de. *O princípio da publicidade no direito administrativo*, cit., p. 112.

⁷⁷⁰FENSTER, Mark. *The opacity of transparency*, cit., p. 933.

⁷⁷¹*Id. Ibid.*, p. 940.

⁷⁷²*Id. Ibid.*

5.1 Tutela da transparência no ordenamento jurídico internacional

No âmbito internacional, o direito à informação é reconhecido como direito humano fundamental, corolário do direito à liberdade de expressão, conquanto o emprego de seus privilégios não implique abusos. Assim foi declarado pela Organização das Nações Unidas em 1946, nos termos da Resolução nº 59 (I) da 1ª Sessão da Assembleia Geral, ao convocar a Conferência Internacional sobre a Liberdade de Informação⁷⁷³. Essa mesma garantia, ainda sem diferenciação em relação à obtenção de informações governamentais, permaneceu na DUDH, nos termos de seu artigo 19:

Artigo 19º Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Vinte anos mais tarde, o Pacto de Direitos Civis e Políticos traz em seu artigo 19 uma redação mais aprimorada, estabelecendo que o direito pode materializar-se verbalmente ou por escrito, em forma impressa, artística ou por outros meios. O exercício do direito implica deveres e responsabilidades especiais, estando sujeito a restrições que devem constar expressamente em lei para assegurar o respeito a outros direitos e a reputação das pessoas, bem como para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

A menção efetiva à publicidade de informações em poder do Estado virá na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida, adotada pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução nº 58/4, de 31 de outubro de 2003, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2003. O artigo 9º determinará a transparência das contratações e da gestão da fazenda pública, com a determinação, dentre outras medidas, da “apresentação oportuna de informação sobre gastos e ingressos”.

O artigo 10 trata especificamente da informação pública, obrigando o Estado Parte a adotar medidas que aumentem a transparência administrativa. Em rol exemplificativo, menciona a instituição de procedimentos ou regulamentações para a obtenção de dados sobre o

⁷⁷³Nas considerações iniciais da Resolução, no original: “*Freedom of information is a fundamental human right and is the touchstone of all the freedoms to which the United Nations is consecrated; Freedom of information implies the right to gather, transmit and publish news anywhere and everywhere without fetters. As such it is an essential factor in any serious effort to promote the peace and progress of the world; Freedom of information requires as an indispensable element the willingness and capacity to employ its privileges without abuse. It requires as a basic discipline the moral obligation to seek the facts without prejudice and to spread knowledge without malicious intent;*”

funcionamento, organização e tomada de decisões governamentais, respeitando-se a intimidade e as informações pessoais, bem como a facilitação do acesso público às autoridades responsáveis pela tomada de decisões e a publicidade periódica de informação, que poderia indicar os riscos de corrupção na Administração Pública.

Ainda no âmbito da ONU, a Resolução 70/1, adotada pela Assembleia Geral durante a Cúpula das Nações Unidas de 2015, aprovou a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, composta de 17 Objetivos Globais a serem implementados pelos signatários⁷⁷⁴. A transparência integra o Objetivo número 16, tendo como vetores o desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis (16.6); a participação popular, representatividade e inclusão para a tomada de decisões (16.7); e a garantia de acesso público à informação, protegendo as liberdades fundamentais (16.10).

No âmbito de organizações internacionais regionais de que o Brasil participa, a CADH, em seu artigo 13, repete a redação do Pacto de Direitos Civis e Políticos, acrescentando vedações em relação à restrição do direito de expressão e a propaganda em favor da guerra, bem como a apologia ao ódio nacional racial ou religioso, permitida a censura prévia a espetáculos públicos para proteção da moral da infância e da adolescência.

O preceito da CADH é reforçado pela Carta Democrática Interamericana (CDI)⁷⁷⁵, aprovada pela Assembleia Geral da OEA na Conferência de Lima, em 11 de setembro de 2001. Reconhecendo a democracia representativa como indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, inclui a transparência das atividades governamentais e a responsabilidade dos governos na gestão pública como componentes fundamentais para o seu exercício (art. 4º).

A Resolução da Assembleia Geral da OEA nº 2.514, de 4 de julho de 2009, dispõe sobre o acesso à informação pública e o fortalecimento da democracia. Reafirma-se o direito do indivíduo de buscar, receber, acessar e divulgar informação pública, indispensável à democracia, exortando os Estados-membros a adotarem marcos jurídicos e normativos para a

⁷⁷⁴UNITED NATIONS. General Assembly. A/RES/70/1. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf. Acesso em: 17 out. 2022.

⁷⁷⁵ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Carta Democrática Interamericana. (Aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001). Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

sua garantia (pontos 1, 2 e 3). A Resolução estabelece, ainda, o compromisso de elaboração de uma lei modelo de acesso à informação pública (ponto 9)⁷⁷⁶.

A Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação foi aprovada no corpo da Resolução da Assembleia Geral nº 2.607, de 8 de junho de 2010, fornecendo subsídios interessantes à elaboração das legislações próprias dos Estados membros.

O artigo 1º, letra “e”, define como informação pessoal “qualquer informação relacionada a uma pessoa viva através da qual se pode identificar essa pessoa viva”. Dentre as classes de informação essencial preceitua o artigo 12, letras “b” e “f”:

12. (1) As classes de informação essencial sujeitas a disseminação de maneira proativa por uma autoridade pública são as seguintes:

[...]

b) as qualificações e salários dos altos funcionários;

[...]

f) as escalas salariais, incluindo todos os componentes e subcomponentes do salário total, correspondentes a todas as categorias de funcionários e consultores que trabalham na autoridade pública (atualizando a informação em cada oportunidade que se realizem reclassificações de cargos);

Alto funcionário, de acordo com a definição do artigo 1º, letra “a”, corresponde a “qualquer funcionário dentro de uma autoridade pública cujo salário anual total exceda [US\$100.000]”. A Lei Modelo prevê a possibilidade de rejeição do pedido de acesso à informação, quando o acesso afetar o direito à privacidade, incluindo a “relacionada à vida, saúde ou segurança”, sem definição categórica em relação a informações sensíveis (art. 41, letra “a”, número 1).

No âmbito dos organismos internacionais europeus, a Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950 assegura o direito à informação em seu artigo 10, nos mesmos termos do artigo 19 da DUDH.

A Resolução da Assembleia Parlamentar do CdE nº 428/70 (Declaração sobre os Meios de Comunicação de Massa e os Direitos do Homem) afirma a existência de um dever das autoridades públicas de tornar disponível a informação de interesse público com limites

⁷⁷⁶ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Assembleia Geral. *AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09)*. Acesso à Informação Pública: Fortalecimento da Democracia. (Aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 4 de junho de 2009). Disponível em: <https://www.oas.org/consejo/GENERAL%20ASSEMBLY/Documents/AG04688P10.doc>. Acesso em: 17 out. 2022.

razoáveis, bem como um dever da mídia de comunicação em massa de difundir informação geral e completa sobre os assuntos públicos⁷⁷⁷. Tratando de matéria mais específica, a Resolução nº 77/31, do Comitê de Ministros do CdE, recomenda aos governos dos países membros a observância de cinco princípios nos regulamentos administrativos: o direito a ser ouvido, em tempo hábil, em processo administrativo que venha a afetar negativamente direitos e liberdades do indivíduo; o acesso à informação antes da prática do ato administrativo, pelos meios adequados; o direito a assistência e representação no processo administrativo; e, sempre que o ato afetar direitos e liberdades do indivíduo, o direito à motivação e à indicação vias recursais existentes⁷⁷⁸.

No âmbito da Comunidade Econômica para a Europa das Nações Unidas (CEE/ONU), foi elaborada a Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público no Processo de Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça no Domínio do Ambiente, de 25 de junho de 1998, conhecida como Convenção de Aarhus⁷⁷⁹. Com fundamento no direito de saber, ainda que restrita a questões de meio ambiente, a Convenção assenta-se em três pilares básicos da transparência administrativa: o acesso à informação, a participação popular no processo de tomada de decisões e o acesso à justiça em matéria ambiental.

Em relação ao acesso à informação, há previsão de que o pedido efetivado pelo indivíduo não necessita de declaração de seu interesse na questão (art. 4º, número 1, letra “a”). Todas as informações disponíveis e relevantes à tomada de decisão devem ser fornecidas (art. 6º, número 6), podendo ser recusada para proteção da privacidade (art. 4º, número 4, letra “f”). A participação popular para a tomada de decisão deve ocorrer o mais cedo possível, “quando todas as opções estiverem em aberto e possa haver uma participação efectiva do público” (art. 6º, número 4, e artigo 7º). O acesso à justiça estaria garantido pela possibilidade de acionamento de tribunal ou órgão independente legalmente instituído, quando da negativa do pedido de informação (art. 9º).

⁷⁷⁷EUROPE. Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Resolution 428 (1970)*. n. 8. Declaration on mass communication media and Human Rights. Disponível em: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁷⁷⁸EUROPE. Council of Europe. *Resolução (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities* (Adopted by the Committee of Ministers on 28 September 1977, at the 275th meeting of the Ministers' Deputies). Disponível em: <https://rm.coe.int/16804dec56>. Acesso em: 11 fev. 2022.

⁷⁷⁹UNIÃO EUROPEIA. *COM(2003) 625 final*. Decisão do Conselho relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia, da Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente. Disponível em: <https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

Mais específicos que os normativos relativos à proteção da privacidade e dos dados pessoais, os instrumentos internacionais fornecem interessantes subsídios para a elaboração de legislações concisas em relação à matéria.

5.2 Tutela da transparência no direito brasileiro

Tal como realizado no capítulo atinente à positivação da privacidade, sistematizando a proteção conferida pelo ordenamento nacional, passa-se à análise dos preceitos constantes do texto constitucional e das legislações específicas sobre o tema.

5.2.1 Garantias constitucionais

Diferente do que ocorreu com a tutela da privacidade, as Constituições do Império e da Primeira República trataram apenas da garantia à liberdade de expressão e comunicação (artigo 179, IV, da Carta Constitucional de 1824 e artigo 72, § 12 da Constituição de 1891).

É a Constituição de 1934 que trará a primeira manifestação sobre a divulgação da informação em poder do Estado:

Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.

A garantia desaparece na Carta de 1937, fruto do período ditatorial do Estado Novo, mantendo-se apenas o direito de petição perante autoridades “em defesa de direitos ou do interesse geral” (art. 122, 7º). Retorna, contudo, na Constituição de 1946, decompondo em incisos os mesmos elementos constantes da redação de 1934 (art. 141, § 36).

No período ditatorial militar, a Constituição de 1967 mescla o direito à informação ao parágrafo atinente à liberdade de expressão (art. 150, § 8º), mantendo em parágrafos separados o direito de petição (art. 150, § 230º) e a expedição de certidões “para defesa de direitos e esclarecimento de situações” (art. 150, § 34):

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

A mesma redação foi reproduzida na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, renumerado o artigo para 153.

É na atual Constituição, no entanto, que florescerão as garantias necessárias à consolidação da transparência administrativa. Destaca-se como fundamentos do presente estudo, no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, o direito geral à informação (inciso XIV) e o direito ao recebimento de informações de interesse coletivo ou geral dos órgãos públicos (inciso XXXIII). O direito de petição foi garantido para a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, assim como o de obter certidão em repartição pública para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (inciso XXXIV).

A publicidade é prevista como um dos princípios básicos da Administração Pública, nos termos do artigo 37, *caput* do texto constitucional, explicitadas algumas de suas dimensões no § 1º do mesmo artigo, como visto nos itens 4.2 e 4.3 do capítulo anterior. Do mesmo modo, o § 3º do artigo 37, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, determinou que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública Direta e Indireta, regulando o acesso à informação governamental, observada a proteção à privacidade conferida pelo inciso X do artigo 5º (subitem 3.5.1 retro).

A mesma EC 19/98 conferiu nova redação ao artigo 39, instituindo a transparência estipendiária:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

[...]

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

Logo que introduzido o artigo no texto constitucional, Moreira Neto defendia que a publicação deveria ocorrer sem identificação nominal⁷⁸⁰. Wallace Martins Júnior, por sua vez, entende não haver ingerência estatal na privacidade, porque a informação econômica em questão “foi produzida - e reflete um objeto criado - sob o pálio da publicidade (a saída do recurso público), situação diversa daquela em que se pretende o conhecimento da destinação do recurso público ingresso na esfera patrimonial individual.”⁷⁸¹. Há um equívoco em relação ao raciocínio, na medida em que a publicidade da “saída do recurso público” estaria em plena consonância com o preceito constitucional – e com a transparência *da Administração Pública* – com a indicação do cargo a que se refere.

A questão, de fato, é tormentosa, na medida em que argumentos em defesa da privacidade permanecem em obras atuais:

[É] importante destacar que a norma constitucional sob enfoque não determina a divulgação dos subsídios e da remuneração individualmente percebida por cada servidor o que poderia vir a caracterizar até mesmo indevida invasão da privacidade de detentores de cargos e empregos públicos.⁷⁸²

A Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020, acrescentou o artigo 163-A ao texto constitucional, garantindo maior transparência às informações financeiras dos entes federativos:

Art. 163-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizarão suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados coletados, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público.

⁷⁸⁰MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 85.

⁷⁸¹MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da transparência, *cit.*, p. 461.

⁷⁸²HORBACH, Carlos Bastide. Comentário ao art. 39, § 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1023.

Antes da inclusão deste preceito, os municípios já eram obrigados, nos termos da lei, a prestar contas e publicar balancetes (art. 30, III da CF/88), bem como a disponibilizar suas contas pelo prazo de sessenta dias a qualquer contribuinte, para exame e apreciação, sendo possível o questionamento de sua legitimidade (art. 31, § 3º da CF/88).

O parágrafo 2º do artigo 216, por sua vez, inserido em seção referente à Cultura, determina à Administração Pública, na forma da lei, “a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

A expressão “transparência”, no entanto, passou a integrar o texto constitucional a partir da Emenda Constitucional nº 71, de 29 de novembro de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Cultura, bem assim na Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que tratou da reforma da previdência social.

5.2.2 Proteção infraconstitucional

Previamente à edição de lei específica regulando o acesso à informação em poder do Estado, outros preceitos legislativos esparsos foram conferindo concretude à atuação transparente da Administração Pública, consagrada no texto constitucional.

Nesse sentido, e na linha de raciocínio do presente trabalho, é possível identificar elementos da transparência já na lei federal que disciplina o processo administrativo no âmbito da União (Lei Federal nº 9.784/99). Assegura-se ao indivíduo, na condição de interessado, o direito à ciência de tramitação de processos administrativos, bem assim à obtenção de cópias dos documentos nele contidos, ter vista dos autos e ter conhecimento das decisões exaradas (art. 3º, II). Como mencionado ao tratar do tema da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos (item 4.6 supra), é no artigo 50 deste diploma legislativo que se encontram os requisitos para o seu correto cumprimento, bem como os atos processuais em que tal publicidade é exigida.

No âmbito da disponibilização de dados atinentes às finanças públicas, a LRF estabelece definições importantes ao recorte ora analisado. A despesa com pessoal separa o gasto efetivado com contratos de terceirização de mão-de-obra dos demais agentes públicos:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

[...]

Os artigos 48 e 48-A, por sua vez, tratam da transparência e o controle da Gestão Pública, na redação conferida pelas Leis Complementares nº 131, de 17 de maio de 2009, e nº 156, de 28 de dezembro de 2016. Os instrumentos e o modo de disponibilização e acesso da informação financeira são tratados no artigo 48, bem assim o incentivo à participação popular no processo orçamentário:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

§ 1º A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e

[...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizarão suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público.

[...]

Especificamente em relação à despesa, o artigo 48-A, incluído pela LC nº 131/09, assim preceitua:

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único⁷⁸³ do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

[...]

⁷⁸³A redação não foi atualizada com as alterações da LC nº 156/16, de modo que o correto seria referir-se ao parágrafo primeiro do artigo 48.

Note-se que a redação do preceito indica o fornecimento mínimo de dados em hipóteses oriundas de avenças contratuais (bem fornecido, serviço prestado), sem especificação quanto à despesa com pessoal. Ainda assim, ao tratar da disponibilização “a qualquer pessoa física ou jurídica”, há o indicativo de tratar-se do uso do procedimento de transparência *provocada*, ou do uso de sistema de busca que permitisse pesquisa avançada, com a conjugação dos dados buscados pelo indivíduo.

Regulamentando o disposto no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição, a Lei Federal nº 8159, de 8 de janeiro de 1991, disciplina a política nacional de arquivos públicos e privados. A definição de arquivo está prevista no art. 2º, assim considerados os documentos produzidos e recebidos por entes públicos, privados ou pessoa física, “qualquer que seja o suporte da informação ou a natureza dos documentos”.

A lei contém dispositivos que permitem a identificação, pelo poder público, de arquivos privados como de interesse público e social, considerada sua relevância histórica e científica (art. 12). A identificação implica limitações com vistas à manutenção de sua unidade e a permanência em território nacional, com direito de preempção do poder público (art. 13), bem como a possibilidade de depósito em instituição pública (art. 15).

Os preceitos atinentes ao acesso e sigilo de documentos públicos foram revogados quando da edição da Lei de Acesso à Informação. Os dispositivos determinavam o prazo de sigilo de trinta anos para o acesso a documentos referentes à segurança da sociedade e do Estado (art. 23, § 2º), bem assim o prazo máximo de cem anos para o acesso de documentos referentes à honra e a imagem das pessoas, prazos posteriormente reproduzidos na LAI e utilizados de maneira inadvertida na última quadra histórica (item 4.5 supra).

A parte final do inciso XXXIII, atinente às hipóteses do sigilo de Estado foi regulamentada pela Lei Federal nº 11.111, de 5 de maio de 2005, oriunda da conversão da Medida Provisória nº 228, de 9 de dezembro de 2004⁷⁸⁴.

Nos termos do Marco Civil da Internet, a atuação dos entes federativos no desenvolvimento da internet no Brasil deve estabelecer mecanismos “governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica” (art. 24, I da Lei Federal nº

⁷⁸⁴Sobre o tema do segredo de Estado e o processo de elaboração da Lei Federal nº 11.111/05, veja-se BADIN, Luiz Armando. *O direito fundamental à informação em face da segurança do Estado e da sociedade*: em busca da efetiva afirmação do princípio constitucional da publicidade. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/2298/1176172.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 ago. 2021.

12.965/14). O artigo 25, por sua vez, determina que as aplicações de internet de entes do poder público devem garantir a facilidade de uso dos serviços (inciso II) e o fortalecimento da participação social nas políticas públicas (inciso V), além da acessibilidade a todos os interessados (inciso II). Especificamente em relação à pessoa com deficiência, a Lei Federal nº 13.146, de 6. de julho de 2015 (Lei Brasileira de Inclusão), determina a acessibilidade dos sítios de internet mantidos pelo poder público para o acesso às informações neles disponíveis (art. 63). A inclusão na vida pública e política é assegurada no art. 86, garantindo-se à pessoa com deficiência a participação na condução das questões públicas em igualdade de oportunidades (art. 86, § 2º).

Na LGPD, diversos são os dispositivos da LGPD que disciplinam a atuação do poder público no tratamento de dados pessoais, e que merecem atenção no presente estudo.

O art. 7º, III determina que o tratamento de dados pessoais somente pode ser realizado pela Administração Pública quando necessários à execução de políticas públicas legalmente previstas ou com respaldo em avenças de natureza contratual ou convênios. Na mesma linha, o artigo 11, III, “b” permite o tratamento de dados sensíveis nas hipóteses de compartilhamento necessários à execução de políticas públicas legalmente previstas,

A doutrina, neste particular, adverte para o perigo do uso de políticas públicas como subterfúgio a tratamentos que seriam considerados ilegais. Segundo Augusto Marcacini, a vagueza da expressão *política pública* autoriza o Estado a realizar tratamento de dados pessoais sob tal justificativa⁷⁸⁵.

O artigo 23, mencionando as pessoas jurídicas de direito público elencadas na LAI, reafirma a observância ao princípio da finalidade. O preceito é bastante enfático sobre o caráter público do tratamento, ao afirmar que “deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade *pública*, na persecução do *interesse público*, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do *serviço público*” (destacou-se). O inciso I positiva os elementos da visibilidade e inferibilidade mencionados no item anterior, ao determinar que as informações sobre a previsão legal, finalidade, procedimentos e práticas utilizadas para o tratamento sejam claras e atualizadas, disponibilizadas em suporte de fácil acesso, dando preferência à internet⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Considerações sobre a proteção à privacidade e aos dados pessoais em uma sociedade digital, *cit.*, p. 144.

⁷⁸⁶O artigo 33, VII determina a mesma publicidade para as hipóteses de transferência internacional de dados pessoais, igualmente para a execução de políticas públicas.

A execução de políticas públicas é novamente mencionada no artigo 26, que afirma a necessidade de respeito aos princípios de proteção de dados constantes do artigo 6º da lei. O parágrafo primeiro veda a transferência de dados pessoais das bases de dados em poder do Estado a entes privados, exceto em caso de execução descentralizada de atividade pública (inciso I), se for indicado um encarregado para as operações de tratamento (inciso II) ou nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente (inciso III).

Este último inciso dá ensejo a preocupação semelhante à relativa a execução de políticas públicas, na medida em que isenta o poder público de qualquer responsabilidade nas hipóteses em que os dados pessoais disponibilizados publicamente sejam reutilizados por entidades privadas para a criação de dados novos e perfis socioeconômicos dos indivíduos. O preceito praticamente autoriza o *uso secundário* de dados, prática que deve ser inibida, como visto ao longo da exposição sobre as dimensões da privacidade.

5.2.3 A Lei de Acesso à Informação brasileira

As discussões para a elaboração de uma lei de acesso à informação brasileira iniciam com a atuação do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, da Controladoria-Geral da União (CGU), a partir do ano de 2004⁷⁸⁷. No mesmo ano houve a edição da Medida Provisória nº 228/04, convertida na Lei Federal nº 11.111/05, e o lançamento do Portal da Transparência do governo federal na internet.

Diferente do que ocorreu no âmbito da LGPD, a elaboração do projeto de lei não contou com participação maciça por meios eletrônicos nem sofreu “solavancos” de acontecimentos externos que acelerassem sua aprovação. Assim, entre 2005 e 2009 foram realizadas diversas reuniões na CGU com vistas à elaboração de um anteprojeto de lei sobre o acesso à informação em poder do Estado. O espaçamento desses encontros contribuiu para a morosidade do processo. Somente no ano de 2009 foi apresentada a versão final do anteprojeto de lei, com as contribuições de diversos órgãos do Poder Executivo, que culminou no Projeto de Lei nº 5.228/2009⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de acesso à informação (LAI): comentários à Lei nº 11.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9.

⁷⁸⁸*Id. Ibid.*, p. 16-18. Um interessante histórico sobre os debates é realizado na obra, valendo a leitura para aprofundamento sobre as discussões que antecederam a aprovação da legislação.

No Poder Legislativo, o Projeto de Lei nº 219/2003, do Deputado Reginaldo Lopes, tinha feições mais globais em relação ao tema. A tramitação desta proposta foi igualmente lenta, tendo sido apensada ao Projeto de Lei nº 5228/ 2009⁷⁸⁹. A participação da sociedade civil nas discussões do texto legislativo deu-se por meio de quatro audiências públicas, que conduziram à apresentação de um substitutivo pelo relator do projeto, Deputado Mendes Ribeiro Filho⁷⁹⁰. O texto foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados em abril de 2010, recebendo o número 41/2010 no Senado Federal. Nesta casa legislativa foi realizada nova audiência pública, no ano de 2011. O relator, Senador e ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello apresentou novo substitutivo, que alterava substancialmente o projeto original e sobre o qual foram apresentadas vinte emendas, deturpando o sentido do texto, a ponto de prever a possibilidade de prorrogação indefinida para o sigilo de informações. Tramitando em regime de urgência, houve novo substitutivo que retomou o texto original apresentado pelo Poder Executivo. A redação aprovada, no entanto, foi aquela com as alterações procedidas na Câmara dos Deputados. Encaminhada à sanção em 31 de outubro de 2011⁷⁹¹, foram vetados 3 dispositivos pontuais, publicada a lei no mês seguinte⁷⁹².

O fio condutor da lei, aplicável a todos os entes federativos (art. 1º), é a ampla divulgação da informação governamental, enfatizando a transparência ativa, de modo que a publicidade é a regra geral e o sigilo a exceção (art. 3º, I).

As definições que guiam o diploma legislativo constam do artigo 4º, em que se observa a intercambialidade das expressões “informação”, da LAI e de “dado”, na LGPD. A informação, nos termos do inciso I do artigo 4º da LAI, são os “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”. Em redação *gêmea* à da LGPD, a definição de informação pessoal vem inserida no inciso IV do artigo 4º da LAI, como “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Novamente, uma definição extremamente ampla, sem clareza ou exatidão – nem mesmo exemplificativa. A LGPD, no entanto, vai além ao definir o dado pessoal

⁷⁸⁹Foram apensados ainda os Projetos de Lei ns. 1019/ 2007, do Deputado Celso Russomanno, 1924/2007, do Deputado Chico Alencar e 4611/2009, do Deputado Ciro Pedrosa.

⁷⁹⁰SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de acesso à informação (LAI): comentários à Lei nº 11.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012, cit.*, p. 20-25.

⁷⁹¹*Id. Ibid.*, p. 26-36.

⁷⁹²Mensagem de Veto nº 523, de 18 de novembro de 2011. BRASIL. *Mensagem nº 523, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/msg/vep-523.htm. Acesso em: 19 out. 2022.

sensível no inciso II do artigo 5º, qualificando determinados assuntos sobre os quais, como visto, a legislação reserva grau de proteção maior⁷⁹³.

O artigo 6º trata dos elementos componentes da transparência administrativa, garantindo especial proteção aos dados pessoais:

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;

II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

O artigo 7º, por sua vez, elenca as informações abrangidas pelo direito de acesso. O inciso IV assegura a informação primária, íntegra, autêntica e atualizada. É o inciso VI, porém, que garante o acesso à “informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos”. O § 3º do mesmo artigo preconiza, expressamente, que o tratamento de dados pessoais de acesso público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificam sua disponibilização.

O artigo 8º positiva a modalidade ativa de divulgação de informações por parte do poder público, definindo o conteúdo mínimo a ser disponibilizado. Note-se, porém, que não há detalhamento no sentido de quais informações comporiam o registro das despesas, exigindo-se que a informação tenha interesse geral e coletivo:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o **caput**, deverão constar, no mínimo:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III - registros das despesas;

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

[...]

⁷⁹³Dados pessoais sensíveis são os relativos à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. Veja-se item 2.5.

Os parágrafos seguintes disciplinam os canais para disponibilização dos dados, sendo obrigatória a internet (§ 2º), bem assim as funcionalidades para garantia do acesso e de manuseio da informação, como ferramentas de pesquisa de conteúdo, a apresentação dos dados em formato aberto e modos de comunicação com o órgão administrativo (§ 3º), dispensada a divulgação para os municípios com população de até dez mil habitantes (§ 4º).

De fato, os preceitos reforçam a obrigatoriedade de transparência da Administração Pública em divulgar as informações financeiras, o que permite o acompanhamento da gestão dos recursos públicos pelos indivíduos, concretizando a transparência administrativa necessária ao exercício da democracia. São estes mesmos preceitos, no entanto, que servem de fundamento para a divulgação nominalmente identificada dos valores percebidos pelos agentes públicos a título de vencimentos.

A modalidade requerida ou passiva de divulgação de dados veio prevista no artigo 10, garantida a qualquer interessado, sem a necessidade de declaração do motivo da solicitação de informação de interesse público (§ 3º).

A lei disciplina o procedimento de obtenção das informações, bem como as restrições de acesso, notadamente a classificação da informação sigilosa (arts. 23 a 29), como analisado anteriormente (item 4.5). Também assegura as demais hipóteses de sigilo previstas em lei e os segredos de justiça e industrial (art. 22).

Especificamente em relação às informações pessoais, o *caput* do artigo 31 é expresso no sentido de que o tratamento de dados pessoais deve ser feito de forma transparente, respeitando “à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas”, prevendo a famigerada hipótese de sigilo centenário, igualmente já analisada (art. 31, § 1º, I, analisado no item 4.5).

O inciso II do § 1º do preceito permite o acesso dos dados pessoais a terceiros, abrangendo outros órgãos da Administração Pública. Da leitura do dispositivo, depreende-se que o acesso é liberado quando há previsão legal, exigindo-se o consentimento expresso do indivíduo a que se referem as informações na ausência de ato normativo. O § 3º estabelece outras hipóteses de exceção ao consentimento, com a seguinte redação:

Art. 31. [...]

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

- III - ao cumprimento de ordem judicial;
 - IV - à defesa de direitos humanos; ou
 - V - à proteção do interesse público e geral preponderante.
- [...]

O § 4º exclui a vedação ao acesso nas hipóteses de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações destinadas à “recuperação de fatos históricos de maior relevância”. Fernando Brega adverte que as exceções, demasiadamente amplas, “podem servir como brecha para abusos, sobretudo quando adotadas visões distorcidas e voluntaristas a respeito do que seria um *interesse público preponderante*”⁷⁹⁴. Neste particular, assinala que o artigo 31 não distingue entre os diversos tipos de dado pessoal e as respectivas tutelas necessárias, conduzindo à vedação total de publicação de informação pessoal nominalmente identificada (art. 4º, IV da LAI), caso fosse aplicado em sua literalidade⁷⁹⁵. Assim, propõe determinados pontos a serem observados nas hipóteses de divulgação de informações pessoais, a saber: a) transparência do tratamento; b) estabelecimento de critérios e limites bem estabelecidos para as operações; c) a programação cuidadosa dos sistemas utilizados para criação e acesso aos bancos de dados, garantindo a qualidade da informação e mecanismos de controle do acesso automatizado, impedindo abusos; e d) a atenção em relação ao *uso secundário da informação* ou à *reutilização da informação pública*⁷⁹⁶. A análise realizada pelo autor brasileiro é anterior à edição da LGPD. Nas condicionantes elencadas, porém, vê-se a presença de princípios do tratamento de dados que posteriormente foram consagrados quando da edição da legislação brasileira (art. 6º da LGPD), notadamente os da transparência, finalidade, necessidade, adequação e responsabilização, em relação aos dois primeiros pontos; princípios da qualidade dos dados, segurança e prevenção em relação ao item “c” e os princípios da boa-fé, não-discriminação e, novamente, da finalidade e adequação em relação ao último ponto.

É importante notar que o inciso II do § 3º é claro no sentido de que a realização de estatísticas impede a identificação da pessoa. Do mesmo modo, a menção ao interesse público preponderante do inciso V do mesmo parágrafo autoriza que se proceda ao sopesamento dos princípios e valores envolvidos no tratamento e, conseqüentemente, na divulgação da informação pessoal.

⁷⁹⁴BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*, cit., p. 170.

⁷⁹⁵*Id. Ibid.*, p. 175.

⁷⁹⁶*Id. Ibid.*, p. 171-173.

O conjunto normativo trazido pela legislação brasileira, como se vê, não conferia a devida proteção ao dado pessoal. Diferente do que ocorreu no espaço europeu, durante sete longos anos a LAI disciplinou a disponibilização de informação governamental no direito brasileiro sem que houvesse diretrizes ou mecanismos que protegessem o dado pessoal. Isso deu origem, como sói acontecer amiúde na história jurídica do Brasil, a uma série de iniciativas de outros entes federativos no intuito de promover de maneira pioneira a transparência na Administração Pública e, conseqüentemente, ao enfrentamento prematuro das questões decorrentes de tais legislações nos tribunais nacionais. Ao envolver questões atinentes à positivação, faz-se necessária a abordagem de tais circunstâncias.

5.2.4 O entendimento do tema no Supremo Tribunal Federal

Antes da edição da LAI, a questão da transparência remuneratória já havia sido discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a partir de iniciativa do Município de São Paulo, que passou a divulgar a relação nominal de seu quadro de servidores com a respectiva remuneração, nos termos do disposto na Lei Municipal nº 14.720/08 e Decretos Municipais ns. 50.070/08 e 50.514/09.

Diversos mandados de segurança foram impetrados com o intuito de ocultar o nome dos servidores municipais que se sentiram violados em sua privacidade pela divulgação identificada dos vencimentos, uma vez que estariam mais vulneráveis em relação aos indivíduos que trabalhavam na iniciativa privada.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Suspensão de Segurança nº 3.902 ajuizada pelo Município de São Paulo. Em sede de Agravo Regimental, o Plenário daquela Corte assim pronunciou-se sobre a questão:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas

exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos.⁷⁹⁷

Note-se que a própria ementa expõe os pontos fracos do raciocínio ora prevalecente quanto à matéria, ao admitir a fragilização da segurança física ou corporal dos servidores, “seja pessoal, seja familiarmente”, que seria atenuada com a proibição de se revelar o endereço residencial e números de documentos. Importante, neste ponto, a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no sentido de que os elementos identificadores como nome, endereço e números de documentos de identificação, por si só, não contam com a proteção do direito à privacidade, mas sim o uso que deles é feito, associado a outras informações, para atingir a esfera íntima do indivíduo⁷⁹⁸.

Na doutrina europeia, Emílio Guichot menciona a existência de uma categoria intermediária entre os dados íntimos e os dados pessoais: os *dados nominativos*. Expressão tomada do direito francês, diz respeito a informações que conduzem a um juízo ou apreciação valorativa sobre a pessoa, de modo que o acesso a tais dados é condicionado à indicação prévia de um interesse específico⁷⁹⁹. A respeito destes dados, o autor pondera como diretriz para uma aplicação integrada do direito de acesso à informação e da proteção de dados a avaliação do

⁷⁹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Agravo Regimental no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.902*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília-DF, 9 de junho de 2011. Diário da Justiça, Brasília-DF, 30 set. 2011. p. 19.

⁷⁹⁸FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, *cit.*, p. 449-450.

⁷⁹⁹GUICHOT REINA, Emilio. *Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Pamplona: Thomson Civitas, 2009. p. 209.

prejuízo que a revelação do dado causa ao seu titular, esclarecendo que os dados laborais, econômicos e outros referentes a relações com a própria Administração Pública podem entrar no conceito de dado pessoal. A ponderação entre publicidade e reserva deve levar em conta qual o valor constitucional em jogo em cada caso⁸⁰⁰.

Na decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes em sede de apreciação de medida liminar da própria SS nº 3.902, o magistrado indica alternativa que se coaduna com a proteção dos interesses em jogo:

Contudo, a forma como a concretização do princípio da publicidade, do direito de informação e do dever de transparência será satisfeita constitui tarefa dos órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, que dispõem de liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais, sobretudo aqueles que se vinculem à divulgação de dados pessoais do cidadão em geral e de informações e dados públicos que podem estar justapostos a dados pessoais ou individualmente identificados de servidores públicos que, a depender da forma de organização e divulgação, podem atingir a sua esfera da vida privada, da intimidade, da honra, da imagem e da segurança pessoal.

Assim, diante do dinamismo da atuação administrativa para reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a persecução do interesse público, segundo novos insumos e manifestações dos servidores, do controle social e do controle oficial, por exemplo, deve-se a municipalidade perseguir diuturnamente o aperfeiçoamento do modo de divulgação dos dados e informações, bem como a sua exatidão e seu maior esclarecimento possível.

Nesse sentido, a Administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias. No caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do nome do servidor por sua matrícula funcional.

Novas soluções propostas à Administração são sempre viáveis para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem e a segurança dos servidores (e daqueles que dele dependem).⁸⁰¹

Novo pronunciamento colegiado do STF foi exarado após a edição da LAI, limitando-se a transcrever a argumentação expendida no voto do Relator da Suspensão de Segurança mencionada acima. A ementa, assaz simplista, resume a questão a um único ponto: “É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias”⁸⁰².

O atual pronunciamento não considerou com profundidade os preceitos da legislação editada em momento posterior ao primeiro julgado. Do mesmo modo, a edição da LGPD

⁸⁰⁰GUICHOT REINA, Emilio. *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, cit., p. 216 e 219.

⁸⁰¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Suspensão de Segurança nº 3.902*. Decisão monocrática em sede liminar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 8 de julho de 2009. Diário da Justiça, Brasília-DF, 4 ago. 2009. p. 152.

⁸⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 652.777*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília-DF, 23 de abril de 2015. Diário da Justiça, Brasília-DF, 01 jul. 2015. p. 27.

permite uma nova e mais completa apreciação da Suprema Corte sobre a questão, como se verá nas conclusões do presente trabalho.

5.2.5 A Lei de Governo Digital

A Lei Federal nº 14.129, de 29 de março de 2021 (Lei de Governo Digital) trouxe novos dispositivos atinentes à transparência, atingindo frontalmente o presente estudo, em pleno desenvolvimento. Diferente da LAI, a legislação aplica-se aos órgãos da Administração Pública direta e indireta federal dos três Poderes, ressalvada a aplicação aos Estados e Municípios à edição de ato normativo próprio, (art. 2º, I, II e III).

Consagrando a proteção de dados pessoais como princípio (art. 3º, XVII), a lei determina a obrigatoriedade de disponibilização, nos portais governamentais, de ferramentas claras e de fácil acesso para garantir a transparência e o controle no tratamento dessas informações (art. 25), em conformidade com os dispositivos da LAI e da LGPD.

A utilização dos dados disponibilizados em sede de transparência ativa é livre, nos termos do artigo 29, *caput*, desde que observados os princípios de proteção definidos no art. 6º da LGPD⁸⁰³. A promoção da modalidade proativa deve observar determinados requisitos, como a publicidade de base de dados *não pessoais* como regra geral e do sigilo como exceção (art. 29, § 1º, I). Os incisos III, V e VI consagram a obrigatoriedade dos elementos da privacidade examinados anteriormente (visibilidade e inferibilidade), determinando a suficiência da informação, inclusive quanto à qualidade e integridade, bem como a completude das bases de dados, disponibilizadas de maneira desagregada ou com referência das bases primárias, e a atualização periódica, mantida a cadeia histórica. O respeito à privacidade dos dados pessoais e sensíveis é reafirmado no inciso VIII.

No mesmo artigo 29, no entanto, há a determinação de que os órgãos e entidades aos quais dirigidos os comandos legais devem divulgar na internet “as informações sobre os servidores e os empregados públicos federais, bem como sobre os militares da União, incluídos nome e detalhamento dos vínculos profissionais e de remuneração” (art. 29, § 2º, VII).

A contradição do preceito em relação aos outros dispositivos do próprio normativo é evidente. Em diversas passagens a legislação assevera a preferência pelo dado não pessoal,

⁸⁰³Finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas (item 3.3).

repetindo-se o “mantra” da proteção aos dados pessoais, em consonância com a LAI e a LGPD. Ainda que não fosse suficiente, o mesmo marco legal ainda dá preferência à anonimização das informações como princípio (art. 3º, XXIII), e para fins de pesquisa acadêmica e controle de políticas públicas (art. 36). Relembre-se, ademais, que a própria LAI veda a identificação do titular dos dados pessoais para a realização de estatísticas (art. 31, § 3º, II da Lei Federal nº 12.527/11).

Por fim, para além dos conflitos no âmbito do próprio arcabouço normativo que rege a matéria, nos termos do raciocínio desenvolvido no presente estudo, o preceito padece, invariavelmente, de inconstitucionalidade, na medida em que viola o direito fundamental à privacidade (art. 5ª, X da CF/88). Por outro lado, não há como invocar, como fundamento do normativo, o direito fundamental de acesso à informação em poder do Estado, que exige a existência de interesse geral e coletivo, que não se sobrepõe à proteção da intimidade individual.

5.3 Tutela da transparência no direito comunitário europeu

O tema da transparência, como visto, está intimamente ligado à organização administrativa interna de cada país, acompanhando o desenvolvimento e as peculiaridades de cada sociedade. Diferente da proteção de dados pessoais, que por sua característica transfronteiriça exige uma regulamentação uniforme a ser observada no âmbito comunitário, a disciplina da transparência na União Europeia está adstrita ao fomento de linhas gerais que proporcionem o desenvolvimento de normativos próprios aos países membros.

Desde a primeira metade dos anos 1990, no entanto, o tema da transparência adquiriu relevância nas reflexões institucionais e nos processos decisórios da União Europeia. Ainda que apenas tangenciado nas negociações que conduziram ao TUE, o tema foi objeto de crescente atenção nos anos sucessivos, cujos frutos podem ser verificados no Tratado de Amsterdã⁸⁰⁴.

De fato, a redação original do TUE trazia tímida referência à nova democracia administrativa que se instaurava no início daquela década. O então “Artigo A” indicava uma

⁸⁰⁴SANTINI, Andrea. *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 1-2. O Tratado de Amsterdã, firmado em 2 de outubro de 1997, entrou em vigor em 1º de maio de 1999. O documento revisou os termos do TUE de 1992 e dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias, consolidando o marco legal comunitário (97/C 340/01). UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados*. (97/C 340 /01). Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 10.11.97. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=PT>. Acesso em 12 abr. 2022.

nova etapa na criação da União, “em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo dos cidadãos”. A redação alterada pelo Tratado de Amsterdã acrescentou a expressão “de uma forma tão aberta quanto possível”, a pedido de Suécia e Finlândia, admitidas na União em 1995⁸⁰⁵.

Ainda em 1992, ao final do TUE, consta declaração sobre o acesso à informação, afirmando que “a transparência do processo decisório reforça o carácter democrático das Instituições e a confiança do público na Administração”. Recomendava-se que até o ano de 1993 fosse apresentado relatório com medidas destinadas a facilitar o acesso à informação em poder das instituições europeias. Atualmente, o artigo 10, número 1 do TUE fundamenta a ação da União Europeia na democracia representativa, garantido o direito de todos os cidadãos de participar na vida democrática da UE, reforçando a tomada de decisões de maneira tão aberta e próxima possível do cidadão (artigo 10, número 3). A participação popular é garantida no artigo 11, permitindo aos cidadãos e associações a possibilidade de manifestação em diálogo aberto e transparentes (números 1 e 2). O mesmo artigo estabelece o uso da consulta pública por parte da Comissão Europeia, para garantia da transparência das ações da União, bem assim a iniciativa popular para que sejam analisadas matérias que necessitem de tratamento de estatura comunitária (números 3 e 4).

O Tratado de instituição da CEE, na alteração promovida pelo Tratado de Amsterdã, consagrou às pessoas físicas ou jurídicas residentes ou com sede num dos Estados-membros o direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, cujos princípios gerais seriam definidos pelo Conselho (artigo 255, números 1 a 3)⁸⁰⁶. O preceito foi ampliado quando da “conversão” do Tratado da CEE para o TFUE. Renumerado como artigo 15, reafirma a redação do artigo 255 no número 3, garantindo o acesso a documentos de qualquer órgão comunitário, e instituindo o chamado “princípio da abertura” na atuação dos órgãos e instituições comunitárias, ao determinar a publicidade das sessões do Parlamento Europeu e das reuniões do Conselho quando deliberativas sobre projetos legislativos (número 2). O preceito submete o Tribunal de Justiça, o Banco Central e o Banco Europeu de Investimentos às mesmas obrigações, quando no exercício de funções administrativas e determina, por fim, a publicidade dos documentos dos processos legislativos, conforme regulamento.

⁸⁰⁵SANTINI, Andrea. *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea*, cit., p. 3 e ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência*, cit., p. 128.

⁸⁰⁶UNIÃO EUROPEIA. *Versão Compilada do Tratado que Institui a Comunidade Europeia*. (97/C 340/03). Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 10.11.97. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997E/TXT&from=PT>. Acesso em 12 abr. 2022.

A CDFUE assegura o direito à liberdade de informação e de expressão, a exemplo do artigo 19 da DUDH, sem ingerência do poder público nem a consideração de fronteiras. Seu artigo 41 assegura o chamado “direito a uma boa administração” pelo qual os assuntos tratados pelas instituições e órgãos da UE ocorram de modo imparcial, equitativo e num prazo razoável. Incluem-se nesse direito, nos termos do número 2 do preceito, o de ser ouvido antes de qualquer decisão que afete o indivíduo; o direito de acesso aos processos que se lhe refiram, respeitadas a confidencialidade e o segredo profissional e industrial; e a obrigação de motivação das decisões.

O artigo 42, por fim, garante o direito de acesso aos documentos, em redação semelhante à do antigo artigo 255 do Tratado da CEE. Neste sentido, a redação do artigo 15 do TFUE representou uma expansão substancial do direito na medida em que ampliou o direito de acesso a todo e qualquer órgão comunitário, bem assim às instituições judiciárias e financeiras, no exercício de função administrativa⁸⁰⁷.

A regulamentação a que se referem os preceitos acima foi editada ano de 2001 – Regulamento nº 1.049, de 30 de maio, disciplinando o acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão⁸⁰⁸.

O normativo aplica-se a todo e qualquer documento, produzido ou não pelos órgãos comunitários, ampliando os beneficiários do direito de acesso ao permitir que as instituições o defiram a pessoa física ou jurídica que não resida num Estados-membro da UE. (art. 1º). Nas definições do artigo 3º, considera-se documento qualquer conteúdo sobre assuntos relativos às políticas, ações e decisões de competência da instituição em causa, independentemente do suporte. Note-se que o documento privilegia o aspecto físico do “documento” em detrimento da imaterialidade e amplitude da expressão “informação”, o que restringe seu âmbito de aplicação, ainda que considerado o suporte eletrônico.

As hipóteses de negativa de acesso aos documentos vão além das atinentes à segurança pública, defesa, relações internacionais, vida privada e hipótese de sigilo garantidas por lei (comercial, industrial, de investigação e de justiça), vedando-se o direito aos documentos cuja divulgação prejudique a política financeira, monetária ou econômica da comunidade ou de um Estado-membro (art. 4º). Note-se, porém, que a proteção à privacidade é bastante vaga,

⁸⁰⁷PORRAS RAMÍREZ, José María. Los límites a la transparencia en la Unión Europea: el menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Coords.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 94.

⁸⁰⁸UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. *Regulamento (CE) n. 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2001*. Relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&from=PT>. Acesso em 10 fev. 2022.

limitando-se a este artigo e especificando apenas em relação à legislação europeia atinente à proteção de dados. O mesmo preceito restringe o acesso a documentos sobre os quais não foi exarada decisão, com destaque específico para pareceres e documentos opinativos, exceto na hipótese de interesse público superior que justifique sua divulgação (art. 4º, 3).

O normativo respeita a autonomia dos Estados-membros e terceiros, ao estabelecer a consulta prévia àqueles quando o documento não é expresso em relação à sua divulgação, bem assim a possibilidade de restrição de acesso solicitada pelo Estado-membro (art. 4º, 4 e 5). A hipótese de consulta, reciprocamente, aplica-se ao Estado-membro, em relação a documento emanado por instituição comunitária (art. 5º).

A restrição de acesso não pode ser superior a trinta anos. Nas hipóteses atinentes a vida privada, segredos comerciais e documentos sensíveis é possível restringir o acesso por período maior, sem a fixação de um limite máximo (art. 4º, 7).

O artigo 9º do regulamento dispõe sobre o tratamento de documentos sensíveis, entendidos como os classificados na própria origem pelos órgãos comunitários, pelos Estados-membros ou terceiros, ou por organizações internacionais como *top secret*, *secret* ou *confidential*, nos termos da legislação própria de cada qual. A recusa de acesso deve ser fundamentada, sempre observadas as exceções do artigo 4º (art. 9º, 4).

O regulamento estabelece o procedimento para os pedidos de acesso, com preferência pelos meios eletrônicos (art. 12). Os documentos referentes a processos legislativos devem ser disponibilizados de imediato (art. 12, 2). A gratuidade, total no fornecimento dos documentos por meio eletrônico, é limitada em meio físico a cópias de menos de 20 páginas, garantindo-se formato acessível à pessoa com deficiência, quando existente (art. 10).

O que se observa na legislação comunitária europeia é um modelo aberto, repleto de expressões vagas que dependem de interpretações e ponderações dos órgãos administrativos e mesmo de pronunciamentos judiciais que os definam. Neste particular, noticia Ramírez que o Tribunal de Justiça da União Europeia já determinou, em caráter geral, que as exceções do artigo 4º do Regulamento nº 1.049/2001 devem ser interpretadas e aplicadas restritivamente. Isso tem permitido limitar o seu alcance de maneira efetiva, inclusive para a devida análise da ocorrência do “interesse público superior”, de valoração assaz tormentosa⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹PORRAS RAMÍREZ, José María. Los límites a la transparencia en la Unión Europea: el menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas, *cit.*, p. 99.

A questão atinente à divulgação de informação em poder do Estado relativa à atividade administrativa, portanto, fica a cargo de cada Estado-membro no âmbito de sua própria organização, obedecendo às regras previstas no RGPD em relação à proteção de dados pessoais.

Nesse aspecto, o artigo 17 do RGPD, que disciplina o direito de apagamento dos dados ou “direito ao esquecimento”, determina que a medida não se aplica quando o tratamento é necessário ao exercício da liberdade de informação (art. 17, 3, “a”); no cumprimento de obrigação legal prevista no direito comunitário ou de Estado-membro, bem como no exercício de funções de interesse público ou da autoridade pública investida ao responsável pelo tratamento (art. 17, 3, “b”); ou para fins de arquivo de interesse público, de investigação científica ou histórica, ou para fins estatísticos, quando o cancelamento do dado torne impossível a consecução de tais objetivos (art. 17, 3, “d”),

O artigo 23 do Regulamento trata das hipóteses em que o direito comunitário ou do Estado-membro possa limitar os direitos de acesso aos dados pessoais, desde que a vedação respeite os direitos e liberdades fundamentais e seja necessária e proporcional, inclusive para assegurar a defesa do titular de dados ou dos direitos e liberdades de outrem. (art. 23, 1, “i”).

As maiores garantias e a harmonização entre a transparência e a proteção aos dados pessoais, no entanto, estão presentes nos artigos 86, 87 e 89 do RGPD. O primeiro disciplina o tratamento do acesso público aos documentos oficiais, autorizando que dados pessoais deles constantes sejam divulgados pela autoridade pública, nos termos do direito comunitário ou o Estado-membro. Consubstancia, portanto, um dos fundamentos da divulgação de informações do agir administrativo no âmbito europeu. O artigo 87, por sua vez afirma que o Estado-membro pode determinar condições específicas aplicáveis ao tratamento do número de identificação nacional ou qualquer outro “elemento de identificação de aplicação geral”, para as garantias adequadas aos direitos e liberdades do titular dos dados. Nesta última hipótese, é possível incluir o nome próprio do indivíduo, porquanto o mais primário e geral dos elementos de identificação.

Por fim, o artigo 89 afirma que o tratamento de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público ou estatísticos está sujeito a garantias adequadas aos direitos e liberdades do titular. Tais garantias asseguram “a adoção de medidas técnicas e organizativas a fim de assegurar, nomeadamente, o respeito do princípio da minimização dos dados”, incluindo a pseudonimização, desde que se possam atingir os fins visados. Aqui, a garantia à implementação dos princípios necessidade e finalidade do tratamento conjugado com o da minimização de dados é expressa, assim como a utilização da pseudonimização, quando não

comprometa a finalidade estatística. Nesses termos, a divulgação proativa dos dados financeiros e orçamentários da administração pode ocorrer com indicadores que prescindam da identificação nominal, a qual pode ser obtida na modalidade de transparência requerida.

Ainda que não integre o ordenamento jurídico da União Europeia, o tratado que estabeleceu a redação de uma Constituição para a Europa, assinado em outubro de 2004, contém seção específica atinente à vida democrática da União⁸¹⁰. Sob este título consagram-se os princípios da igualdade democrática (art. I-45), da democracia representativa (art. I-46) e da democracia participativa (art. I-47), estimulando-se, em relação a este último, o diálogo aberto, transparente e regular no âmbito da União Europeia com a possibilidade de participação de cidadãos e associações em todos os domínios de ação comunitária. O artigo I-50 trata da transparência dos trabalhos das instituições comunitárias, com a finalidade de promoção da “boa governação” pautando-se pelo maior respeito possível ao princípio da abertura. O preceito repete as determinações atinentes à publicidade das sessões do Parlamento Europeu, bem assim o direito de acesso aos documentos das instituições comunitárias.

A legislação comunitária europeia, como se vê, não fornece diretrizes capazes de orientar os Estados-membros na concretização da transparência administrativa. É na seara da proteção de dados pessoais, mais exaustiva, detalhada e vinculante, que podem ser encontrados os elementos de conformação entre a proteção da privacidade contextual e econômica do indivíduo e o tratamento dos dados necessários à visibilidade do agir administrativo.

⁸¹⁰UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (2004/C 310/01)*. Disponível em: http://publications.europa.eu/resource/ellar/7ae3fd7e-8820-413e-8350-b85f9daaab0c.0018.02/DOC_1. Acesso em: 22 abr. 2022. O tratado não foi ratificado por todos os Estados-membros, motivo pelo qual não vigora no âmbito comunitário, tendo sido negado pela França e pelos Países Baixos em referendos nacionais realizados no ano de 2005.

6 CONCLUSÃO

Recompilando as ideias desenvolvidas ao longo do presente estudo, procede-se às reflexões conclusivas sobre a hipótese que se pretende demonstrar.

A exposição sobre as dimensões do direito à privacidade demonstrou que sua origem está ligada à ideia de propriedade e de individualismo, valores essencialmente liberais burgueses. A proteção à intimidade é uma das faces da proteção do patrimônio de um indivíduo, que se refugia em ambiente *reservado* para desconectar-se do *público*, a fim de manter determinados elementos de sua vida longe dos olhos de outros. Não sem motivo, o clássico artigo de Warren e Brandeis mencionado pela maioria da doutrina como o primeiro a discorrer sobre o tema, versa sobre a proteção que deveria ser conferida à curiosidade dos outros em relação ao que se passava dentro dos muros de determinados indivíduos.

Esse interesse cada vez maior nos elementos privados da vida dos indivíduos, principalmente em relação a fatos que choquem a sociedade, também foi observado pelos autores indicados no item 2.3, no que identificam como “sociedade do escândalo”. Tal interesse, segundo Bauman, configura uma nova concepção da fronteira entre público e privado, em que o “interesse público” promovido pela mídia e aceito por grande parte da sociedade estaria no dever de exposição dos dramas privados em público e o direito do público de assistir a esta “encenação”. As questões públicas seriam traduzidas nos “problemas privados de figuras públicas”, contribuindo para o desaparecimento da política enquanto “atividade encarregada de traduzir problemas privados em questões públicas (e vice-versa)”⁸¹¹. Essa mesma linha de raciocínio, aprofundada às questões puramente políticas, também é explorada por Castells⁸¹².

Transpondo o pensamento ao que ora se analisa no presente estudo, o interesse por elementos da vida privada de outrem não se restringe apenas a pessoas famosas. As novas relações estabelecidas após o surgimento da internet e das redes sociais estimulam essa curiosidade também em relação ao vizinho, ao colega de trabalho, ao parente próximo ou distante. Revisita-se, mais uma vez, a noção de privacidade tratada por Warren e Brandeis, pulverizada em toda a sociedade, na medida em que indivíduos “comuns” passam a ser objeto de curiosidade tanto quanto as chamadas “celebridades”.

⁸¹¹BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, cit., p. 90-91.

⁸¹²CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*, cit., p. 460-471.

O “quão verde é a grama do vizinho”, isto é, o que há naquilo que não é público em relação ao outro e por que não é possível ter acesso a tais elementos são inquietações que permaneceram no âmbito da sociedade civil em todo o desenvolvimento histórico da noção de privacidade.

O desenvolvimento das tecnologias de processamento de dados realça a importância da informação pessoal e de seu controle, que integram a noção de privacidade e a necessidade de sua tutela. O fluxo de informação se intensifica, bem como suas fontes e destinatários, alterando o eixo de pensamento em relação ao direito à privacidade, passando de “pessoa-informação-sigilo” para “pessoa-informação-circulação-controle”⁸¹³.

Paralelamente, a atuação estatal para a consecução de políticas públicas conduziu à necessidade de perquirir determinados aspectos sociais, coletando e tratando informações dos indivíduos. Isso conduziu a uma nova preocupação da sociedade em relação ao que era coletado, mas também quanto ao acesso aos dados compilados pelo governo, principalmente quando nominalmente identificados⁸¹⁴, desenvolvendo-se a ideia da autodeterminação informativa.

Informações pessoais consideradas irrelevantes num primeiro momento podem, quando conjugadas com outros dados igualmente desprovidos de relevo, formar um conjunto informacional apto a revelar aspectos íntimos de um indivíduo, na chamada “teoria do mosaico”⁸¹⁵. Essa teoria contribuiu para a discussão da relativização entre a informação pública e privada, esmiuçada por Carlos Ruiz Miguel, enfraquecendo a ideia de que o privado é relativo. Em sua lição, o público seria relativo, porquanto determinado dado pessoal público poderia interferir na intimidade do indivíduo quando conectado a outro, convertendo informação pública em informação privada⁸¹⁶.

Neste aspecto, demonstrou-se com as lições de Posner⁸¹⁷ e Mota Pinto⁸¹⁸ que o patrimônio e, conseqüentemente, os rendimentos percebidos por um indivíduo - informação de caráter econômico - integram a esfera da privacidade, consubstanciando expressão de uma

⁸¹³RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 93. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 35.

⁸¹⁴COHEN, Julie E. Examined lives: informational privacy and the subject as object, cit., p. 1432.

⁸¹⁵MADRID CONESA, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de derecho*, cit., p. 44-45.

⁸¹⁶RUIZ MIGUEL, Carlos. En torno a la protección de los datos personales automatizados. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, n. 84, p. 243, abr./jun. 1994. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/46901/28381>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁸¹⁷POSNER, Richard Allen. *The right of privacy*, cit., p. 401.

⁸¹⁸PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, cit., p. 529.

condição da pessoa quando a ela diretamente vinculada, mediante identificação. O contexto em que revelada tais informações determinará o balanço entre maior ou menor proteção à privacidade para o bem-estar individual e social.⁸¹⁹

Há, portanto, uma *privacidade econômica* que integra a definição de privacidade, composta pelas informações pessoais de caráter econômico, como assinalado expressamente pela doutrina italiana:

All'interno della nozione di privacy è stata recentemente definita la cosiddetta privacy economica. Dato che nell'attuale realtà italiana sono oggetto di trattamento non solo e non tanto informazioni afferenti a quella che si suole definire come sfera privata, ovvero la vita intima dei soggetti, bensì anche quelle informazioni attinenti alla realtà economica. Cioè la situazione patrimoniali dei consociati.⁸²⁰

A informação econômica em sentido amplo, originalmente anônima, é automaticamente transformada informação pessoal quando vinculada ao nome de um indivíduo que tenha percebido a expressão de valor ali indicada, merecendo a proteção conferida pela definição de intimidade econômica. O risco a ser protegido reside não no nome em si, mas na exploração do nome associado a outras informações por terceiros, sob pena de limitar-se o acesso a registros de comércio, de bens móveis e imóveis etc.⁸²¹.

As preocupações em torno da garantia da privacidade e a crescente necessidade de conferir-se maior tutela em relação ao tema - notadamente em relação à informação pessoal, sua circulação e controle (dimensão contextual da privacidade) -, refletiram-se na elaboração de legislações específicas.

Para além das meras garantias programáticas dos normativos de direito internacional público, discussões que tiveram início no âmbito da OCDE e posteriormente na Europa conduziram à edição de leis para a proteção de dados pessoais. Os diplomas legislativos foram se desenvolvendo em gerações, conforme o avanço tecnológico da época e as novas tutelas que se faziam necessárias. Definições importantes foram positivadas no período, a exemplo dos princípios que regem o tratamento da informação pessoal, com destaque para os enunciados da finalidade, da adequação, da necessidade e da prevenção, bem assim a definição dos dados pessoais sensíveis e a consagração da autodeterminação informativa e do consentimento como elementos centrais na elaboração dos textos normativos. O direito comunitário europeu – desde

⁸¹⁹ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The economics of privacy, *cit.*, p. 484.

⁸²⁰PERULLI, Gianfranco. Le responsabilità della pubblica amministrazione. In: ITALIA, Vittorio *et al.* *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 395.

⁸²¹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, *cit.*, p. 450.

a Diretiva 95/46 até o RGPD – disciplinou a questão de maneira ampla e concisa, considerando as características transfronteiriças da circulação dos dados pessoais por meio da internet, construindo estrutura normativa e institucional consistentes que permitiram a edição de legislação interna pelos Estados-membros.

A conclusão é outra, porém, quanto observada a legislação brasileira. A aprovação do MCI e da LGPD foram aceleradas por eventos externos. No caso específico da LGPD, nem mesmo a ampla e demorada discussão do tema com a sociedade civil para a redação do texto normativo e a inspiração no RGPD europeu foram suficientes para uma legislação abrangente, que deixou de observar cuidados estruturais necessários ao bom funcionamento do sistema, como a garantia de independência da autoridade de proteção de dados.

O recorte do presente estudo propôs a análise de eventual violação à privacidade individual, em sua dimensão contextual, na divulgação do dado pessoal de conteúdo econômico do agente público no âmbito da transparência administrativa.

Princípio em voga desde os movimentos de modernização do direito administrativo a partir dos anos 1980 e 1990, o conteúdo da transparência administrativa remonta às origens da própria democracia, do Estado Democrático de Direito e a necessidade de visibilidade das ações estatais contra os *arcana imperii*, ou político do segredo.

Inicialmente associada ao dever de publicidade dos atos administrativos, primeira providência quando do surgimento do Estado de Direito pós-Revolução Francesa, verificou-se que o conteúdo da transparência abrange ainda a motivação dos atos e decisões estatais, bem assim o fomento dos mecanismos de participação popular, bases fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A consecução da transparência administrativa ressoa em diversos princípios constitucionais afetos à Administração Pública, transitando pelo conteúdo dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, enfeixando uma série de direitos fundamentais garantidos pelos textos constitucionais democráticos. Interessante ao presente estudo, o direito à liberdade de informação em relação aos entes estatais concretiza o princípio (e dever) da publicidade administrativa, bem como permite ao indivíduo o conhecimento do agir do Estado e, conseqüentemente, a participação informada nos mecanismos democráticos e o acompanhamento do emprego de recursos públicos.

A divulgação da informação pública, porém, encontra limites na chamada teoria do segredo de Estado, impondo-se a manutenção do sigilo em relação a temas atinentes à segurança das instituições estatais e da sociedade, bem como em relação a dados que, embora de posse ou

até mesmo produzidos pela Administração Pública, adentrem na esfera da intimidade dos indivíduos. Nesta última hipótese, os ensinamentos doutrinários apontam que a tutela da privacidade e o amplo acesso à informação são finalidades incompatíveis entre si. Os movimentos jurídico-legislativos atuais, no entanto, buscam a combinação dos diversos princípios a fim de definir critérios idôneos para selecionar e balancear os interesses em conflito⁸²². Ainda que não se possa definir previamente o peso de cada princípio, não se deve excluir a apreciação dos conflitos da lei⁸²³.

Verificou-se, ademais, que as finalidades da transparência administrativa dizem respeito exclusivamente à Administração Pública, na consecução do interesse público e para que sejam atendidas as necessidades da população, que deve participar dos processos decisórios de maneira informada. A informação amplamente disponibilizada deve servir ao controle dos atos administrativos, permitindo-se identificar eventuais violações aos princípios inerentes à Administração Pública, atos ilícitos que estariam sendo praticados, cumprimento da função pública e fiscalização do uso dos recursos públicos⁸²⁴. Neste aspecto, a contribuição de Díaz Cafferata em relação ao critério a ser considerado para a definição de uma informação pública e, conseqüentemente, objeto de divulgação pela Administração Pública é bastante elucidativa:

Finalmente, hemos de decir que el criterio para afirmar qué información es pública (y, por ende, qué no es información privada) consiste en identificar a ésta con la que haga a los asuntos de la comunidad considerada como un todo, y no con cada uno de sus ciudadanos individualmente considerados.⁸²⁵

Bombardelli, por sua vez, distingue entre informações acessíveis para fins de controle, avaliação do corpo de pessoal administrativo e prevenção da corrupção, e de outro aquelas acessíveis para fins de participação e simplificação, com vistas à melhor relação entre a Administração Pública e a sociedade⁸²⁶. Dentre os autores brasileiros, a mesma linha de raciocínio é encontrada na obra de Fernando Brega:

⁸²²RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, cit., p. 84.

⁸²³GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*, cit., p. 240.

⁸²⁴BOMBARDELLI, Marco. *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, cit., p. 661.

⁸²⁵DÍAZ CAFFERATA, Santiago. El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley. *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, n. 86, p. 160, 2009. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁸²⁶BOMBARDELLI, Marco. *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, cit., p. 662.

A chave é ter em mente, diante do contexto tecnológico contemporâneo, que a publicidade administrativa deve servir para finalidades de interesse público, e não para a divulgação indireta de informações que possam ser usadas para satisfazer meros interesses privados.⁸²⁷

A informação disponibilizada de ofício pelo Estado (transparência ativa) deve ser facilmente localizável (visibilidade) permitindo-se, *prima facie*, o acesso a dados suficientes e preponderantes para que se possa aferir corretamente a atividade administrativa, a motivação das decisões tomadas e o emprego dos recursos públicos (inferibilidade), característicos de um interesse coletivo legítimo⁸²⁸. Dados complementares destinados ao aprofundamento de questão específica podem ser disponibilizados pela modalidade provocada (transparência passiva). A otimização do conteúdo dos bancos de dados em poder do Estado garante a proteção de direitos fundamentais e evita que se incorra no fenômeno da opacidade em virtude da “superdivulgação” de informações (opacidade por confusão).

O acesso e conhecimento amplo e irrestrito dos gastos públicos exigem que a despesa referente ao corpo de pessoal político e administrativo seja publicizada. A divulgação proativa desses dados, em especial a transparência remuneratória dos agentes públicos, deve permitir que se averigue a correta expressão dos valores pagos, refletindo as legislações de regência de cada carreira e os elementos de remuneração pertinentes a cada cargo na estrutura administrativa, operação que não necessita, em princípio, da identificação nominal do indivíduo. A identificação de eventuais disparidades, no entanto, pode indicar a necessidade de apuração mediante requisição provocada de informações complementares.

Neste ponto, faz-se importante a anotação de comportamentos relatados pela doutrina que se desconectam do princípio da transparência, quando a disponibilidade direta da informação acaba favorecendo uma espécie de “*voyeurismo* administrativo” a qualquer indivíduo com acesso à internet⁸²⁹, ou o pedido de acesso à informação encobre uma mera investigação *ad personam*, carente de legitimidade⁸³⁰. Tais ocorrências revolvem as origens da concepção da privacidade, enquanto proteção da esfera íntima do indivíduo de olhares

⁸²⁷BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*, cit., p. 175.

⁸²⁸MICHENER, Gregory; BERSCH, Katherine. *Identifying transparency*, cit., p. 234 e 237.

⁸²⁹BOMBARDELLI, Marco. *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, cit., p. 670.

⁸³⁰GUICHOT REINA, Emilio. Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio. *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 35, p. 67, 2007. Disponível em: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/download/2136/n35-guichot-es.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

meramente curiosos. Não há como afirmar que tais práticas se coadunam com as finalidades da transparência administrativa.

Pondera-se, ademais, a distinção feita por Alexandre de Moraes entre os fatos de interesse público e a vulneração da intimidade, no âmbito do direito à informação, quando em jogo uma personalidade pública:

O campo de interseção entre fatos de interesse público e vulneração de condutas íntimas e pessoais é muito grande quando se trata de personalidades públicas. Nessas hipóteses, a interpretação constitucional ao direito de informação deve ser alargada, enquanto a correspondente interpretação em relação à vida privada e intimidade devem ser restringidas, uma vez que, por opção pessoal as assim chamadas pessoas públicas (políticos, atletas, profissionais, artistas etc.) colocaram-se em posição de maior destaque e interesse social. Porém, mesmo em relação às pessoas públicas, a incidência da proteção constitucional à vida privada, intimidade, dignidade e honra permanece intangível, não havendo possibilidade de ferimento por parte de informações que não apresentem nenhuma relação com o interesse público ou social, ou ainda com as funções exercidas por elas. Os responsáveis por essas informações deverão ser integralmente responsabilizados.⁸³¹

A distinção entre a função política e a função administrativa, bem assim as distinções entre os agentes públicos permitem que sejam identificados graus de poder político ou administrativo. Isso permite que seja identificado um escalonamento de agentes públicos mais expostos pública ou politicamente do que outros, o que também poderia balizar eventual balanceamento entre a possibilidade de identificação nominal dos agentes em relação à transparência estipendiária.

A transparência administrativa é princípio afeto à Administração Pública e não ao indivíduo que ingressa na carreira pública. Não há, necessariamente, um “contrato de publicidade” firmado por *todos* os indivíduos que se relacionam com a Administração Pública, no sentido de se renunciar à privacidade no que toca à divulgação de dados pessoais, dentre os quais incluem-se os de caráter econômico.

A publicidade proativa desses dados possibilita o uso dessas informações para finalidades diferentes das que norteiam o tratamento, estabelecendo-se um conflito entre os agentes públicos titulares dos dados e o interesse público em potencializar o arcabouço informativo do Estado no contexto da sociedade em rede⁸³², do *new public management* e da democracia administrativa. Há que se considerar, também, a questão do *uso secundário* do dado pessoal por terceiros, inclusive pela captura automatizada, com a elaboração de perfil

⁸³¹MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 182.

⁸³²BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*, *cit.*, p. 169.

socioeconômico do indivíduo sem seu conhecimento ou consentimento⁸³³. Neste ponto, as informações de caráter econômico nominalmente identificadas apresentam um grau de tratamento que permite a utilização imediata por empresas especializadas para diversas finalidades, inclusive agregá-los a outros bancos de dados. Ao fim e ao cabo, o poder público trata dados gratuitamente para a uso privado diferente das finalidades da transparência administrativa e, conseqüentemente, da finalidade do tratamento.

No conflito acima descrito há a colisão entre o princípio da transparência administrativa e os princípios norteadores da proteção de dados pessoais (finalidade, adequação, necessidade e prevenção), corporificados, respectivamente, nos direitos fundamentais do acesso à informação pública e da proteção à privacidade.

Na análise proposta no presente estudo, toma-se a lição de Eros Grau e Canotilho em relação à definição de princípio. Para o primeiro, o princípio consubstancia “espécie do gênero regra em sentido amplo”, caracterizado por seu “caráter amplo e largo de generalidade”, abrangendo objetos ilimitados disciplinados por regras *stricto sensu*⁸³⁴. De Canotilho extrai-se a lição de que os princípios constituem exigências de otimização, podendo ser objeto de ponderação (decidir qual, num caso concreto, tem maior *peso* ou valor) ou harmonização (contemporização entre princípios que permitam a sua coexistência), porquanto estabelecem deveres *prima facie*⁸³⁵.

A solução de conflitos deste jaez estaria, na lição de Maria Sylvia Di Pietro, na invocação do princípio da proporcionalidade⁸³⁶. No âmbito do Direito Administrativo, a proporcionalidade “limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”⁸³⁷.

⁸³³BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*, cit., p. 175.

⁸³⁴GRAU, Eros Roberto. Nota crítica sobre os chamados princípios do direito. *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, v. 57, t. 2, p. 1551-1568, 2014. Não se coaduna como a presente reflexão, no entanto, as demais considerações do ilustre Professor, com as devidas escusas pela discordância, em relação à ponderação de princípios.

⁸³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1161-1162 e 1241. Sobre o tema da distinção entre princípios e regras, veja-se SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, cit., p. 607-630.

⁸³⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo, cit., p. 205.

⁸³⁷CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 50.

Conforme assinala Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade subdivide-se em três elementos: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*⁸³⁸. A análise de um precede à do outro, de sorte que não há necessidade de avaliação de todos no caso concreto. A adequação analisa a aptidão do ato a cumprir o resultado *fomentado*⁸³⁹. Pelo elemento da necessidade, “[u]m ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”⁸⁴⁰.

Conforme leciona Gabriella Racca⁸⁴¹, em atenção ao chamado “princípio da necessidade”, vigente em matéria de proteção de dados pessoais, deve-se reduzir ao mínimo a utilização de dados pessoais ou que identifiquem a pessoa quando não for estritamente necessário. Assim, quando a divulgação dos dados pessoais exceda a finalidade da transparência, tais informações devem ser omitidas quando dispensáveis ou não pertinentes.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito implica o sopesamento entre a restrição de um direito fundamental e a realização de outro direito fundamental que com aquele colide.

A partir desse raciocínio, o tratamento dos dados de caráter econômico referente à remuneração dos agentes públicos prescinde de identificação nominal. Ao restringir-se à visibilidade da ação estatal necessária ao controle orçamentário e financeiro, a divulgação dos valores sem identificação caracteriza a informação econômica em sentido amplo. A vinculação de tais dados ao nome de quem as percebe, com divulgação proativa, qualifica a informação como de caráter pessoal, invadindo a esfera privada individual, com possibilidade de causar danos aos que integram o quadro administrativo. Note-se que não há exclusão nem preponderância de um sobre o outro, sendo a hipótese de harmonização entre princípios.

Sempre que a divulgação dos nomes das pessoas envolvidas não for necessária para dar transparência à atuação da administração e para o exercício de direitos, sua divulgação por meio da internet não pode ser admitida porque o risco de prejuízos à intimidade não seria acompanhado de benefício significativo para a transparência, levando a uma violação do princípio da proporcionalidade.⁸⁴²

⁸³⁸SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 34, abr. 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁸³⁹Sobre o termo *fomentado* em lugar de *alcançado*, verificar as observações de Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o razoável, *cit.*, p. 37).

⁸⁴⁰*Id. Ibid.*, p. 39.

⁸⁴¹RACCA, Gabriella. *La trasparenza e la qualità delle informazioni come forma diffusa di controllo sulle amministrazioni pubbliche*. Torino: UNITO, 2015. p. 44. Também considerado isoladamente como “princípio da minimização”, no direito europeu.

⁸⁴²BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*, *cit.*, p. 179.

O entendimento ora preconizado também pode ser obtido mediante a análise sistemática e teleológica, no que tange à extensão dos direitos fundamentais à informação e à privacidade, bem como a partir da legislação atinente à proteção de dados pessoais, ainda que poucos na doutrina estabeleceram o diálogo entre LAI e LGPD.

A LAI assegura a proteção da informação pessoal, garantindo-se eventual restrição de acesso (art. 6º, III), bem como assegura o direito de acesso à informação pertinente à administração do patrimônio público e utilização de recursos públicos (art. 7º, VI). O dever de divulgação proativa de informações indica como um dos conteúdos mínimos os registros da despesa, sem especificação de decomposições de seus elementos (art. 8º, § 1º, III). O *caput* do preceito é expresso no sentido de que as informações devem ter interesse coletivo ou geral. O artigo 48-A, I da LRF, por sua vez, refere-se a informações atinentes a contratações, sem que possa ser aplicado à transparência estipendiária. O artigo 31 da LAI, como visto, versa especificamente sobre informações pessoais, assegurando o tratamento de forma transparente e com respeito à intimidade e a vida privada. O parágrafo primeiro determina as hipóteses de restrição de acesso, excetuados os casos de previsão legal ou de consentimento expresso do titular (art. 31, § 1º, II). O consentimento é dispensado quando as informações forem necessárias à proteção do interesse público e geral preponderante, expressão que enseja valoração para a definição de seu conteúdo. (art. 31, § 3º, V). Veda-se expressamente, no entanto, a identificação da pessoa na hipótese de realização de estatísticas (artigo 31, § 3º, II).

A LGPD consagra a privacidade e a inviolabilidade da intimidade como fundamentos e direitos do titular do dado pessoal (art. 2º, I e IV e art. 17). Dentre os princípios que devem ser considerados como requisitos para o tratamento de dados pessoais de acesso público, o artigo 7º, § 3º consigna a finalidade, a boa-fé e o interesse público para justificar a sua divulgação.

No preceito atinente à disciplina dos dados anonimizados, a lei considera como dados pessoais “aqueles utilizados para a formação de perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada” (art. 12, § 2º), hipótese que abrange a informação de caráter econômico nominalmente identificada.

O artigo 23 é pródigo no uso da expressão “público” ao disciplinar o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública, mencionando que o procedimento naquela seara “deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público”. Confere, ainda, capacidade normativa à ANPD quanto às formas de publicidade das operações de tratamento (art. 23, § 1º).

A LAI garante o direito de acesso à informação pertinente à verificação do gasto público, protegendo-se a privacidade individual. Considerada esta verificação de gastos, portanto, como a finalidade que justificaria eventual tratamento de dado pessoal pelo poder público, nos termos da LGPD, o conhecimento do dado nominativo não é determinante para o pleno exercício do direito assegurado pela LAI, nem se verifica a existência, *prima facie*, de interesse público que justifique o sacrifício da privacidade.

A recentíssima Lei do Governo Digital, por fim, reafirma a proteção de dados pessoais e da privacidade dessas informações (art. 3º, XVII, art. 29, § 1º, VIII), com a observância dos princípios do art. 6º da LGPD na consecução da transparência ativa e a publicidade de base de dados *não pessoais* como regra geral (art. 29, *caput*, e § 1º, I), preferindo-se a anonimização das informações (art. 3º, XXIII)⁸⁴³.

No aspecto comparativo, o RGPD europeu traz na definição de dado pessoal a menção à identidade econômica (art. 4º, 1), impedindo qualquer questionamento sobre a proteção desta categoria de informação individual. A legislação autoriza o tratamento de dados pessoais pelo poder público (art. 86), sendo possível o estabelecimento de restrições ao uso de elemento de identificação de aplicação geral (art. 87) e há a menção expressa ao princípio da minimização de dados (desdobramento do princípio da finalidade previsto no RGPD) e da pseudonimização (anonimização, no direito brasileiro) nas hipóteses de tratamento de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público (art. 89). O normativo atinente ao direito de acesso a documentos na UE (Regulamento (CE) nº 1.049/2001) é pouco preciso em relação à proteção a dados pessoais em poder dos órgãos comunitários, sendo o RGPD a balizar a proteção de dados pessoais nas legislações internas de acesso à informação pública.

No campo empírico é possível verificar que a omissão dos nomes na divulgação proativa da informação da despesa com pessoal não obsta a que se averigüe a gestão dos recursos públicos. Em matéria jornalística que discutia o teto remuneratório de procuradores municipais de São Paulo, a divulgação da imagem do portal da transparência ativa capturada pelo repórter não exibiu o nome dos agentes públicos. Isso não impediu a correta averiguação do gasto público efetivado nem o desenvolvimento completo do assunto⁸⁴⁴.

⁸⁴³Não se compreende, em meio a tantos preceitos protetivos, a existência do preceito do art. 29, § 2º, VII, em sentido diametralmente oposto, determinando a divulgação do nome dos agentes públicos.

⁸⁴⁴ARCOVERDE, Leo. Procuradores da Prefeitura de SP ganham R\$ 39 mil pagos a ministros de STF após decisão administrativa. *G1, São Paulo*, 28 jun. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/06/28/procuradores-da-prefeitura-de-sp-ganham-r-39-mil-pagos-a-ministros-de-stf-apos-decisao-administrativa.ghml>. Acesso em: 13 set. 2022.

A partir do que demonstrado no presente estudo, é possível a aplicação de determinados temperamentos em relação ao tema, balanceando-se o uso das modalidades de divulgação da informação, com métodos operacionais previstos em lei ou mediante critérios baseados na exposição do agente público.

Assim, a divulgação proativa das informações de caráter econômico pode ocorrer sem a divulgação nominal do agente público, mas tão somente do cargo em questão ou do número do registro funcional, como sugerido pelo Ministro Gilmar Mendes na decisão monocrática proferida no âmbito da Suspensão de Segurança nº 3.902 (item 5.2.4 supra). A identificação por nome seria possível na *modalidade passiva* ou *requerida* da transparência, o que já protegeria o indivíduo da captura automatizada da informação pessoal por terceiros para finalidades distintas da aferição do agir administrativo. Também é possível o uso da anonimização prevista na LGPD e na Lei de Governo Digital, sem prejuízo de solicitação pontual para a revelação das identidades⁸⁴⁵.

Por fim, a possibilidade de escalonamento dos agentes públicos conforme o grau de exposição, do regime de competência e do poder detido por cada um permite que a divulgação também ocorra sem prejuízo à privacidade. Pode-se restringir a divulgação proativa aos cargos de natureza política e altos cargos da estrutura administrativa, considerando-se a existência de cargos em que seu ocupante pode ser facilmente identificado, como por exemplo o de Ministro do Supremo Tribunal Federal. No Brasil, o uso de tal critério foi utilizado para a anonimização dos dados referentes aos agentes públicos de segurança.

Na esteira do que exposto linhas acima em relação às chamadas “personalidades públicas”, o interesse na identificação do agente público é tanto maior quanto mais exposto, de maior relevo o cargo por ele ocupado ou o interesse da sociedade em relação a quem foi alçado ao poder seja pelo voto, seja pela escolha dos administradores públicos na formação de sua equipe. Esta foi a solução adotada pela legislação italiana no Decreto Legislativo nº 33, de 14 de março de 2013, com artigos específicos para cada tipo de cargo da Administração Pública, com a indicação das informações devem ser publicadas⁸⁴⁶. A obrigação de publicação da remuneração com identificação nominal está prevista em relação aos integrantes de órgãos de caráter político, administrativo, de gestão ou governamentais, e titulares de cargos de gestão

⁸⁴⁵BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*, cit., p. 180.

⁸⁴⁶ITALIA. *Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33*. Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2013-03-14;33!vig=>. Acesso em: 10 set. 2022.

(art. 14, 1, “a” e “c”); titulares de cargos de colaboração ou consultoria (art. 15, 1, “d”); e de funções conferidas a servidores públicos (art. 18, 1). No que tange ao custo de pessoal, com emprego permanente ou temporário, a lei determina a publicação do custo anual de maneira complessiva, distribuído entre as diversas qualificações e áreas profissionais, sem a declinação dos nomes dos funcionários (art. 16, 2 e 17, 2, respectivamente).

As diversas possibilidades elencadas confirmam que a divulgação proativa de dados orçamentário-financeiros referentes à transparência remuneratória, sem identificação nominal, não interfere na transparência dos gastos públicos. O exame dos valores acompanhados do título do cargo em questão permite a verificação de eventuais disparidades, sendo possível a identificação do agente público por meio de requerimento próprio, na modalidade de transparência passiva, para aprofundamento da análise. Não há opacidade em nenhuma das alternativas apontadas, seja por ausência de dados seja por “confusão”, na medida em que a informação divulgada atende aos critérios de visibilidade e inferibilidade, atingindo o objetivo do acompanhamento do gasto público, permanecendo o dado nominativo disponível por outra via de acesso.

A exposição do nome de todo e qualquer agente público de maneira “indiscriminada” em bancos de dados abertos da Administração Pública viola a privacidade de maneira desnecessária, causando situações constrangedoras ao colocar o indivíduo “comum” - não exposto politicamente - em situação de vulnerabilidade, que vai desde a captura de dados mediante motores de busca, facilitando a reutilização da informação e o uso secundário para campanhas de *marketing* direcionadas e agressivas, até a possibilidade de serem vítimas de crimes ou da especulação e curiosidade de pessoas em relação a fatos os quais o indivíduo “não gostaria de tornar públicos, isto é, para o conhecimento amplo, aberto, que seja dado a todos e a qualquer um”⁸⁴⁷.

Os rendimentos auferidos lícitamente para sua sobrevivência integram a esfera de sua privacidade, não obstante a realização de investigação nos casos de suspeita de origem ilícita ou incompatibilidade com os chamados “sinais exteriores de riqueza”, mencionados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da SS nº 3.902. A transparência estipendiária determinada no texto constitucional (art. 39, § 6º) refere-se a cargos e empregos públicos, nada mencionando sobre a identificação de seus ocupantes.

⁸⁴⁷MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Considerações sobre a proteção à privacidade e aos dados pessoais em uma sociedade digital, *cit.*, p. 135.

As conclusões ora propostas buscam a harmonização de dois princípios constitucionais basilares, corporificados em direitos fundamentais legítimos, os quais podem coexistir sem que se sacrifique um ou outro. Longe de uma solução definitiva para a questão, contribui-se para uma visão pluralista e global sobre o tema, na medida em que exploradas as origens de cada instituto e o seu desenvolvimento histórico, permitindo a avaliação e o aprimoramento das práticas governamentais e o entendimento jurisprudencial sobre a matéria. Neste ponto, uma anedota atribuída a Michelangelo, contada por Gordillo⁸⁴⁸, é expressiva do que se pretendeu com a seguinte pesquisa: conta-se que uma pessoa limpava seu ateliê e criticou uma escultura em que o artista trabalhava, mencionando que o nariz parecia muito grande. Sem que a pessoa visse, Michelangelo retoca o queixo da estátua. Chamando de volta o indivíduo, pergunta-lhe como lhe parecia agora o nariz ao que aquele responde: “agora sim está perfeito”. As situações que muitas vezes são vistas como enormes problemas no nariz podem ser solucionadas com simples ajustes no queixo.

⁸⁴⁸GORDILLO, Agustín Alberto. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., p. AP-I-5.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ACKERMAN, John Mill; SANDOVAL, Irma Eréndira. *Leyes de acceso a la información en el mundo*. Ciudad de Mexico: IFAI, 2008.

ACQUISTI, Alessandro; BRANDIMARTE, Laura; LOEWENSTEIN, George. Privacy and human behavior in the age of information. *Science*, v. 347, n. 6221, p. 509-514, Jan. 2015. Disponível em: <https://www.cmu.edu/dietrich/sds/docs/loewenstein/PrivacyHumanBeh.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. What can behavioral economics teach us about privacy? In: ACQUISTI, Alessandro; GRITZALIS, Stefanos; LAMBRINOUDAKIS, Costas; DE CAPITANI DI VIMERCATI, Sabrina (Eds). *Digital privacy: theory, technologies, and practices*. New York: Auerbach, 2008. p. 363-377.

ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The economics of privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54 n. 2, p. 442-492, Jun. 2016. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jel.54.2.442>. Acesso em: 12 ago. 2021.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Buenaventura Pellise Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1.

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

ALLEN, Anita LaFrance. Coercing privacy. *William and Mary Law Review*, v. 40, n. 3, p. 723-757, Mar. 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1555&context=wmlr>. Acesso em: 12 ago. 2021.

AMARAL, Gisele. *Defesa da personalidade e o direito ao esquecimento*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civis). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/40322/1/ulfd140174_tese.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

ANTONIALLI, Dennys Marcelo. *A arquitetura da internet e o desafio da tutela do direito à privacidade pelos Estados nacionais*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112020-144100/publico/5184328_Tese_Original.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

ANTONIALLI, Dennys Marcelo; CRUZ, Francisco Brito. *Privacidade e internet: desafios para a democracia brasileira*. São Paulo: Fundação Fernando Henrique Cardoso, 2017.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ARCOVERDE, Leo. Procuradores da Prefeitura de SP ganham R\$ 39 mil pagos a ministros de STF após decisão administrativa. *GI, São Paulo*, 28 jun. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/06/28/procuradores-da-prefeitura-de-sp-ganham-r-39-mil-pagos-a-ministros-de-stf-apos-decisao-administrativa.ghtml>. Acesso em: 13 set. 2022.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *O princípio da transparência*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

AUDEN, Wystan Hugh. *Collected shorter poems 1927-1957*. New York: Random House, 1966.

BADIN, Luiz Armando. *O direito fundamental à informação em face da segurança do Estado e da sociedade*: em busca da efetiva afirmação do princípio constitucional da publicidade. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/2298/1176172.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BAINBRIDGE, John. The great Garbo: Part three: the braveness to be herself. *Life*, v. 38, n. 4, p. 112-130, Jan. 1955.

BALAGO, Rafael. Suprema Corte suspende direito constitucional ao aborto nos Estados Unidos após 49 anos. *Folha de S. Paulo*, 24 jun. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/06/suprema-corte-suspende-direito-ao-aborto-nos-estados-unidos-apos-49-anos.shtml>. Acesso em: 27 jun. 2022.

BAMBERGER, Kenneth A.; MULLIGAN, Deirdre K. Privacy on the books and on the ground. *Stanford Law Review*, v. 63, p. 247-315, Jan. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1961688_code334687.pdf?abstractid=1568385&mirid=1. Acesso em: 12 ago. 2021.

BARDELLA, Ana. Mulher é fotografada nua por vizinhos e pendura faixa de protesto na janela. *Universa – UOL*, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/08/18/mulher-e-fotografada-por-vizinhos-e-pendura-faixa-de-protesto-na-janela.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BATISTA, Carmem Lúcia. *Informação pública: entre o acesso e a apropriação social*. 2010. Dissertação (Mestrado em Cultura e Informação) - Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27151/tde-05112010-110124/publico/2349823.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilância líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Vitor Rozatti. Proteção de dados pessoais e o princípio democrático: a erosão da privacidade e os riscos à deliberação democrática. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito e internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 105-127.

BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BERGAMO, Mônica. Governo Bolsonaro coloca sob sigilo visita de filhos do presidente ao Planalto. *Folha de S. Paulo*, 24 jun. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2022/04/governo-bolsonaro-coloca-sob-sigilo-visita-de-filhos-do-presidente-ao-planalto.shtml>. Acesso em: 13 set. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2015.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BOMBARDELLI, Marco. Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza. *Istituzioni del Federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, n. 3-4, p. 657-685, 2013.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O abc do direito da União Europeia*. 6. ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOTERO, Giovanni. *Della ragione di Stato*. Roma: Vincenzo Pellagallo, 1590.

BRANS, Marleen; PETERS, B. Guy; VERBELEN, Bart. Rewards at the top: cross-country comparisons across offices and over time. In: BRANS, Marleen; PETERS, B. Guy (Eds.). *Rewards for High Public Office in Europe and North America*. New York: Routledge, 2012.

BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre o “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, FGV, Rio de Janeiro, v 189, p. 114-122, jul./set. 1992. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45286/47723>. Acesso em: 12 ago. 2021.

CAMP, Jean; CONNELLY, Kay. Beyond consent: privacy in ubiquitous computing (UbiComp). In: ACQUISTI, Alessandro; GRITZALIS, Stefanos; LAMBRINOUDAKIS, Costas; DE CAPITANI DI VIMERCATI, Sabrina (Eds). *Digital privacy: theory, technologies, and practices*. New York: Auerbach, 2008. p. 327-343.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPOBIANCO, Rosaria. *I Catechismi laici nella Repubblica napoletana del 1799: un “multiforme apparato educativo”*. Tese (Doutorado em Ciências Psicológicas e Pedagogia). Universidade degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2005. Disponível em: http://www.fedoa.unina.it/748/1/Capobianco_Rosaria.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

CARLONI, Enrico. La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa. In: ASTONE, Francesco; BARONCELLI, Stefania; CHIARA, Giuseppe (Coords.). *Scritti in onore di Giuseppe Palma*. Torino: Giappichelli, 2012. v. 2. p. 932-967.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46. p. 77-119, abr./jun. 2003.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018. (Trilogia: A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 2).

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. (Trilogia: A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1).

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente (el derecho de acceso a la documentación administrativa)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

COBB, Roger W.; ELDER, Charles D. *Participation in American politics: the dynamics of agenda-building*. 2. ed. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1983.

COHEN, Julie E. Examined lives: informational privacy and the subject as object. *Stanford Law Review*, v. 52, n. 5, p. 1373-1438, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1819&context=facpub>. Acesso em: 12 ago. 2021.

COOLEY, Thomas McIntyre. *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/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=books>. Acesso em: 12 ago. 2021.

COSTA, Olivier. *A União Europeia e sua política exterior* (história, instituições e processo de tomada de decisão). Brasília-DF: FUNAG, 2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CZERWICK, Edwin. Strukturen und Funktionen der Verwaltungskommunikation. *DÖV*, v. 50, n. 23, p. 973-983, dez. 1997.

CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*. 6. ed. Paris: PUF, 2019.

CHYDENIUS, Anders. *Account of the Chinese freedom to write translated from Danish*. Tradução de Peter Hogg. Stockholm: Lars Salvius, 2018. Disponível em: <https://chydenius.kootuttekset.fi/en/kirjoituksia/kinesiska-skrivfriheten>. Acesso em: 20 ago. 2022.

DARBISHIRE, Helen. *Proactive transparency: the future of the right to information?* Washington DC: World Bank Institute, 2009.

DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet: uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1. p. 23-78.

DE LUCCA, Newton; MACIEL, Renata Mota. A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: a disciplina normativa que faltava. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito e internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 21-50.

DEBBASCH, Charles. La transparence administrative en Europe - Introduction. *AEAP: Annuaire Européen d'Administration Publique*, v. 12, p. 11-15, 1989.

DEBBASCH, Charles; COLIN, Frédéric. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Economica, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 201-215.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, FGV, Rio de Janeiro, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993. <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45639/47412>.

DÍAZ CAFFERATA, Santiago. El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley. *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, n. 86, p. 151-185, 2009. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

DIM, Nora. *Dichtung und Wahrheit – Die Herausforderungen des Rechts durch die Schlüsselliteratur* Verfasserin. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Viena, Viena, 2012.

DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 459-469.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 3-20.

DONEDA, Danilo. Princípios de proteção de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1. p. 369-384.

DROMI, Roberto José. *Sistema y valores administrativos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

DUBY, George (Ed.). *História da vida privada, 2: da Europa feudal à renascença*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ETZIONI, Amitai. *The limits of privacy*. New York: Basic Books, 1999.

FADIGATI, Ida. *Il principio di trasparenza nei contratti pubblici: il bando di gara*. Tese (Doutorado em Direito). Università degli studi di Napoli “Ferdico II”, Napoli, 2015. Disponível em: <http://www.fedoa.unina.it/10226/1/Fadigati%20Ida%20tesi%20di%20dottorato.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FENSTER, Mark. The opacity of transparency. *Iowa Law Review*, n. 91, p. 885-949, 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=facultypub>. Acesso em: 12 ago. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841/88644>. Acesso em: 12 ago. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRIER, Jean-Pierre. La participation des administrés aux décisions de l'administration. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, v. 90, n. 3, p. 663-690, 1974.

FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FRIED, Charles. *Privacy*. *The Yale Law Journal*, v. 77, n. 3, p. 475-493, 1968.

FUNK, William F. Public participation and transparency in administrative law – three examples as an object lesson. *American Law Review*, v. 61, n. 171, p. 171-198, 2009.

GALETTA, Diana-Urania. Transparency and access to public sector information in Italy: proper revolution. *Italian Journal of Public Law*, v. 6, n. 2, p. 212-240, 2014.

GÁMEZ, Ruth; CUÑADO, Fernando. A responsabilidade civil no direito inglês: terminologia e comparação com o direito espanhol. *A Folha - Boletim da língua portuguesa nas instituições europeias*, Bruxelas, n. 57, p. 1-7, 2018. Disponível em https://ec.europa.eu/translation/portuguese/magazine/documents/folha57_pt.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020. Acesso em: 12 ago. 2021.

GAMIZ, Mario Sergio de Freitas. *Privacidade e intimidade: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madrid: Civitas, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Fróes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

GAVISON, Ruth. Privacy and the limits of law. *The Yale Law Journal*, v. 89, n. 3, p. 421-471, 1980.

https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2060957_code819270.pdf?abstractid=2060957&mirid=1.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. *A integração como fenômeno jurídico-político: uma leitura sobre a construção histórica da CECA*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-05122013-155916/publico/Tese_Arthur_Roberto_Capella_Giannattasio.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Paulo César da Costa. “Versalhes não tem banheiros!” As vocações da geografia cultural. *Espaço e Cultura*, n. 19-20, p. 41-49, 2005. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/espacoecultura/article/download/6146/4418>. Acesso em: 12 ago. 2021.

GORDILLO, Agustín Alberto. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: FDA, 2012. t. 6.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. Nota crítica sobre os chamados princípios do direito. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 57, t. 2, p. 1551-1568, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. refundida de *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. *Los secretos de Estado (un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho)*. 2003. Tese (Doutorado em Direito). Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003. Disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12283/secretos_guevara_2003.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 12 ago. 2021.

GUICHOT REINA, Emilio. Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio. *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 35, p. 43-74, 2007. Disponível em: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/download/2136/n35-guichot-es.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

GUICHOT REINA, Emilio. *Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Pamplona: Thomson Civitas, 2009.

GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investiga ações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HARRIS, Cathy A. Outing privacy litigation: toward a contextual strategy for lesbian and gay rights. *George Washington Law Review*, Washington, D.C., v. 65, n. 2, p. 248-277, 1997.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^a ed., 1933, reimpr. Paris: Dalloz, 2002.

HIRSHLEIFER, Jack. Privacy: its origin, function, and future. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 4, p. 649-664, 1980.

HOGG, Peter. His Majesty's Gracious Ordinance Relating to Freedom of Writing and of the Press (1766). In: THE WORLD'S First Freedom of Information Act - Anders Chydenius' Legacy Today. Kokkola: Anders Chydenius Foundation, 2006. p. 8-17.

HOMERCHER, Evandro Teixeira. O princípio da transparência: uma análise de seus fundamentos. *Interesse Público - IP*. Belo Horizonte, v. 10, n. 48, p. 275-303, mar. 2008.

HORBACH, Carlos Bastide. Comentário ao art. 39, § 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. Ausg. Köln: Böhlau, 1967.

HUBMANN, Heinrich. Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion. *Juristenzeitung*, v. 12, n. 17, p. 521-528, 1957.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni; MARTINS, Guilherme Magalhães. A privacidade, a proteção dos dados e dos registros pessoais e a liberdade de expressão: algumas reflexões sobre o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965/2014). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1, p. 291-367.

LAMBLE, Stephen. Freedom of information, a Finnish clergyman's gift to democracy. *Freedom of Information Review*, n. 97, p. 2-8, Feb. 2002. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FoIRw/2002/2.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

LAMBLE, Stephen. United States FoI laws are a poor model for statutes in other nations. *Freedom of Information Review*, n. 106, p. 51-55, Aug. 2003.

LASSERRE, Bruno; LENOIR, Noëlle; STIRN, Bernard. *La transparence administrative*. Paris: PUF, 1987.

LEMOS, Ronaldo. Uma breve história da criação do marco civil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1, p. 79-100.

LESSIG, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 2, p. 501-549, 1999.

LE TOURNEAU, Philippe. *Contrats informatiques et électroniques*. 6. éd. Paris: Dalloz, 2010.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; BIONI, Bruno Ricardo. A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7º, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a partir da *human computer interaction* e da *privacy by default*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1, p. 263-290.

LOCHAGIN, Gabriel; PEZAIT, Emanuele. A economia da privacidade: fundamentos econômicos e aspectos regulatórios da proteção de dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito e internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 513-532.

LUSKY, Louis. Invasion of privacy: a clarification of concepts. *Columbia Law Review*, vol. 72, n. 4, p. 693-710, 1972.

MACKINNON, Catharine Alice. *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

MADRID CONESA, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, 1984.

MANGANARO, Francesco. L'evoluzione del principio di trasparenza. In: SCOCA, Franco Gaetano (Ed.). *Scritti in memoria di Roberto Marrama*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. 639-651.

MANNINEN, Juha. Anders Chydenius and the origins of world's first freedom of information act. In: THE WORLD'S First Freedom of Information Act - Anders Chydenius' Legacy Today. Kokkola: Anders Chydenius Foundation, 2006. p. 18-53.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Considerações sobre a proteção à privacidade e aos dados pessoais em uma sociedade digital. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito e internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 129-146.

MARCHESIELLO, Michele. Dignità umana e funzione antropologica del diritto nel pensiero di Stefano Rodotà (in margine a vivere la democrazia). *Politica del Diritto*, v. 49, n. 4, p. 741-766, 2018.

MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. *In: MARRARA, Thiago (Org.). Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público.* São Paulo: Atlas, 2012. p. 280-300.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Coletânea original de Jürgen Schwabe. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MARTINS, Plínio Lacerda; KHAUAJA, Pedro Odebrecht. O interesse público e privado na proteção de dados pessoais. *In: MORAES, Maria Celina Bodini de; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio (Orgs.). Privacidade hoje: anais do I Seminário de Direito Civil da PUC-Rio.* Rio de Janeiro, 2018. p. 384-405.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014. Disponível em: [http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/download/96/318](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/download/96/318). Acesso em: 12 ago. 2021.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. *In: MARRARA, Thiago (Coord.) Princípios de direito administrativo.* 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 341-364.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da transparência. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Tratado de direito administrativo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe. *In: AGRE, Phillip; ROTENBERG, Marc (Eds.). Technology and privacy: the new landscape.* Cambridge: MIT Press, 1997. p. 219-241.

MAYORGA GARCÍA, Fernando (Dir. Acad.). *Historia institucional de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Documentos históricos.* Bogotá: Subdirección Imprenta Distrital, 2011. t. 3. Disponível em: https://archivobogota.secretariageneral.gov.co/sites/default/files/documentos_secretaria_general/HISTORIA_INSTITUCIONAL_ALCALDIA_TOMO_III.pdf. Acesso em: 12 ago. 2022.

MCCLAIN, Linda C. Inviability and privacy: the castle, the sanctuary, and the body. *Yale journal of Law & the Humanities.* v. 7, n. 1, p. 195-241, 1995. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3870&context=faculty_scholarship. Acesso em: 12 ago. 2021.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução.* 3. ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEINECKE, Friedrich. *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*. Tradução de D. Scolari. Firenze: Vallecchi, 1942.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

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

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. Tradução de Marsel N. G. de Souza. 2. ed. Brasília-DF: UNESCO, 2009.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 18, n. 70, p. 41-91, abr./jun. 2009.

MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno Ricardo. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 28, v. 124, p. 157-180, jul./ago. 2019. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1173/1094>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. 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 (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 61-71.

MICHAEL, James. Freedom of official information. *ODIHR Bulletin*, v. 5, n. 1, p. 23-34, Jan. 1997. Disponível em: <https://www.osce.org/files/f/documents/6/2/17739.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MICHENER, Gregory; BERSCH, Katherine. Identifying transparency. *Information Polity*, n. 18, n. 3, p. 233-242, July 2013.

MICHENER, Gregory; CONTRERAS Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Revista de Administração Pública*, FGV, Rio de Janeiro, n. 52, v. 4, p. 610-629, jul./ ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/xJVxcSMSQpQ5qvjBsV7z7ph/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MILAZZO, Pietro. L'istituto simbolo della trasparenza amministrativa in Italia: il diritto di accesso alle informazioni detenute dalla amministrazione. Tra evoluzione normativa tumultuosa, dubbi interpretativi ed incertezza di tutela. In: PÉREZ TREMPES, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *Transparencia, acceso a información pública y lucha contra la corrupción: tres experiencias a examen: Brasil, Italia, España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 87-119.

MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. *Interesse Público - IP*, ano 8, n. 36, p. 85-98, 2006.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Hazleton: Pennsylvania State University, 1998.

MILLER, Arthur Raphael. *The assault on privacy: computers, data banks and dossiers*. Ann Arbor: University of Michigan, 1971.

MILLER, Arthur Raphael. Personal privacy in the computer age: the challenge of a new technology in an information-oriented society. *Michigan Law Review*, v. 67, n. 6, p. 1089-1246, 1969.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Tradução de Cláudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018.

MOTTA, Fabrício Macedo. Publicidade administrativa e sua conformação constitucional. In: MARRARA, Thiago (Coord.) *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 365-382.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Transparência administrativa, Lei Federal nº 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília-DF, v. 6, n. 2, p. 45-64, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/4141/pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MOYNIHAN, Daniel Patrick. *Secrecy: the American experience*. New Haven: Yale University, 1998.

NATALE, Michele. *Catechismo repubblicano per l'istruzione del popolo, e la rovina de' tiranni*. Napoli: [s.n.], 1799. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=_ddF2hsBNGAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 12 ago. 2021.

NEWMAN, Abraham L. Building transnational civil liberties: transgovernmental entrepreneurs and the European data privacy directive. *International Organization*, v. 62, n. 1, p. 103-130, Jan. 2008.

NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity. *Washington Law Review*, v. 79, n. 1, p. 101-139, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4450&context=wlr>. Acesso em: 12 ago. 2021.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A motivação dos atos administrativos como garantia em face do abuso de poder. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de (Org.). *O abuso de poder do Estado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 34-63.

NOGUEIRA, Ítalo. Receita impõe sigilo de 100 anos sobre ação em favor de Flávio Bolsonaro. *Folha de S. Paulo*, 15 jul. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/07/receita-impoe-sigilo-de-100-anos-sobre-acao-em-favor-de-flavio-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 13 set. 2022.

NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. A União Europeia e suas instituições. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, ano 48 n. 192 p. 21-30, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242926/000936206.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 12 ago. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859/70467>. Acesso em: 12 ago. 2021.

OLIVEIRA, Heli Alves de. *O princípio da publicidade no direito administrativo*. São Paulo: Dialética, 2022.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PAJNO, Alessandro. Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione. *Giustizia Civile*, n. 2, p. 213-246, 2015. Disponível em: <https://giustiziaticivile.com/giustizia-civile-riv-trim/il-principio-di-trasparenza-alla-luce-delle-norme-anticorruzione>. Acesso em: 12 ago. 2021.

PALMA ORTIGOSA, Adrián. Contexto normativo de la protección de datos personales. In: MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo; FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles; ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (Dirs.); CABRERA, Sara Lorenzo; PALMA ORTIGOSA, Adrián (Coords.). *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía*. Madrid: Reus, 2018. p. 9-23.

PARENTONI, Leonardo Netto. O direito ao esquecimento (*right to oblivion*). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1. p. 539-618.

PARENTONI, Leonardo Netto; LIMA, Henrique Cunha. Proteção de dados pessoais no Brasil: antinomia interna e aspectos internacionais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito e Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 483-511.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978. *Revista de Estudios Políticos*, n. 9, p. 59-72, mayo/jun. 1979. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/48087/29536>. Acesso em: 12 ago. 2021.

PERULLI, Gianfranco. Le responsabilità della pubblica amministrazione. In: ITALIA, Vittorio et al. *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 389-407.

PEZZI, Ana Paula Jacobus. *A necessidade de proteção de dados pessoais nos arquivos de consumo: em busca da concretização do direito à privacidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2007.

PICCELLI, Roberto Ricomini. *A dimensão política da privacidade no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 69, p. 479-586, 1993.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Controle social da administração pública, transparência administrativa e acesso à informação: análise comparada da Lei brasileira nº 12.527 de 2011 e da Lei Espanhola nº 19 de 2013. In: MEZZARROBA, Orides; GARCIA ROCA, Francisco Javier (Orgs.) *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid*, v. 1, Madrid: Laborum, 2015. p. 275-295.

POMPEU, Inês Mota Randal; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. O caráter instrumental dos direitos fundamentais na análise da liberdade de expressão e do direito à privacidade com base na obra cinematográfica “Desconectados”. In: MORAES, Maria Celina Bodini de; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio (Orgs.). *Privacidade hoje: anais do I Seminário de Direito Civil da PUC-Rio*. Rio de Janeiro, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1937. t. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 2.

PORRAS RAMÍREZ, José María. Los límites a la transparencia en la Unión Europea: el menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Coords.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 89-113.

POSNER, Richard Allen. The economics of privacy. *The American Economic Review*, v. 71, n. 2, p. 405-409, May 1981.

POSNER, Richard Allen. The right of privacy. *Georgia Law Review*, v. 12, n. 3, p. 393-422, 1978. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2803&context=journal_articles. Acesso em: 12 ago. 2021.

POST, Robert Charles. Three concepts of privacy. *Georgetown Law Journal*, v. 89, p. 2087-2098, 2001. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1114/Three_Concepts_of_Privacy.pdf?sequence=2#:~:text=The%20first%20connects%20privacy%20to,third%20connects%20privacy%20to%20freedom. Acesso em: 12 ago. 2021.

PROSSER, William L. Privacy. *California Law Review*, v. 48, n. 3, p. 383-423, Aug. 1960. Disponível em: https://canvas.cornell.edu/courses/21938/files/1919488/download?download_frd=1. Acesso em: 12 ago. 2021.

RACCA, Gabriella. *La trasparenza e la qualità delle informazioni come forma diffusa di controllo sulle amministrazioni pubbliche*. Torino: UNITO, 2015.

RAVÀ, Adolfo. *Istituzioni di diritto privato*. Diritto delle persone. 5. ed. Padova: CEDAM, 1932. v. 2.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RECORDS, computers and the rights of citizens. Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems. Washington: US Department of Health Education and Welfare, 1973. Disponível em: <https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

RIVERO, Jean. La transparence administrative en Europe – Rapport de synthèse. *AEAP: Annuaire Européen d'Administration Publique*, v. 12, p. 308-318, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RÖDER, Karl David August. *Gründzuge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*. Heidelberg: C.F. Winter, 1846.

RODOTÀ, Stefano. *Dall soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODOTÀ, Stefano. L'antropologia dell'homo dignus. *Civilistica.com.*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/antropologia-homo-dignus/>. Acesso em: 10 set. 2020.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2021.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Teoria do poder político. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 45-66, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/30768/19876>. Acesso em: 12 ago. 2021.

RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei 13.709/2018. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 177-198.

RUBENFELD, Jed. The right of privacy. *Harvard Law Review*, v. 102, n. 4, p. 737-807, Feb. 1989. <https://doi.org/10.2307/1341305>.

RUIZ MIGUEL, Carlos. En torno a la protección de los datos personales automatizados. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, n. 84, p. 237-264, abr./jun. 1994. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/46901/28381>. Acesso em: 12 ago. 2021.

RYBCZYNSKI, Witold. *Casa: pequena história de uma ideia*. Tradução de Betina von Staa. Rio de Janeiro: Record, 1986.

RYDHOLM, Lena. China and the world's first freedom of information act: the swedish Freedom of the Press Act of 1766. *Javnost – The Public*, v. 20, n. 4, p. 45-64, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de acesso à informação (LAI): comentários à Lei nº 11.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoas, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel Sánchez. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

SANCHO LÓPEZ, Marina. *La protección de datos en el Reino Unido: evolución del right to privacy y escenarios post-Brexit*. Pamplona: Aranzadi, 2019.

SANTAMARIA, Massimo Ferrara. Il diritto alla ilesa intimità privata. *Riv. Dir. Priv.* v. 1, p. 168-191, 1937.

SANTINI, Andrea. *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè, 2004.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR. Otávio Luiz (Coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-59.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Coords.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 11-26.

SASSINE, Vinicius. Exército alega “informação pessoal” e impõe sigilo de até 100 anos a processo que absolveu Pazuello. *Folha de S. Paulo*, 09 jun. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/exercito-alega-informacao-pessoal-e-impoe-sigilo-de-ate-100-anos-a-processo-que-absolveu-pazuello.shtml>. Acesso em: 27 jun. 2022.

SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social: direito administrativo em evolução? In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 117-137.

SCHOEMAN, Ferdinand. *Gossip and privacy*. In: GOODMAN, Robert; BEN-ZE'EV, Aaron (Eds.). *Good gossip*. Lawrence: University Press of Kansas, 1994. p. 72-82.

SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-Internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHWARTZ, Paul M. Privacy and democracy in cyberspace. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, n. 6, p. 1609-1701, 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=vlr>. Acesso em: 12 ago. 2021.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

SETZER, Valdemar. Dado, informação, conhecimento e competência. *DataGramZero*: revista de ciência da informação, Rio de Janeiro, n. 0, 1999. Disponível em <https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/datagrama.html>. Acesso em: 12 fev. 2019.

SIEGEL, Reva B. "The rule of love": wife beating as prerogative and privacy. *The Yale Law Journal*, v. 105, p. 2117-2207, 1996.

SILVA, Andréia da. *Intimidade na sociedade da informação: o desafio de sua tutela e regulação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

SILVA, Ricardo Sidi Machado da. *A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04032015-082717/publico/Ricardo_Sidi_Dissertacao_Mestrado_Integral.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

SIMITIS, Spiros. Reviewing privacy in an information society. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 135, p. 707-746, 1987. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn_law_review. Acesso em: 12 ago. 2021.

SJÖBLOM, Gunnar. Problemi e soluzioni in politica. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, ano 14, n. 1, p. 41-85, abr. 1984.

SOLOVE, Daniel Justin. Conceptualizing privacy. *California Law Review*, v. 90, n. 4, p. 1087-1155, 2002. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2086&context=faculty_publications. Acesso em: 12 ago. 2021.

SOLOVE, Daniel Justin; SCHWARTZ, Paul M. *Information privacy law*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2009.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 65-86.

STIGLER, George Joseph. An introduction to privacy in economics and politics. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 4, p. 623-624, Dec. 1980.

SU, Chunhua; ZHOU, Jianying; BAO, Feng; WANG, Guilin; SAKURAI, Kouichi. Privacy-preservation techniques in data mining. In: ACQUISTI, Alessandro; GRITZALIS, Stefanos; LAMBRINOUDAKIS, Costas; DE CAPITANI DI VIMERCATI, Sabrina (Eds). *Digital privacy: theory, technologies, and practices*. New York: Auerbach, 2008. p. 187-226.

THOMSON, Judith Jarvis. The right to privacy. *Philosophy and Public Affairs*, v. 4, n. 4, p. 295-314, 1975. Disponível em: https://canvas.harvard.edu/files/6138374/download?download_frd=1. Acesso em: 12 ago. 2021.

TORCHIA, Luisa. L'attività amministrativa nella (vecchia e nella nuova) costituzione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 49, n. 2, p. 455-475, giug. 1995.

TRUYOL Y SERRA, Antonio de; VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, Ramon. Derecho a la intimidad e informática. In: *Informatica e Diritto*, 1, p. 171-187, 1975.

VARGAS ROZO, Óscar Eduardo. Estudio sobre los antecedentes, derogatorias y vigencia de la Ley 4ª de 1913. In: COLOMBIA. Senado de la República. *Ley 4ª de 1913 - Código de Régimen Político y Municipal con jurisprudencia y estudio sobre sus antecedentes, derogatorias y vigencia*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. p. 13-58.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato e MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? *Revista brasileira de Epidemiologia*, v. 23, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 set. 2020.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI. *Columbia Business Law Review*, v. 2019, n. 2, p. 1-130, Oct. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3248829. Acesso em: 12 ago. 2021.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The right to privacy. *Harvard Law Review*, n. 4, p. 193-220, 1890.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. v. 2.

WEISER, Mark. The computer for the 21st century. *Scientific American*, v. 265, n. 3, p. 94-105, Sept. 1991. Disponível em: <https://www.lri.fr/~mbl/Stanford/CS477/papers/Weiser-SciAm.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

WERHAN, Keith. *Principles of administrative law*. Saint Paul: Thomson West, 2008.

WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1967.

WHITMAN, James Q. The two western cultures of privacy: dignity versus liberty. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 6, p. 1151-1221, 2004. Doi: <https://doi.org/10.2307/4135723>.

WRIGHT, Barry. Quiescent leviathan? Citizenship and national security measures in late modernity. *Journal of Law and Society*, v. 25, n. 2, p. 213-236, jun. 1998.

YEARS and Years - Bethany Reveals She's Transhuman - Episode 1. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sfXV17TmLHs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: os limites do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito e internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1. p. 447-470.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 39, n. 144, p. 201-208, nov. 2019.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

ZUCCHETTI, Alberto. I rapporti tra le norme relative all'accesso ed alla tutela dei dati personali. In: ITALIA, V.; DELLA TORRE, M.; PERULLI, G.; ZUCCHETTI, A. *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1999.

Legislação e jurisprudência

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei n° 7.232, de 29 de outubro de 1984*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7232-29-outubro-1984-356182-veto-30603-pl.html>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara n° 89, de 2003*. Iniciativa Deputado Federal Luiz Piauhyllino. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63967>. Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. *Mensagem n° 523, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/msg/vep-523.htm. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Recurso Especial n° 22.337/RS*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília-DF, 13 de fevereiro de 1995. Diário da Justiça, Brasília-DF, 20 mar. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília-DF, 24 de fevereiro de 2016. Diário da Justiça, Brasília-DF, 20 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 652.777*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília-DF, 23 de abril de 2015. Diário da Justiça, Brasília-DF, 01 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Agravo Regimental no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.902*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília-DF, 9 de junho de 2011. Diário da Justiça, Brasília-DF, 30 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Mandado de Segurança nº 28.178*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília-DF, 4 de março de 2015. Diário da Justiça, Brasília-DF, 08 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *Suspensão de Segurança nº 3.902*. Decisão monocrática em sede liminar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes. Brasília-DF, 8 de julho de 2009. Diário da Justiça, Brasília-DF, 4 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação Cível com Revisão nº 317.719-5/6-00*. Relator: Desembargador Gonzaga Franceschini. São Paulo, 19 de abril de 2006. Diário da Justiça do Estado de São Paulo, 30 mai. 2006.

COLOMBIA. *Código de leyes i decretos del Estado Soberano de Cauca* - espedidos en 1863 i 1865. Bogotá: Tipografía de Gaitán, 1866.

COLOMBIA. *Código político i municipal expedido por la Asamblea Lejislativa del Estado Soberano de Bolivar*. Cartagena: Tipografía Antonio Araujo L., 1872.

COLOMBIA. *Recopilación de leyes del Estado Soberano del Cauca*. Popayan: Imprenta del Estado, 1879.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Strasbourg, 28.I.1981. (European Treaty Series - No. 108). Disponível em: <https://rm.coe.int/1680078b37>. Acesso em: 12 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108)*. Strasbourg 28/01/1981. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyid=108>. Acesso em: 12 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. Disponível em: www.coe.int. Acesso em: 12 ago. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. *Resolution 428 (1970)*. Declaration on mass communication media and Human Rights. Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>. Acesso em: 12 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. Parliamentary Assembly. *Resolution 428 (1970)*. Declaration on mass communication media and Human Rights. Disponível em: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>. Acesso em: 10 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. *Resolução (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities* (Adopted by the Committee of Ministers on 28 September 1977, at the 275th meeting of the Ministers' Deputies). Disponível em: <https://rm.coe.int/16804dec56>. Acesso em: 11 fev. 2022.

THE DEVELOPMENT and influence of the OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. Chapter 4. The evolving privacy landscape: 30 years after the OECD Privacy Guidelines (2011). In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. *The OECD Privacy Framework*. OECD, 2013. Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em: 12 fev. 2022.

EUROPEAN UNION. *Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/NIM/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em: 10 fev. 2022.

FRANÇA. Senado. Assembleia Nacional. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html. Acesso em: 20 ago. 2022.

ITALIA. Camera dei Deputati. *Atti del Parlamento Italiano: discussioni della Camera dei Deputati. XXII Legislatura (1904-1909) – 1ª Sessão 13/06/1908 a 30/06/1908, Roma, v. XIX, 17 de junho de 1908, p. 22.962*. Disponível em: <https://storia.camera.it/regno/lavori/leg22/sed529.pdf>. Acesso em: 05 out. 2022.

ITALIA. *Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33*. Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2013-03-14;33!vig=>. Acesso em: 10 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Assembleia Geral. *AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09)*. Acesso à Informação Pública: Fortalecimento da Democracia. (Aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 4 de junho de 2009). Disponível em: <https://www.oas.org/consejo/GENERAL%20ASSEMBLY/Documents/AG04688P10.doc>. Acesso em: 17 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Carta Democrática Interamericana. (Aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001). Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

SWEDEN. *The Freedom of the Press Act (1949)*. Disponível em: <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-freedom-of-the-press-act-2015.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

SWEDEN. *The Freedom of the Press Act (2018)*. Disponível em: <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/tryckfrihetsforordning-eng-2021.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (2000/C 364/01)*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *COM(2003) 625 final*. Decisão do Conselho relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia, da Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente. Disponível em: <https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre o acompanhamento do programa de trabalho para uma melhor aplicação da directiva relativa à protecção de dados*. Bruxelas, 7 mar. 2007. COM (2007) 87 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0087&from=PT>. Acesso em: 13 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia*. Bruxelas, 4 nov. 2010. COM (2010) 609 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0609&from=EM>. Acesso em: 13 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. Protecção da privacidade num mundo interligado - um quadro europeu de protecção de dados para o século XXI*. Bruxelas, 25 jan. 2012. COM (2012) 9 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0009&from=pt>. Acesso em: 13 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Relatório da Comissão – Primeiro Relatório sobre a implementação da Directiva relativa à protecção de dados (95/46/CE)*. Bruxelas, 15 maio 2003. COM (2003) 265 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0265&from=PT>. Acesso em: 13 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça. *Processo C-131/12*. Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, julgado em 13 de maio de 2014. Publicado em 7 de julho de 2014. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A13870C972461A8D0A069F155AAC762F?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27645>. Acesso em: 11 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça. *Processo C-507/17*. Google LLC, sucessora da Google Inc. v. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), julgado em 24 de setembro de 2019. Publicado em 25.11.2019. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=31644>. Acesso em: 11 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça. *Processos C-293/12 e C-594/12*. Digital Rights Ireland Ltd. v. Ireland. Julgado em 8 de abril de 2014. Publicado em 10 de junho de 2014. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?mode=DOC&pageIndex=0&docid=150642&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=33118>. Acesso em: 11 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas*. (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0058-20091219&from=EM>. Acesso em: 10 fev. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março de 2006 relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Directiva 2002/58/CE*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0024&from=EM>. Acesso em: 10 fev. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0066&from=PT>. Acesso em: 10 fev. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. *Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016*. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HR>. Acesso em: 11 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, 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). *Jornal Oficial da União Europeia*, 4.5.2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. *Regulamento (UE) 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2018*. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1725&from=pt>. Acesso em: 11 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. *Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2001*. Relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&from=PT>. Acesso em 10 fev. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de dezembro de 2000 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R0045&from=PT>. Acesso em: 10 fev. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados*. (97/C 340 /01). Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 10.11.97. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=PT>. Acesso em 12 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (2004/C 310/01)*. Disponível em: http://publications.europa.eu/resource/cellar/7ae3fd7e-8820-413e-8350-b85f9daab0c.0018.02/DOC_1. Acesso em: 22 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Versão Compilada do Tratado que Institui a Comunidade Europeia*. (97/C 340/03). Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 10.11.97. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997E/TXT&from=PT>. Acesso em 12 abr. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/68/167*. Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/449/47/PDF/N1344947.pdf?OpenElement>. Acesso em: 12 fev. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/70/1*. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf. Acesso em: 17 out. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights and Scientific and Technological Developments. Note by the Secretary-General. *Reports Prepared in Accordance With General Assembly Resolution 2450 (XXIII)*. 17 July 1973. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/852581/files/A_9075-EN.pdf?ln=en. Acesso em: 12 fev. 2022.