



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

DIOGO ALVES VERRI GARCIA DE SOUZA

A PRIVACIDADE DOS JUÍZES:
um olhar de liberdade e de políticas públicas

RIO DE JANEIRO
2020

DIOGO ALVES VERRI GARCIA DE SOUZA

A PRIVACIDADE DOS JUÍZES:
um olhar de liberdade e de políticas públicas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Orientador: Dr. Leonardo Mattietto

RIO DE JANEIRO
2020

Alves Verri Garcia de Souza, Diogo
A privacidade dos juízes: um olhar de liberdade e de políticas públicas. / Diogo Alves Verri Garcia de Souza. - Rio de Janeiro, 2020.

214 f.

Orientador: Leonardo Mattietto.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.

1. Privacidade. 2. Política pública. 3. Privacidade na magistratura. I. Mattietto, Leonardo, orient. II. Título.

DIOGO ALVES VERRI GARCIA DE SOUZA

A PRIVACIDADE DOS JUÍZES:
um olhar de liberdade e de políticas públicas

Dissertação aprovada como requisito para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovado em: 24/03/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonardo Mattietto
Professor-Orientador
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Profa. Dra. Maria Lúcia de Paula Oliveira
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso
Universidade Federal Fluminense

RIO DE JANEIRO
2020

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Sonia e Murilo. Que sempre me orientaram no caminho da perseverança, do conhecimento, da retidão e da bondade. Que Deus vos ilumine, assim como me iluminou por tê-los.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Leonardo Mattietto, por toda a sua contribuição e disponibilidade. Sua presença e dedicação, percebidas pelos alunos desde os iniciais contatos, refletiram na fase da orientação. Sem seu apoio, este estudo não teria alcançado o atual passo.

Aos professores que em muito me honraram em participar da Comissão examinadora.

A todos os professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Em especial, aos funcionários da Biblioteca, que auxiliaram na obtenção de obra no estrangeiro.

Ao Professor Dr. Mario Losano, da Universidade de Milão, pelos seus comentários e pelo envio de materiais que me ajudaram a compreender alguns sutis e importantes contornos da privacidade.

Ao Centro de *Estudios Políticos y Constitucionales*, do Governo da Espanha, que disponibilizou, com extrema presteza, obra rara e indispensável à pesquisa.

Aos colegas do Mestrado, em especial aos amigos Julio Suhett, Thiago Amério e Aline Marchesini, pela presença constante dentro e fora da sala de aula. À Aline, também pelas contribuições valiosas para a conclusão deste trabalho, incluindo as leituras e os comentários realizados em muitos momentos. Obrigado a todos pela amizade.

Aos integrantes do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC), da Universidade Federal Fluminense (UFF) e ao Professor Dr. André Saddy, pelos instigantes debates em Direito.

A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o presente trabalho.

À vida e às suas felicidades, que são constantes, mas não plenas, de modo que a existência seja serena e não monótona.

Aos começos involuntários.

A Deus e a meus pais. Sempre.

“A liberdade é a possibilidade do isolamento. És livre se podes afastar-te dos homens, sem que te obrigue a procurá-los a necessidade do dinheiro, ou a necessidade gregária, ou o amor, ou a glória, ou a curiosidade, que no silêncio e na solidão não podem ter alimento. Se te é impossível viver só, nasceste escravo. Podes ter todas as grandezas do espírito, todas da alma: és um escravo nobre, ou um servo inteligente: não és livre.”

(Fernando Pessoa, pelo heterônimo Bernardo Soares, em *Livro do Desassossego*)

“(A Hora do Só)

*Quando apressa-se em chegar a madrugada
Em que me finjo aos outros desfraterno,
Pois não há mal que faça um ruído, um nada.
Permaneço só, privado da distração
malfamada,*

*Pois é nesta hora apenas que tenho no silêncio
um subalterno.*

*Diferente de quando toca a alvorada
E tudo mais insiste em dizer: – é dia!*

*O zelador que canta, o cão que persiste e
ladra,*

*Até o vigário que, sem culpa alguma,
Deus lhe valha,*

Faz em minha porta romaria.

*Mesmo quem nunca, por razão alguma,
chama,*

Insiste em fazer-me atender telefonema.

Assim, as horas voam, com sol lá claro,

E eu, já tão apazado,

*Aguço-me em ver a distração que é a menor
dentre as pequenas.*

Por isso, quando tudo se cala

E o céu sente sono,

Anoto: ter café vale igual a ter palavras.

Estando madrugada,

*Sinto-me como se um minuto fosse longo; se a
pressa desse abono.*

Quando antes, ainda claro,

Cada segundo me calava.”

(Diogo Verri Garcia, Rio de Janeiro, 09/12/2019, 2h05)

RESUMO

O Direito vivencia uma era de grandes debates sobre privacidade, envolto em questões sobre o crescente emprego de tecnologias inteligentes e ágeis, o uso e o processamento de dados pessoais, os desafios éticos e os ilícitos oportunizados pelos novos meios e, naturalmente, a repercussão que aquela impõe sobre agentes públicos e seus governos. O uso das recentes tecnologias permite um maior tensionamento da privacidade, de modo que as técnicas mais comuns para lidar com as novas ameaças envolvem o próprio campo de extensão desse direito. Descobriu-se na sua mitigação uma maneira útil e valiosa de prevenir crimes e terrorismo. A relativização da privacidade encontra uso a fim de proteger a si mesma, proteger a sociedade, a democracia ou o Estado. É precisamente neste ponto que a ação estatal, como uma questão de direitos fundamentais, remete ao papel dos juízes. O Estado brasileiro, assim como vários outros, inclui na tutela jurisdicional a função de resolver conflitos sobre direitos fundamentais, dentre eles, a privacidade. E, como aplicadores da lei, também é dever dos magistrados interpretar a ação do Estado sobre tal direito. No entanto, o que acontece ao olhar para esse juiz, questionando os limites de sua própria privacidade? Não aquela que ele ostenta em relação a outros cidadãos ou a gestores de banco de dados, mas a que possui perante o próprio Estado, considerando seu papel de prestar a jurisdição. Há, pois, uma questão de importante análise, referente ao que ocorre quando o Estado passa a considerar a privacidade dos seus magistrados, de modo a impedir os riscos de eventuais ilícitos ou mesmo a garantir a efetividade jurisdicional. As restrições encontradas, embora possíveis, não são ilimitadas. É o que se busca examinar neste trabalho.

Palavras-chave: 1. Privacidade nos magistrados. 2. Ação estatal sobre a privacidade. 3. Aplicação de Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Law has experienced an era of great debates on privacy, surrounded by questions about the growing use of smart and agile technologies, the usage and processing of personal data, the ethical challenges and the illegals allowed by such means and, of course, the impact that privacy imposes on public officials and their governments. The use of recent technology has allowed the greater tension on privacy and the most common means and techniques to deal with these new threats precisely involves the own scope of this right. In its mitigation, a useful and valuable way of preventing crimes and terrorism acts has been discovered. The relativization of privacy finds use to protect itself, to protect society, democracy or the state. It is precisely at this point that state action, as a matter of fundamental rights, refers to the judges' role. The Brazilian State, as well as several other, includes in the jurisdiction the function of resolving conflicts over fundamental rights application, among them, privacy. And, as applicators of the law, it is also magistrates' duty to interpret State's action on such right. However, what happens when we look at this judge, questioning the limits of his own privacy? Not the one he displays in relation to other citizens or database managers, but the one he holds before the State itself, considering his role in providing jurisdiction. There is, therefore, an issue of important analysis, referring to what happens when the State starts to consider the privacy of its magistrates, in order to prevent the risks of possible illicit acts or even to guarantee the judicial effectiveness. The restrictions found, although possible, are not unlimited. That is the goal to examine this work.

Keywords: 1. Judges' privacy 2. State's action in privacy 3. Fundamental rights application.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DE POLÍTICA PÚBLICA A AUTONOMIA: DUAS FACETAS DA PRIVACIDADE	16
2.1 UM APANHADO HISTÓRICO DA PRIVACIDADE	16
2.2 AS DIVERSAS CONFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PRIVACIDADE	19
2.3 PRIVACIDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA	20
2.3.1 A localização das políticas públicas em privacidade	21
2.3.2 Privacidade como um processo de escolha estatal	24
2.3.3 Alguns desdobramentos da tutela jurídica da privacidade em políticas públicas	30
2.3.4 As três faces da privacidade como uma policy	42
2.3.5 A tutela da privacidade é um desígnio do Estado brasileiro	42
2.3.6 As normas que resguardam a privacidade inserem-se como normas de políticas públicas regulatórias	44
2.4 A AUTONOMIA DA PRIVACIDADE COMO INSTITUTO JURÍDICO	47
2.4.1 Qual é o significado da privacidade?	48
2.4.2 Fundamento teórico-normativo do Direito à Privacidade	56
2.4.3 As várias compreensões sobre privacidade	60
2.4.4 Privacidade como direito de estar só	61
2.4.5 Privacidade como autodeterminação informativa	64
3 PRIVACIDADE COMO DIREITO DE LIBERDADE E AS RESTRIÇÕES FUNDAMENTADAS PELO VÍNCULO JURÍDICO	71
3.1 PRIVACIDADE QUE DERIVA DA LIBERDADE	71
3.2 A CONFORMAÇÃO DA PRIVACIDADE DENTRE VALORES LIBERAIS DO ESTADO	78
3.2.1 O liberalismo político e a liberdade como alicerce dos demais direitos	78
3.2.2 Por um caminho de especificação da liberdade em privacidade	81
3.2.3 Algumas consequências jurídicas da especificação da liberdade em privacidade	87
3.3 POSSÍVEIS RESTRIÇÕES À PRIVACIDADE	91
3.3.1 As restrições objetiva, subjetiva, material e cognoscitiva	96
3.3.2 Tipologia da restrição	100
3.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESTRIÇÃO À PRIVACIDADE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NORMATIVAS	101
3.4.1 Elemento prévio: não há direito fundamental absoluto	102
3.4.2 Violação e restrição na aplicação da norma: distinções	105
3.4.3 A relativização dos direitos fundamentais	108

3.4.4 O problema da restrição pela vontade.....	111
3.4.5 Há uma forma pouco debatida de restrição: a fundamentada pelo vínculo jurídico	114
3.5 A RESTRIÇÃO PELO VÍNCULO: A TEORIA DAS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL	118
3.5.1 O marco teórico das relações de sujeição especial.....	119
3.5.2 A formação do vínculo em Relações de Sujeição Especial.....	125
3.5.3 A compreensão crítica do instituto no Direito brasileiro	129
4 A PRIVACIDADE NO EXERCÍCIO DA MAGISTRATURA E SUAS RESTRIÇÕES	133
4.1 O REGIME JURÍDICO DA MAGISTRATURA BRASILEIRA.....	133
4.1.1 Deveres, vedações e garantias sob o prisma da privacidade.....	137
4.1.2 Sujeições dos magistrados: a formação do vínculo jurídico.....	148
4.1.3 O controle orgânico dos magistrados: sanção e controle interno da privacidade.....	153
4.2 ELEMENTOS DE ANÁLISE DA PRIVACIDADE DOS JUÍZES	157
4.2.1 O Estado e a observação inata aos seus agentes	158
4.2.2 Magistratura e a expansão do rol de direitos sociais.....	165
4.2.3 O papel democrático da magistratura	170
4.2.4 A privacidade na sociedade em que vivem os magistrados	178
4.3 ALGUMAS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA PRIVACIDADE DOS JUÍZES.....	182
4.3.1 A teoria das três esferas	185
4.3.2 A ponderação no STF (caso da bibliografia não autorizada): entre a liberdade de expressão e a privacidade	188
5 CONCLUSÃO.....	192
REFERÊNCIAS	198

1 INTRODUÇÃO

Quem observa os juízes? É essa a pergunta que reforça o título e logo encaminha ao primeiro capítulo desta dissertação, cujas balizas, tal como serão vistas ao longo de todo o texto, foram nomeadas dentro dos estudos do vínculo jurídico que o agente estabelece com o Estado. Na escolha desse agente, abraçou-se a privacidade dos juízes, a qual, pelo citado vínculo, é aquela ostentada perante a máquina pública, e não a verificável (no recorte aqui dado) em face de atores a ela externos – imprensa, grupos de interesse, sociedade em geral –, ainda que estes exerçam relevante papel político, quer nas pressões que sofre o Estado-juiz, quer nas etapas de políticas públicas – dentre as quais se poderá inserir a privacidade.

A eleição de tal tema ocorreu em razão do contexto político-social e jurídico pelo qual passa nossa sociedade, imersa em questões sobre o combate à corrupção e envolta no crescimento da criminalidade (digital, ou não) organizada. Entre esses dois motes, debatem-se o cotidiano dos Tribunais e os direitos fundamentais: quer os que são corriqueiramente descumpridos por ações criminosas, quer os limites da ação do Estado, empenhado em detê-las. A escolha também levou em conta o papel das novas tecnologias, cada vez mais impondo uma frívola estrutura social da privacidade, balanceada em meio ao acesso amplo à vida privada (outorgada, muita das vezes, voluntariamente pelas redes sociais) e os meios silenciosos de processamento ou vazamento de dados.

A privacidade é um dentre tais direitos, ao passo que a sua inclusão na temática da magistratura encontra acesso também na atribuição desta em prestar a jurisdição, pois detentora do poder de posicionar-se quanto às ações antijurídicas ou quanto às que exijam o uso coativo da força, pelo aparato estatal. Compreende em tal enfoque, ademais, a incumbência do Judiciário de controlar a própria aplicação dos direitos fundamentais.

Em outros tempos, magistrados redigiam sentenças com papiro e pena e, posteriormente, em máquinas de escrever. Hoje, a evolução tecnológica possibilitou uma maior velocidade na produção jurídica, mas também uma dialeticidade pela qual o conteúdo dos atos judiciais extravasa para fora dos autos de modo imediato, alcançando grandes distancias e trazendo a jurisdição para perto de elementos de opinião pública além do nível local, realimentando grupos de pressão. De tal modo, exige prudência dos magistrados, não só quanto ao que escreve no processo, mas da forma como se vive. Em suma, sua privacidade.

Nesse sentido, tem-se atenção às recentes ações tabuladas pelo Conselho Nacional de Justiça e que objetivam regular as interações dos membros da magistratura no mundo digital, como uma factível extensão que são do seu proceder no mundo físico. Aqui, nota-se um apto

campo de análise do direito à privacidade, nos caminhos que passam por ser deixado só e chegam à autodeterminação informativa. Torna-se tão relevante quanto os estudos de captação ilícita de dados, também usados como maneira de influir na jurisdição.

Em tal mote, é levado em conta o próprio papel social representado pelo juiz, a ponto que seu próprio regime jurídico exige uma adequação na sua conduta na vida pública ou privada.

Este trabalho tem por objetivo analisar o alcance do direito à privacidade e à proteção de dados nas categorias submetidas à Relações de Sujeição Especial – observado o recorde do tema, quanto aos agentes públicos, recortando-se entre eles os magistrados, órgãos responsáveis por exercer a jurisdição.

Para tanto, adotou-se como metodologia uma revisão da bibliografia existente sobre o tema no Direito nacional e estrangeiro.

O problema de pesquisa que move a presente obra é: fundamentado na existência de uma relação mais intensa entre o agente público e o Estado – qual seja, uma relação de sujeição especial, a qual difere da que este mantém com os particulares, como um todo – poderá haver a mitigação da privacidade dos magistrados, com justificativa no interesse público? Há marcada na hipótese de pesquisa uma resposta afirmativa, no sentido de que o grau de uma maior interação entre o agente público e o Estado, estabelecido com base em um vínculo jurídico, é causa sim de uma relativização do direito à privacidade. Neste trabalho, procura-se desvendar qual o grau dessa relativização a que os agentes públicos estarão sujeitos e de que modo tal possibilidade interage com a proteção aos seus direitos fundamentais.

Assim, o presente trabalho é uma análise de um Estado que observa os magistrados, órgãos responsáveis pela jurisdição. O *primeiro capítulo* é uma passagem sobre o fundamento jurídico que enaltece esse olhar. E por ele busca-se o avanço sobre uma direção, que pode ser encontrada em múltiplas mostras, dando essência a esta obra: a privacidade.

As questões sobre quem observa os juízes – compreendidas como uma análise de sua conduta, sob o olhar estatal, e não de particulares – são, antes de tudo, questões sobre privacidade. Esta, além de ser retratada na doutrina como um direito, é igualmente um instrumento de apreciação política no Estado. Desde seu primeiro desdobramento – como o direito de estar só –, hoje também admite outros motes, havendo em todos eles uma possível peculiar análise sobre as vigilâncias ao exercício da judicatura.

No primeiro capítulo, passa-se a tratar da privacidade em duas de suas fases e conformações jurídicas: a privacidade enquanto política pública no Estado brasileiro,

considerando os notórios esforços estatais para implementar instrumentos que lhe são relacionados, assim como o próprio dever Estatal de legislar e regular sobre o tema. Subsiste, ao fim, como autonomia, isto é, um direito autônomo, dentro da ciência jurídica já segregado daqueles outros que incluem suas etapas históricas de desenvolvimento ou expressões colaterais: ou seja, é a privacidade em si mesma.

Pelos passos dados por tal caminho, haverá expresso o entendimento de que a privacidade se relaciona (e, em algum momento, deles até deriva) com os direitos de dignidade e de liberdade (desenvolvidos no capítulo dois), constituindo também uma expressão de política pública do Estado. Findo tal esforço, estará aberto caminho para, nos demais capítulos, proceder ao estudo do vínculo jurídico que une o agente ao Estado e no que isso influencia a tutela da privacidade.

Uma questão apta a ser levantada ao observar esse assunto – que também tenderá a ser desenvolvida no presente trabalho – é até que ponto a mitigação da privacidade dos agentes que exercem a jurisdição pode ser benéfica ao Estado. Ou, de maneira mais útil e precisa: até que ponto pode ser juridicamente admitida. Por certo, um juiz observado pode aparentar menos propício a sofrer indevidas influências e pressões, funcionando tal vigília, para ele e para o Estado, como uma forma de garantia. No entanto, é de saber até que ponto esse trato não feriria de morte seu direito fundamental e, além disso, dentro da própria magistratura, a tão defendida imparcialidade. O alicerce para esse debate é o vínculo jurídico que o agente formula com o Estado.

O *capítulo dois* é sobre as restrições à privacidade, tendo por base uma vertente política e jurídica da liberdade (direito à liberdade e liberalismo político) prosseguida de uma análise da teoria à restrição a direitos fundamentais, abarcando, dentro dela, a restrição pelo vínculo jurídico. Há o dever do Estado de provê-la, ao lado de seu caráter que, por sua natureza de direito fundamental, não a torna absoluta. A possibilidade de restrição encontra uma de suas formas sob o mencionado vínculo.

Toma-se por pressuposto o papel da privacidade como direito fundamental: é o que se assevera ao pretender abarcar, quando aos agentes responsáveis pelo exercício da jurisdição no Estado nacional, a possibilidade (ou não) de ser tomada uma vigília por parte desse mesmo Estado, que assim o faria – nos moldes que encaminham ao capítulo final – como forma de garantia do próprio exercício da atividade jurisdicional.

Contudo, mesmo que o debate sobre a privacidade tenha se intensificado e tomado a atual proporção apenas nas últimas décadas, tendo em conta o avanço da tecnologia, é tema que já subsiste com contornos jurídicos próprios desde o século XIX. O assunto, ademais,

remete às possibilidades inerentes ao Estado liberal, nas construções provenientes do liberalismo político (e até mesmo o econômico, independentemente da doutrina que considera essas vertentes do liberalismo indissociáveis, ou não), portanto, situadas mais alguns séculos atrás.

Por isso, na construção do raciocínio da presente obra (incluindo as palavras pertinentes às políticas públicas), o posterior capítulo se inicia pela influência do liberalismo, tendo em seguida a conformação do seu elemento mais significativo: a liberdade. Vê-se um enfoque que atravessa da ciência política para o Direito, contemplando a visão liberal sobre a liberdade, dentro de um estudo da privacidade. E que, ao final, dialogará com as possibilidades restritivas expressas no vínculo – em uma relação entre o agente e o Estado –, possibilitando ao seguinte capítulo a aposição de elementos específicos e uma proposta de solução sobre o quanto da privacidade pode ser mitigada.

No *terceiro capítulo*, o último deste trabalho, dedica-se a uma análise das possibilidades de restrição (ou de defesa) da privacidade, tendo em conta as particularidades que os magistrados ostentam perante o Estado: mais do que debater o vínculo jurídico em abstração, a passagem considera os deveres, vedações e garantias da magistratura – bem assim as dificuldades hodiernas ao exercício da jurisdição – em uma análise teórica e jurisprudencial aplicada aos magistrados.

Por um estudo que pretende verificar quem observa os juízes, esses anteriores preceitos são postos em mais uma análise, levando em conta o regime jurídico e finalidade estatal dos órgãos responsáveis por prestar a jurisdição, como também as vias de ponderação. Tem-se, a partir de então, uma investigação aplicativa dos institutos já aludidos em capítulos anteriores, assim como a passagem por construções da doutrina e pelo entendimento dos tribunais. O objeto de indagação é o quanto de privacidade pode ser, ou não, mitigada, quando o sujeito for órgão que presta a jurisdição.

Na primeira tentativa de criar desenvolvimento ao tema, logo percebe-se que os assuntos que envolvam os direitos elencados (os fundamentais, *lato sensu*, ou a própria privacidade) são apenas uma das faces atinentes à magistratura, assim como o papel dos juízes é tão só um dos observatórios pelos quais se vislumbra essa faceta da reserva da personalidade do indivíduo (magistrado, mas também detentor de direitos): também se incluem a atuação de atores privados, do Estado e, em uma intercomunicação, o próprio brilho dos direitos fundamentais, que funcionarão tanto como caminho quanto como estrutura na qual são apoiados os debates traçados quanto à privacidade e quanto aos estudos sobre o vínculo jurídico.

É o que se propõe nas linhas seguintes.

2 DE POLÍTICA PÚBLICA A AUTONOMIA: DUAS FACETAS DA PRIVACIDADE

2.1 UM APANHADO HISTÓRICO DA PRIVACIDADE

Este esboço é um elemento prévio de inserção entre o que se buscará tratar da privacidade e o nicho de palavras que desde já desejamos entregar ao leitor, abrindo espaço para as linhas que serão traçadas entre privacidade e outros direitos fundamentais. E – em preparação ao próximo capítulo – entre privacidade e liberdade do liberalismo jurídico, com suas possíveis restrições. Funcionará como um elemento prévio ao tema de atenção.

O passado humano ao longo dos tempos é cercado pela noção do *estar só* e pela busca de um espaço de existência privada. Mesmo como seres políticos e sociais – características que também nos permitiram caminhar dentro da escalada da evolução –, é natural ao indivíduo, em algum momento, o desejo de isolar-se.

Na prosa em *Ilíada*, de Homero (2013, n.p.), em certa passagem ocorrida no calor do combate, o Átrida Menelau questiona-se entre fazer o que quer, porém ser visto, e o combate travado sozinho, por vergonha, mas sem o receio dos olhos alheios:

Ai de mim! Se eu deixar para trás as armas gloriosas e o próprio Pátroclo, que aqui jaz morto por causa da minha honra, receio que algum dos Dânaos me repreenda, se vir o que se passa. Mas se sozinho eu travar combate com Heitor e com os Troianos por vergonha, receio que me circundem, sendo eu só e eles muitos.

Fernando Pessoa (1993, p. 21), em *O guardador de rebanhos*, dá verso ao acalantar-se em estar só, de modo que registra o poeta: “Não tenho ambições nem desejos. Ser poeta não é uma ambição minha. É a minha maneira de estar sozinho”.

Dentro da complexa organização social, a privacidade é uma busca.

Mesmo os textos religiosos, de longa data já expunham notas ou aconselhamentos sobre a privacidade. A Bíblia (2008), um dos livros mais lidos pelo homem, obrou por abordar: “o mexeriqueiro revela o segredo; portanto, não te metas com quem muito abre os lábios” (Provérbios 20:19); “a discrição do homem o torna longânimo” (Provérbios 19:11); ou, ainda, “o que guarda a boca e a língua guarda a sua alma das angústias” (Provérbios 21:23).

No mesmo intento, a doutrina de Buda já anunciava, ao descrever um bom amigo, como sendo aquele que “sempre que necessário, guarda-lhe os segredos” e, ao falar virtuosas verdades, que “um homem divulga os erros dos outros sem pensar, entretanto, oculta os seus próprios erros, como um jogador esconde falsos dados”.

Na história da organização social, o esforço tomado por Philippe Ariès, Georges Duby e seus colaboradores na coletânea *História da Vida Privada*¹ revela um pouco a estrutura da privacidade entre as eras. Na Idade Média², tinha-se difícil a aceção do que seria privacidade, eis que o labor era em grupo, as crianças viviam coletivamente sob conta das mulheres e mesmo os meninos da aristocracia eram encaminhados, já aos sete anos, junto com outros tantos, aos cuidados de um mestre, até tornarem-se cavaleiros (quando não instruídos e tornados clérigos, para viverem igualmente em grupos). A vida era a todo o tempo coletiva. “Quando as pessoas se arriscavam fora da clausura doméstica, era ainda em grupo” (DUBY, 2009, p. 528).

Como apresenta o autor, era difícil pensar em estar só, tanto que mesmo as longas viagens eram realizadas ao menos em dupla, guiando-se nelas os companheiros por uma linha de fraternidade como se constituíssem uma família artificial (se já não fossem parentes os viajantes). Existia dentro do espaço privado uma órbita da morada e outra do espaço público, mas que tinham em comum a pouca privacidade, dada a abrangência do viver coletivo: “se vida privada significa segredo, esse segredo, necessariamente partilhado por todos os membros da família ampla, era frágil, logo descoberto; se vida privada significa independência, também essa independência era coletiva” (DUBY, 2009, p. 529). E aos que desejavam aventurar-se à solidão, eram ou louco ou admirados:³

A sociedade feudal era de estrutura tão granulosa, formada de grumos tão compactos que todo indivíduo que tentasse se libertar do estreito e muito abundante convívio que constituía então a *privacy*, isolar-se, erigir em torno de si sua própria clausura, encerrar-se em seu jardim fechado, era imediatamente objeto, seja de suspeita, seja de admiração, tido ou por contestador ou então por herói, em todo caso impellido para o domínio do “estranho”, o qual, atentemos às palavras, era antítese do “privado”. Quem se retirava a distância, com efeito, se não era deliberadamente para fazer o mal, estava destinado, a despeito de si mesmo, a fazê-lo inevitavelmente, por seu próprio isolamento que o tornava mais vulnerável aos ataques do Inimigo. Só se expunham desse modo os desencaminhados, os possuídos, os loucos: segundo a opinião comum, um dos sintomas da loucura era vaguear sozinho (DUBY, 2009, pp. 529-530).

¹ Que não deve ser confundida com outra coletânea, aqui também utilizada e na primeira inspirada: *História da Vida Privada no Brasil*.

² Ao qual foi devotado o volume dois da coleção, *Da Europa feudal à Renascença*, sob a organização de Georges Duby.

³ No mesmo sentido, George Minois, no livro *História da Solidão e dos Solitários*: “A idade Média não ama a solidão. Esta assusta. [...] Cada um se define pelo pertencimento a um ou vários grupos: família, paróquia, confraria, senhoria, vassalagem, corporação, ordem religiosa, clero secular, associação de caridade, colégio, universidade. A comunidade tem primazia. Num meio ameaçador, estar sozinho é estar condenado às trevas exteriores, sentir-se excluído e condenado à morte. O solitário é o fora da lei que qualquer um pode abater, é um ser próximo da condição animal, um marginal sempre inquietante, pastor, carvoeiro, lenhador, feiticeiro, vagabundo. A solidão é um castigo uma exclusão” (MINOIS, 2019, p. 86).

Porém, ainda que de forma rústica, já existia alguma nota de privacidade (tal como o texto considera), principalmente em virtude das influências de outras culturas distantes, tal como permitiu a interação com a que existia em Roma, ou mesmo a visão do Islã. Apresentaram-se formas diferentes de comportamentos e de hábitos, dentre os que havia na cultura local.

Para Duby (2009, p. 7), ainda era possível falar de uma privacidade na idade média – ainda que de uma peculiar maneira –, em que pese seu reconhecimento da dificuldade que implicava “transportar a um passado tão distante uma noção, a de *privacy*, que, como sabemos, formou-se no decorrer do século XIX no seio da sociedade anglo-saxã, então na vanguarda da elaboração de uma cultura ‘burguesa’”.⁴

Era uma estrutura que se manteve incólume nos séculos seguintes, pelo menos quanto à menor preocupação de uma esfera de privacidade⁵, e que teve uma reversão com os ideais que foram desenvolvidos no liberalismo políticos, e com outros que se adensaram na Revolução Francesa.⁶

No Brasil, os elementos históricos da privacidade (em uma vertente social, e não tão só jurídica) salientam no mesmo sentido: o da sua não existência durante os períodos da Colônia e do Império, dada a confusão entre o público e o privado⁷ e as dificuldades inerentes à vida na época, como casas com paredes faltantes ou contendo longas frechas entre as tábuas,

⁴ Segundo ele, com base nos dicionários do século XIX, “momento em que a noção de vida privada adquiria seu pleno vigor”, trouxe Duby comentários às expressões encontradas no lexicógrafo Émile Maximilien Paul Littré: “Entre os exemplos que escolheu, Littré cita a expressão que se impunha em seu tempo: ‘A vida privada deve ser murada’, e propõe esta glosa, em minha opinião bastante expressiva: ‘Não é permitido procurar e dar a conhecer o que se passa na casa de um particular’. Todavia, e é isso que marca bem o termo particular, em seu sentido primeiro, mais direto, mais comum, o privado se opõe ao público.” (DUBY, 2009, p. 15).

⁵ Por sua vez, no terceiro volume da coleção *História da Vida Privada*, das anotações de Orest Ranum no capítulo *Os refúgios da intimidade*, também aquiescem com essa visão de que a sociedade (não mais só na Idade Média, mas indo além dela), até o século XVIII traduzia uma condição contrária à vida íntima e, tal como se pode extrair, ao que seja a própria privacidade: “comparadas com as nossas, as sociedades europeias do século XVI ao XVIII, tão diferentes entre si, parecem assemelhar-se num aspecto: sufocaram o indivíduo sob o peso dos comportamentos familiares, comunitários, cívicos e rurais. Nas velhas sociedades, o íntimo nunca é um dado: é preciso procurá-lo além dos comportamentos codificados e das palavras.” (RANUM, 2009, p. 211).

⁶ Quanto ao tema, adensando quando ao direito de estar só, George Minois, na já citada obra, salienta: “essa promoção da solidão se deve ao novo contexto, econômico, social, político, cultural. E uma palavra resume o novo contexto: o individualismo. A Revolução Francesa, ao proclamar que todo homem tem direitos ‘naturais’ que, logo, não dependem da sociedade, abriu a caixa de Pandora. [...] Cada um por si: este é então o princípio de base, para o melhor e o pior, que cria as condições da solidão. Livre concorrência, livre expressão, livre crença: cada um pode afirmar-se, reunir-se ou isolar-se. Ser único, original, distinguir-se dos outros em vez de ser conforme o modelo imposto pela Igreja ou pelo Estado, torna-se uma qualidade. E numerosos pensadores constroem, a partir desses princípios, teorias individualistas que acentuam a autonomia da pessoa: Benjamin Constant escreve que a liberdade moderna reside no ‘gozo calmo da independência privada [...] A independência individual é a primeira das necessidades modernas’ (Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, 1819)” (MINOIS, 2019, p. 328).

⁷ Aqui, não necessariamente relacionado, mas que remete ao termo patrimonialismo, expresso na obra de Raymundo Faoro (2001), *Os Donos do Poder*.

além da marcada atenção tomada por parentes, por vizinhos e por eclesiásticos, prontos a delatar à Igreja qualquer falta na vida íntima, tornando pouco proífico o momento privado.⁸

O século XIX é, como exploraremos, o momento em que vêm a lume os estudos de Warren e Brandeis (1890, pp. 193-220), marcos jurídicos sobre a privacidade.

2.2 AS DIVERSAS CONFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PRIVACIDADE

A demonstração da privacidade acompanha diversas significações. Se em ramos tecnológicos (como a informática, referente à privacidade digital), relacionam-se à capacidade de proteger e controlar a disponibilidade de determinados dados mediante o uso de barreiras de proteção (*firewalls*), controle de acesso, técnicas de defesa (como a criptografia), deve-se ter em conta que, nas ciências jurídicas, têm seus principais estudos relacionados a direitos fundamentais.⁹ Estes, por sua vez, englobam uma série de escolhas feitas por um Estado, pelo aparecimento de necessidades públicas – encaminhando a direção das políticas denominadas com a mesma natureza: políticas públicas.

As últimas, ainda que direcionem confluências do que é a *política* exercida por atores e de como funciona o poder no seio dos Estados (elementos de ciências políticas)¹⁰,

⁸ É como assevera Ronaldo Vainfas (2012), no primeiro volume do livro *História da Vida Privada no Brasil*, em que apresenta seu ensaio de título *Moralidades Brasileiras*, em especial nas páginas 225 a 227, que estipula um retrato geral da privacidade nas construções do Brasil do Século XVII, da casa-grande à moradia entre os mais pobres.

⁹ Porém, em Direito, há outros desdobramentos intermediários possíveis, tal como o encontrado no artigo que nos foi gentilmente enviado pelo jurista italiano Mario Losano, após nosso encontro na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 2018, sobre o uso de drones na guerra, com o problema de identificar o responsável pelo ato bélico. Um dos tópicos discutidos em tal trabalho é *Con l'informatica all'attacco e in difesa: e la privacy?*, em que o professor salienta que a importância dos dados pessoais não é só essencial face a grandes provedores de dados, tal como ocorreu nas últimas décadas do último século: com o avanço do terrorismo e da guerra híbrida, a proteção de tais sorte de dados também está em voga quando observado pelo prisma da segurança nacional. Há uma tendência massiva tanto de vigilância do indivíduo pelos governos (como prevenção ao terrorismo), como de os próprios cidadãos ficarem imersos em meio aos riscos dessa guerra digital: “In esso, tutti i nostri dati circolano fuori dal nostro controllo e possono essere usati contro di noi; non c'è più distinzione tra pace e guerra, tra fronte e retrovia, quindi tra civili e belligeranti; ognuno di noi è un potenziale obiettivo (everywhere war) e ognuno di noi è sempre sotto attacco” (LOSANO, 2018, pp. 35-38). Este mesmo artigo será também trabalhado em outro momento desta obra, porém, sobre outro ponto de abordagem.

¹⁰ Note-se que o termo *políticas públicas*, por razão vocabular, pode criar alguma confusão com o ambiente afeto à política. Uma boa referência sobre a diferença pode ser encontrada em Pierre Muller e Yves Surel. Segundo os autores: “A primeira dificuldade com a qual se defronta a análise das políticas públicas é o caráter polissêmico do termo ‘política’. As coisas são mais simples para os autores de língua inglesa, pois eles dispõem de termos diferentes para designar o que o francês reúne sob a noção de política. Com efeito, este termo cobre, ao mesmo tempo, a esfera da política (polity), a atividade política (politics) e a ação pública (policies). A primeira faz a distinção entre o mundo da política e a sociedade civil, podendo a fronteira entre os dois, sempre fluida, variar segundo os lugares e as épocas; a segunda designa a atividade política em geral (a competição pela obtenção dos cargos políticos, o debate partidário, as diversas formas de mobilização...); a terceira acepção, enfim, designa o processo pelo qual são elaborados e implementados programas de ação pública, isto é, dispositivos político-administrativos coordenados em princípio em torno de objetivos explícitos. Estudar a ação pública é situar-se – principalmente – no quadro da terceira acepção, a das políticas. O que não quer dizer, evidentemente, que as

notadamente possuem uma face jurídica, que estabelece limites superiores e inferiores, condicionamentos, obrigações e uma teorização sobre o controle.

Essa abordagem exercita pelo Direito, diz respeito não só ao Estado como controlador (responsável por estabelecer regras de conduta), como também assumindo a figura de destinatário, haja vista que tanto a tutela quanto a devassa da privacidade podem passar por caminhos estatais.

Se, atualmente, as preocupações com a privacidade no âmbito doméstico – ou, de uma forma mais ampla, no domicílio – são encontradas na invasão desautorizada de dispositivos eletrônicos por criminosos ou na coleta de dados por governos, grandes corporações (Google, Amazon, Apple, Huawei, dentre outras), aí incluídos dispositivos inteligentes, vestíveis (*wearables*) e a dúvida sobre a constância de coleta de informações por microfones de assistentes pessoais eletrônicos, é curioso notar que, na época do Brasil Império, uma das preocupações com a devassa estava contida em escravos possivelmente cooptados pelo Estado, para a obtenção de informações.¹¹

A seguir, dispomos duas das faces da privacidade, começando por políticas públicas.

2.3 PRIVACIDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA

É o primeiro dos vértices pelos quais tratamos o tema da privacidade dentro do olhar do Estado. A liberdade (que será vista) é um caminho natural pelo qual se chega à privacidade e ao dever de o Estado tutelá-la – o que se faz por instrumentos de políticas públicas.

Contudo, a melhor sorte está em primeiro apresentar o argumento inerente à *policy*¹² (termo em inglês que corresponde a políticas públicas, e que também usaremos a partir de então), por todo o aparato que atualmente o Estado instrumentaliza para a tutela da

outras dimensões deverão ser ignoradas e, em particular, a dimensão da competição política [...]” (MULLER; SUREL, 2002, p. 10). A diferença entre os termos também é dissecada em Leonardo Secchi, no capítulo um do livro *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*, na segunda edição, de 2013: *politics*, tomando emprestada a construção em Bobbio e tendo por cento de gravidade os recursos necessários para exercício de poder sobre o homem; e *policy*, como orientações para decisão e ação (SECCHI, 2013, p. 1).

¹¹ É como se posiciona Luiz Felipe de Alencastro no primeiro capítulo do volume dois da obra “História da Vida Privada no Brasil”. Em transcrição: “O escravismo entranhava nos lares, no âmago da vida privada, um elemento de instabilidade que carecia ser estritamente controlado. Em consequência, o poder, a segurança pública, devia tirar seu fundamento da esfera pública de dominação mais compacta, mais imediata, mais próxima: a municipalidade. Contudo, o governo central absorvia o espaço do poder municipal. Eventualmente manipulado por contrários, o representante do governo do Rio de Janeiro poderia transformar os escravos domésticos em espões, trazendo a insegurança para dentro das casas, para ‘o sagrado das famílias’ dos proprietários” (ALENCASTRO, 2008, p. 18).

¹² Assim, considera-se que detém o presente capítulo dois corações: o fundamento da privacidade na liberdade, e a eleição da própria privacidade como política pública do Estado brasileiro. Sendo que o primeiro auxilia na fundamentação do segundo, porém, sendo o segundo o de maior abrangência quanto às ações do Estado.

privacidade, também tendo em conta que o *status libertatis* não é o único fundamento desse direito. Em políticas públicas, trabalha-se o dever de o Estado tanto legislar sobre privacidade quanto o de promover atos executivos para sua regulação. De igual maneira, a conotação do liberalismo e da privacidade como liberdade está muito mais próxima da teoria da restrição, exposta no seguinte capítulo.

Assim, vislumbramos dentre essas conformações, para o capítulo um, o encargo do Estado de proceder à tutela jurídica da privacidade, o que se extrai com elementos políticos (*politic*) e de política pública (*policy*). Sendo o tema de políticas públicas o de teor mais conglobante (liberdade e *policy*), é por ele que começamos.

2.3.1 A localização das políticas públicas em privacidade

A doutrina se esforça para estabelecer uma resposta ao que sejam políticas públicas embora bem variados sejam os argumentos trazidos por diversos autores. Como elementos em comum, tal como alcançamos, nota-se a existência de um problema identificado como público (ou seja, carecedor de uma tomada de posição pelo Estado); a presença de diversos grupos de influência, que pretendem modelar como o Estado tomará resposta a esse problema (quer atores externos, quer agentes internos ao Estado); uma arrojada máquina burocrática, formada por agentes públicos das mais diversas linhas de atuação, do nível gerencial aos *Street-level bureaucrats*; a existência de agentes político e do que a doutrina chama de Gabinete (isto é, os que laboram no primeiro escalão, não compondo propriamente a burocracia) e, no que mais nos chama a atenção, uma possibilidade de escolhas.

Nos termos da doutrina, políticas públicas são encontradas como “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2002, p. 241). No que, além de um viés eletivo do que sejam os “objetivos socialmente relevantes” e do caráter político, não há dificuldade em perceber que tais políticas instam a ação do Direito, ao entabularmos prováveis titulares de situações jurídicas já consolidadas, a efetivação de direitos fundamentais, ou até mesmo a discussão sobre o caráter da norma que as sustentam: se de aplicabilidade imediata, ou não.

Nessa demonstração da transversalidade que compõe o assunto, podemos trazer ao debate jurídico sobre políticas públicas, por exemplo, algumas sortes de estudo: o instrumento de maior hierarquia que autoriza determinado ente a atuar (fruto da competência constitucional repartida); a acomodação da *policy* dentre as atividades típicas de índole estatal

(serviços públicos, fomento, poder de polícia); e mesmo outras questões de interesse para o Direito – como à proporcionalidade das ações desenvolvidas em tal atuar, sua adequação a princípios (juridicidade), a subjetividade na sua execução pelos agentes, principalmente os que obram mais próximo ao cidadão, em contato direto (novamente, os *Street-level bureaucrats*).¹³

Em tais termos, na condução de tais políticas para o debate jurídico, o campo de estudos que se faz presente é amplo: no que toca à privacidade e às políticas públicas, será um relevante componente a competência federal para legislar sobre o tema, tomada com base na tutela de matérias de índole civil (art. 22, inc. I, da CRFB/88). E, em razão disso, o estreitar dos atores que laboram em políticas públicas: os que produzem as normas (União Federal), e os que as executam, em variados níveis.¹⁴ Está posta apenas uma das possibilidades.

As políticas públicas são, contudo, tal como notamos, um objeto de exame que, embora encontre espontâneas relações com o Direito, de amplitude considerável, deparam, salvo raras exceções, com um foco muito específico nos estudos da ciência jurídica. Os operadores, quando dela se ocupam, usualmente o fazem para explicar as formas e discutir as restrições ao exercício da tutela jurisdicional incidente sobre tais políticas.¹⁵ Notadamente, a ênfase dada é a forma de controle que ocorre, seja quanto às escolhas públicas, seja quanto à própria gestão da *policy*. O principal tema é a judicialização de políticas públicas.

Aparentemente, essa dificuldade é a mesma que corresponde à de lidar com políticas públicas em Direito, tal como esclarecido na obra organizada por Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho, *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. Segundo Sunfeld e Rosilho (2014, pp.33-34), o debate sobre tais políticas importa dificuldades próprias das normas jurídicas, como o processamento de elementos fragmentados (a necessidade de considerar normas até mesmo revogadas) e a produção normativa que ocorre em grande quantidade, carecedora de catalogação. Além disso, a estrutura jurídica das organizações pode comprometer a própria realização das políticas, em razão da demasiada intromissão de elementos próprios do Direito.

¹³ Saliente-se que não pretendemos, no presente trabalho, exaurir todos esses temas inerentes às políticas públicas. A citação é exemplificativa, de modo a demonstrar o nicho que envolve a aplicação dessas políticas.

¹⁴ De toda sorte, temos ciência que o tema sobre a competência para legislar sobre privacidade ainda é polêmico, haja vista a existência de normas estaduais e locais que tratam da mesma matéria vinculada por lei federal: as já aprovadas Lei Complementar nº 161, de 05 de julho de 2018, de Vinhedo/SP; Lei nº 13.697, 15 de janeiro de 2019, de João Pessoa/PB; Lei nº 5.948/, de 02 de janeiro de 2019, de Cariacica/ES; o Projeto de lei nº 1.053/2018, do município do Rio de Janeiro e o Projeto de Lei nº 598/2018, que tramitou na Assembleia Legislativa de São Paulo e que foi arquivado em 10/05/2019. Contudo, também tramita a proposta de Emenda Constitucional nº 17, de 2019 que, dentre outras medidas, fixa a no art. 22 da CRFB/88 a competência da União para legislar sobre proteção de dados.

¹⁵ Tratando por tal ponto, duas qualificadas obras: *Controle Judicial de Políticas Públicas*, de Osvaldo Canela Júnior e *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*, de Felipe de Melo Fonte.

Ademais, deve-se ter em conta que as políticas detêm uma transversalidade, abrangendo várias áreas do conhecimento humano, o que impacta na sua própria conceituação. Tal é o ponto que Bucci (2006, p. 47) considerava a possibilidade da inexistência de um conceito jurídico em políticas públicas.

Para o tema da privacidade, como os juízes são os órgãos finalisticamente responsáveis pelo exercício da jurisdição,¹⁶ caso adotada a abordagem mais rotineira, o problema de pesquisa poderia compreender a ponderação se a maior ou menor privacidade interfere na qualidade (tecnicismo) ou quantidade (ou seja, o quanto do pedido é acatado) das decisões. Porém, haveria notória confusão com outro objeto de pesquisa encontrado em diversos outros trabalhos: se a opinião pública interfere (ou não) nas decisões do Poder Judiciário.

Compreendemos, em verdade, que o estudo das políticas públicas contém um objeto muito mais alargado do que as meras consequências ou a possibilidades do controle judicial, eis que admite a análise das etapas que compõem o estudo de uma *policy* ou mesmo a conformação do direito que se faz tutelado como política pública. Desde o surgimento de um problema público, passando pela inserção na agenda e instrumentalização do atuar estatal, até o desaguar no fim de determinada política e no início de outra que é com ela relacionada.

Por exemplo, transportando à privacidade para um debate acadêmico em políticas públicas, poderá o operador prosseguir no estudo dever-escolha do Estado pela tutela da privacidade, que decorre simultaneamente do dever jurídico relacionado a direitos fundamentais (expressos no artigo 5º, inc. X, da CRFB/88) e da escolha quanto à forma de abarcar a proteção de tais direitos. O mesmo será dito quanto à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (um dos instrumentos do referido direito), em uma observação quer do ponto de vista de sua finalidade jurídica (proteção à direitos e limitação da liberdade), quer quanto à cobertura de uma cláusula geral que a justifica (art. 5º, incisos V e X, da CRFB/88 c/c art. 21 do CC/02).

Portanto, a fase de tutela jurisdicional, além de eventual, é apenas só um dos desdobramentos inerentes ao estudo jurídico da *policy*.

De igual maneira, nos caminhos atuais em que se desenvolve a ciência, os elementos de privacidade são vistos quase que naturalmente em todas as passagens sobre políticas públicas, ainda que não sejam propriamente políticas sobre privacidade: a coleta de dados

¹⁶ Nesses termos, ao falarmos dos juízes e não do Judiciário, tomemos em conta a seguinte questão: ainda que os agentes que os circundam tenham as mais relevantes tarefas, sem as quais o Estado-juiz não conseguiria um atuar prático, é dos julgadores a principal palavra em lides ou em jurisdição voluntária.

estatísticos necessário ao planejamento de uma política ou à reflexão sobre seu sucesso, por exemplo, pode advir da interação com redes sociais. Nas políticas públicas que levam em conta a posição estatal perante atores internacionais¹⁷, pode ter por base dados de informação obtidos de agentes de outras potências, sob a forma de mitigação de sua privacidade (provavelmente, sem que sequer saibam de tal devassa, ou seja, sem que tenham anuído). E, ainda, os estudos da privacidade em si, uma preocupação que acompanha os Estados quer quanto a seus cidadãos e pessoas jurídicas (regulação horizontal de conduta), quer face a Estados estrangeiros.

Em nosso trabalho, por outro lado, adotamos uma concepção diferente daquela relacionada ao controle que o Estado-Juiz exerce. É observada, sim, a jurisdição, mas tendo por foco os juízes e pelo tema da sua privacidade, sob o prisma do mesmo Estado.

Nesse aspecto, compreende-se que a passagem das políticas públicas pelo debate jurídico traz para estas um papel de justificação, que também será encontrado no direito de liberdade e na própria dignidade da pessoa humana (a última, com a cautela para que não se constitua em um lugar-comum cabível em qualquer argumento do Direito). Porém, aqui, galgada no observar de que as políticas públicas são instrumentos de efetivação de direito e que, mesmo quando a tomada de determinada direção seja cogente a um Estado, dada a presença de direitos fundamentais, ainda assim subsistem no âmbito político eventuais conflitos de interesse entre atores e um processo de escolha, por meio do qual se determina a rota, o meio e o tempo para aquela direção.

É nesse sentido que, por exemplo, nota-se o Estado disposto a tutelar a privacidade de forma cada vez mais minuciosa e robusta, também havendo nisso um tom de políticas públicas.

2.3.2 Privacidade como um processo de escolha estatal

Nessa inicial passagem do tema, quanto à forma como pretendemos expô-lo, é correto pautar o argumento da privacidade como um dentre os tantos que permeiam a atuação do Estado e que, estruturalmente (enquanto processo, carecedor de um nascimento e de uma concretização), assemelha-se a outros, igualmente caros à sociedade no atual momento em que ela se desenvolve. Há uma necessidade simultânea de escolhas face a problemas públicos

¹⁷ Mencionamos dois textos: o de Pierre Muller e Yves Surel, *A Análise das políticas públicas* (2002, pp. 10-11), ao apontar a política pública que tome por base a apresentação do poderio nuclear francês pelo governo daquele país. E o texto de Graham T. Muson (1992, pp. 119-174), *Modelos conceptuales y la crisis de los misiles cubanos*, no livro coletivo *La Hechura de las Políticas*.

que se apresentam, tanto quanto as questões referentes à Educação, ciência, tecnologia, defesa nacional, segurança pública. A privacidade é apenas uma das pautas.

Do ponto de vista do interesse científico, os assuntos acima listados – todos, externos à privacidade, até certo ponto¹⁸ – despertam a ansiedade dos Estados e o interesse acadêmico. Não detém nosso tema eleito o catálogo exclusivo nos debates dentro dos governos, tampouco do conhecimento das academias.¹⁹ Dentre tantos outros assuntos paralelos à privacidade em importância que podemos listar, os Estados têm uma órbita de proteção de direitos a responder, assim como devem lidar com maiores ou menores demandas de atores sociais que, por sua vez, influenciam em quais dessas pautas serão primeiro analisadas e quais delas, até mesmo – face à ineficiência de recursos ou mesmo à morosidade da máquina do Estado – serão parcial ou totalmente cumpridas. Há uma diversa (ao menos, em abstrato) possibilidade de atuar, que comporá a necessidade de realização de escolhas.

Por certo, tais escolhas são demarcadas por outras previamente realizadas no seio constitucional, assim como os mandamentos que limitam e dirigem os governos quanto à tutela de direitos fundamentais. Ainda que, em uma atuação concreta, portanto, possam ser restringidas (reduzindo a discricionariedade, por exemplo), a nível macro – em um primeiro olhar de políticas públicas –, ainda são amplas. Devemos compreender, portanto, a importante presença de escolhas públicas, que caminharão dentre o fazer (quando, como, de que forma), bem como quanto ao não atuar – que, como veremos, deverá ser intencional e direcionado para diferenciar-se a intencional abstenção da mera omissão.

Essa visão de política pública como escolha está atuada na própria doutrina, quando a constitui como um sistema de *resolução aplicada de problemas*, considerando que “a policy-making trata fundamentalmente de atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (policy goals), com meios políticos (policy means)”, tal como encontrado em Howlett, Ramesh e Perl (2013, p. 5).

É o mesmo que se assevera na concepção de políticas públicas como aquilo “que os funcionários públicos dentro dos governos e, por extensão, os cidadãos que eles representam,

¹⁸ Na saúde, já são discutidas as titularidades das informações recolhidas sobre pacientes, eis que notadamente constituem dados pessoais, pertencentes à categoria dos dados sensíveis (art. 5º, II, LGPD/2018). Na educação, todo registro cadastral identificável é sujeito às prescrições da LGPD; além do que, devemos recordar um incidente ocorrido na Filadélfia, nos Estados Unidos, em 2010, em que uma escola utilizou-se de um *software* espião para monitorar o comportamento dos alunos fora do ambiente escolar, sem o conhecimento dos pais e dos alunos, como forma de supostamente tutelar um melhor ensino: o espião capturava fotos ambientais, via câmera, e providenciava cópia do conteúdo da tela dos computadores: o monitoramento foi descoberto após um aluno ter sido sancionado por uma conduta realizada no interior de seu quarto. Por fim, no âmbito da segurança, já são conhecidas as possibilidades de monitoramento e reconhecimento facial em áreas públicas.

¹⁹ Por ocasião de nossa presença no ICON-S 2019, no Chile, chamou nossa atenção a variedade de temas que hoje compõem os debates dentro do Direito Público.

optam por fazer ou não fazer a respeito de problemas públicos”, tendo em conta “as condições que o público amplamente considera inaceitáveis e que, portanto, requerem intervenção”, vista na obra de Michael E. Kraft e Scott R. Furlong (2017, p. 5).

Começa-se a revelar que o tema de nossa eleição, constitui, pois, uma não exclusividade nas listas de importância do governo. Questiona-se até em qual ordem de prioridade figuraria em um imaginário rol – sempre a considerar o Estado no qual se assista o argumento, eis que a mudança da sociedade pode compreender a passagem de dado assunto à frente de outro. É notório, porém, que a privacidade hoje acompanha a pauta como um dos assuntos objeto de análise estatal. E, por razão disso, ingressamos na pergunta sobre a que categoria ela pertence.

Do ponto de vista do indivíduo – compreendendo a forma como a privacidade pode ser analisada frente ao Estado –, quase que intuitivamente afirma-se ser ela um direito (à autodeterminação, como será visto), de modo que caberá à oportunidade própria neste trabalho debater sua titularidade, os limites que a margeiam e qual sua qualidade (um direito fundamental). E, de tal análise, também desdobrarão mais questões: do ponto de vista do agente do Estado frente a este, também existirá como direito?

Tais perguntas, contudo, nos abrem margem a uma ponderação de viés procedimental: se uma das indagações a ser feita é se o Estado, ou mesmo seus agentes, vivencia a privacidade como direito (algo a ser compreendido à frente), a outra é se a admite como sistema ou estrutura. Perguntamo-nos se dentro do processo de construção do próprio Estado, além de um direito, se algo mais a permite como categoria. E o aquiescendo, haverá nisso uma política pública? Por enquanto, o foco é posto na última pergunta.

Indo um pouco mais por esse mesmo olhar, as políticas públicas são, em comum, objetos que tramitam pelo Estado como um *processo*²⁰ (um desencadear de etapas ou sequência de fases), enumerando possibilidades de atuação, a vontade (ou não vontade) política de incluir determinado argumento na pauta das negociações (agenda) e a pressão de atores sociais variados, como membros da sociedade civil ou (até mesmo) influências provenientes de Estados estrangeiros, com o alcance dos atos normativos que eles proclamam²¹ ou a autoridade política que exercem²². São, sem exceção alguma, questões

²⁰ Política pública como processo é desenvolvido tanto do ponto de vista conceitual, nos tratados de Bucci (este sim, que por ela resgata conceitos referentes ao processo, como a sucessão de atos), quanto dentro a compreensão do próprio ciclo de política pública, tal como série de etapas inter-relacionadas.

²¹ Já desaguará no Brasil as questões sobre o acesso judicial a conteúdo transitado por sistema de troca de dados e de mensagens, como o *Whatsapp*, quando da requisição judicial para acesso a dados armazenados em servidores situados fora do país, oportunidade em que houve alguma resistência à submissão às ordens emanadas de autoridades brasileiras, ainda que judiciárias. Após alguns debates, o tema é hoje analisado pelo Supremo

presentes nas rodas mais atuais de debate das instituições acadêmicas e dos governos, tanto quanto a privacidade.

Elas se inserem em um fluxo de etapas que vão desde uma determinada questão que se torna politicamente necessária e relevante, até a adoção de medidas legislativas para que medidas sejam tomadas, partindo-se por análises estruturais de seus efeitos e verificações sobre a necessária continuidade.

Nas palavras acima, está-se a enumerar aquilo que na estrutura da *policy making* é denominado *policy cycle*, que tem na obra de Howlett, Ramesh e Perl (2013), a seguinte expressão de fases: (1) elaboração da agenda; (2) formulação da política; (3) tomada de decisão; (4) implementação e (5) avaliação. Ela tem sua razão e utilidade para encampar o raciocínio o qual desenvolvemos, pois, como se verifica nas etapas de tal ciclo, ainda que não sejam necessariamente fixos e imutáveis em ordem, ao menos nos dão uma ideia de sequenciamento, de processo.

No que diz respeito a esse ciclo, o qual comporta diferentes visões a depender da doutrina,²³ ele tem por alicerces a verificação de um problema público e o sequenciamento de etapas até a sua resolução, substituição da política vigente por outra mais oportuna, ou, ainda,

Tribunal Federal em duas ações de controle concentrado: ADI 5527, de relatoria da Ministra Rosa Weber e ADPF 403, sob relatoria do Ministro Edson Fachin (Marco Civil da Internet e a possibilidade de bloqueio de aplicativo de mensagens por ordem judicial). Por sua vez, no HC 168.052, debate-se a validade de prova constante do acesso a conversas registradas no aplicativo *WhatsApp*, sem prévia autorização judicial. Ainda dentro da análise da influência da legislação externa sobre nosso país, devemos igualmente recordar que dois festejados aplicativos (pelo menos, no ano em escrevemos, em 2019), o Instagram e o Facebook, vêm tomando a corrente iniciativa de exclusão de contas que violem as políticas de uso, dentre as quais se inclui a impossibilidade de inscrição de usuário com idade inferior a 13 anos. Tal idade padrão não ocorre por imposição das leis brasileiras ou por disposição alguma do ECA, mas em razão da *Children's Online Privacy Protection Rule (COPPA)*, decorrente do *Children's Online Privacy Protection Act*, de 1998, a qual trouxe a exigência de autorização parental aos provedores de dados, quanto da coleta de dados pessoais de usuários de faixa etária inferior à mencionada: como forma de evitar o novo critério autorizativo da manipulação de dados, simplesmente vedou-se a utilização dos programas para usuários aquém da determinada idade. Por outro lado, apresentando um exemplo oriundo do Velho Continente, o aplicativo *Whatsapp* passou a considerar a idade de 16 anos completos como sendo a mínima para utilização da plataforma, em razão do Regulamento Europeu sobre Proteção de Dados Pessoais (RGPD), vigente desde 25 de maio de 2018, o qual instituiu o relacionado limite etário como aquele no qual uma pessoa pode validamente autorizar o uso de seus dados pessoais. Além disso, deve ser recordada a ocorrência do uso indevido de dados de mais de 80 milhões de usuários do Facebook por parte da consultoria *Cambridge Analytica*.

²² Por certo, também se inclui dentre os debates de políticas públicas a correta observação de que a proteção de dados no direito brasileiro, por face da mencionada lei, foi apressada em razão do Regulamento Europeu de Proteção de Dados, em face das consequências práticas e econômicas que alcançariam as empresas brasileiras que não realizassem a proteção de dados: trata-se de mais um movimento catalisador, que incluiu o tema na agenda de políticas públicas (antes, o assunto tramitava desde 2012 na Câmara dos Deputados, pelo PL 4060). Há, pois, a demonstração da relevância de uma das etapas do ciclo de políticas públicas, a *formação da agenda*.

²³ O *policy cycle*, em Secchi (2013): (1) Identificação do Problema, (2) Formação da Agenda, (3) Formulação Alternativas, (4) Tomada de decisão, (5) Implementação, (6) Avaliação, (7) Extinção. Em Celina Souza (2006, pp.20-45): (1) Definição da agenda, (2) Identificação de Alternativa, (3) Avaliação das opções, (4) Seleção das opções, (5) Implementação e (6) Avaliação. E, em Howlett, Ramesh e Perl (2013): (1) Montagem da agenda, (2) Formulação de Políticas, (3) Tomada de Decisão Política, (4) Implementação da Política e (5) Avaliação da Política.

o abandono da política e do problema, por mudança da agenda. É o que ocorre também com a privacidade, na medida em que esta é uma preocupação do Estado.

Anuindo com essa visão de cumprimento de etapas, Felipe de Melo Fonte assimila que “a ideia de que as políticas públicas englobam leis, diversos atos administrativos e fatos tendentes à realização de determinada finalidade imediatamente remete à noção de procedimento” (FONTE, 2015, pp. 58-59). Deve-se considerar, sobretudo, que a formação de uma agenda formal (isto é, a constante das pautas oficiais do governo) nem sempre coincide com o momento e com a direção da agenda estabelecida pela sociedade civil, sendo que a mutação das variáveis políticas destas, podem influenciar aquelas.

Nesse mesmo autor (FONTE, 2015), pode-se encontrar a compreensão da privacidade como um direito fundamental, argumento também presente na doutrina de Laura Schertel Mendes: “é possível se reconhecer um direito fundamental à proteção de dados pessoais, como uma dimensão da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, nos termos da constituição” (MENDES, 2014, p. 171). No mesmo sentido, em doutrina chilena (VALENZUELA, 2019, p. 59) e italiana (CALIFANO, 2017, p. 166)²⁴. É, aliás, construção que não encontra dificuldade normativa, tendo em vista a expressa disposição constitucional que protege a vida privada.

Note-se, ainda, que a formação das políticas em privacidade – esta, como objeto central da política, e não como ponto de toque eventual – não se faz em um ambiente controlado e neutro, refugiado dentro dos governos e sem pressão de elementos externos. A possibilidade de influência de múltiplos atores nesse ciclo comporta-se como todas as demais políticas, acelerando ou brechando algumas etapas.²⁵ Bem como salienta Luis F. Aguilar

²⁴ “Na ausência de uma formulação expressa do direito à privacidade na Constituição italiana, a jurisprudência e a doutrina recorreram aos princípios de importância constitucional que, colocando o pleno desenvolvimento da pessoa humana no centro dos fins que devem ser perseguidos pelas autoridades públicas e reconhecendo, além de garantir os direitos humanos invioláveis, permitem uma leitura sistemática das disposições constitucionais relacionadas à proteção da esfera da confidencialidade e sua classificação segura entre os direitos fundamentais”. No original, “In assenza di una formulazione espressa del diritto alla riservatezza nella Costituzione italiana, la giurisprudenza e la dottrina hanno fatto ricorso a quei principi di rilievo costituzionale che, collocando il pieno sviluppo della persona umana al centro dei fini che devono essere perseguiti dai poteri pubblici e riconoscendo, nonché garantendo, i diritti inviolabili dell'uomo, consentono una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali collegate alla tutela della sfera della riservatezza ed alla sua sicura classificazione fra diritti fondamentali”.

²⁵ No entanto, há uma diferenciação de intensidade, que variará a depender da valoração político-social dada a determinado acontecimento: se talvez seja pouco importante, para constar na política pública de educação brasileira o modelo educacional adotado pela Rússia ou pelo Irã, ao contrário, será por demais impactante nas políticas públicas nacionais saber que outros governos adotam medidas que podem impactar severamente na privacidade de cidadãos brasileiros localizados no Brasil (vide caso Snowden, a seguir relatado, e o impacto na tramitação de leis brasileiras). Por exemplo, entre um dos debates do gênero, em janeiro de 2020, exsurge no Brasil (assim como em outros países, como a Austrália, Japão e Inglaterra) uma pressão norte-americana pela não adoção dos sistemas 5G da chinesa Huawei, a qual supostamente funcionaria a serviço do governo chinês e do partido comunista chinês, colhendo dados que se utilizem dessa tecnologia. Os norte-americanos sinalizam

Villanueva ao estabelecer um *estudio introductorio* na obra coletiva *La Hechura de las Políticas*,

[...] as políticas - sua concepção e desenvolvimento - não são um espaço jurídico ou administrativo calmo e neutro, mas uma arena política na qual as forças políticas convergem, combatem e concertam [...] a existência e magnitude da relação política de poder está determinada pelo que está em jogo na política (VILLANUEVA, 1992, p. 31).²⁶

No tema da privacidade, por exemplo, a doutrina (COTS; OLIVEIRA, 2018) menciona que o Marco Civil da Internet foi impulsionado pela crise de vazamento de dados governamentais causado pela espionagem do governo norte-americano, denunciado por Edward Snowden. De igual maneira, que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (2018) teve seu nascedouro apressado não só pela lei de proteção de dados europeia, como também pelo escândalo da *Cambridge Analytica*, que se mostrou apto a influenciar o rumo das eleições norte-americanas. São passos inerentes à formulação da agenda.

É no mesmo sentido que se posiciona Leonardo Mattietto sobre o Marco Civil, lembrando ainda que as ações do Estado brasileiro foram além da produção acelerada da norma interna: no particular caso, não só o processo legislativo foi impulsionado, como o Brasil apresentou juntamente da Alemanha, no ano de 2013, resolução na Assembleia Geral das Nações Unidas, contra as violações de tal ordem perpetradas pelo governo norte-americano. Tal resolução foi aprovada sob o título de *Right to privacy in the digital age* (MATTIETTO, 2014, pp. 331-333).

Assim, há em uma política pública, como notamos, uma consecução de objetivos selecionados, tal como acontece em vários campos de estudo que fizemos menção (educação, ciência, tecnologia, defesa nacional, segurança pública), tomados a partir do Estado, ainda que sob a influência de grupos de pressão alheios a este).²⁷ Nos exemplos já elencados (dentre eles, a privacidade), há, pretensamente, uma sucessão de atos políticos, técnicos,

com sanções a outros países (indiretas, é verdade, como o não compartilhamento de dados de inteligência ou limitações ao uso de serviços do Google, por exemplo), às vésperas do leilão de telefonia 5G no Brasil, a submissão à pressão governamental pode alterar os rumos das políticas públicas de comunicação (e de privacidade, a depender se certo ou errado estão os argumentos norte-americanos e se empresas sediadas nos EUA também não poderiam fazer o mesmo quanto ao repasse de dados de terceiros ao governo daquele país), caso o modelo da Huawei seja técnica e economicamente mais adequado e, mesmo apresentando a melhor proposta, seja suprimido por influências externas.

²⁶ “las políticas - su diseño y desarrollo -, no son un tranquilo y neutro espacio jurídico o administrativo sino una arena política en la que convergen, luchan y conciertan las fuerzas políticas [...] la existencia y magnitud de la relación política de poder está determinada por lo que está en juego en la política.”

²⁷ É o que explica porque, em uma normatização tão recente como a Lei Geral de Proteção de Dados (2018), houve seguidas alterações estruturais, tais como a supressão da autoridade brasileira de dados e sua posterior recriação, pela MP nº 869. Teve-se exemplo prático de atuação de atores e a inclusão de um tema na agenda – além de, claro, um projeto de escolha.

confrontações de critérios de oportunidade e de interesse, assim como ações estatais (de atuação executiva ou mesmo legislativa) voltadas à consecução de um objetivo predeterminado e de curso possivelmente mutável, ao longo do seu desenvolvimento.

Ao especularmos sobre tal sequenciamento procedimental e finalístico, narramos, em última análise, algumas etapas do desenvolvimento de uma política, que, segundo entendemos, constitui valoroso instrumento conceitual em Heidemann (2009, p. 29): “em sua acepção mais operacional, a política é entendida como ações, práticas, diretrizes políticas, fundadas em leis e empreendidas como funções de Estado por um governo, para resolver questões gerais e específicas da sociedade”. Portanto, ao falarmos sobre políticas públicas, não debatemos tão somente a pauta por um tema e um determinado ciclo, mas sim uma finalidade estabelecida em uma sequência de atos.

Em tais termos, considerando haver um processo de escolha e um procedimento, a assertiva se impõe – respondendo à pergunta se haverá na privacidade uma política pública –, no momento em que afirmamos que essa linha de ações estatais é caminhada por atores públicos e devotada a uma finalidade de origem também pública: compreende a privacidade, pois, uma política pública, ou, na nomenclatura geralmente encontrada nos manuais – e de origem estrangeira –, uma *policy*.²⁸ A privacidade, de tal forma, é (mais) um processo de escolha estatal; uma figura lastreada dentre escolhas estatais, procedimento e influências.

2.3.3 Alguns desdobramentos da tutela jurídica da privacidade em políticas públicas

Desse ponto de vista processual e finalístico, o conceito de políticas públicas geralmente é obtido a partir de uma série de elementos menores, os quais, por não serem homogêneos na doutrina, também não clarificam uma uniformidade final do conceito. Há, no entanto, pontos nodais ou em comum, ao menos suficientes para garantir a apreciação do assunto dentro de uma simetria. São importantes elementos integrantes do conceito que nos remetem a reflexões acerca da privacidade (se há política pública fora do Estado, por exemplo).

Por pretendermos tão somente inferir o que no conceito de política pública se acentua quanto à demonstração de um procedimento – *algo que já se verifica no próprio policy cycle* – e de sua finalidade, traçamos uma pauta em dois autores: Dye, e sua concepção concisa em

²⁸ A privacidade, pois, é uma dentre várias escolhas públicas: há o caráter eletivo e procedimental da privacidade como política pública.

palavras, mas ampla em significação; e Jenkins, dentro de uma diretriz do que é possível, alcançável. Outros mais são utilizados, porém, gravitando em torno dos primeiros.

Uma das linhas pelas quais algo será considerado uma política pública encontra-se na afirmação clássica de Thomas Dye, a que fazemos menção. Trata-se de conjugação de um ato do Estado e de uma decisão finalística de fazer ou não fazer algo (ou seja, causal e consciente). Em suma, política pública é “o que quer que os governos decidam fazer ou não fazer. Governos fazem muitas coisas” (DYE, 2016, p. 1). O caminho de escolha está sempre presente, em um rumo semelhante ao que está Friedrich ao afirmar ser “essencial ao conceito de política que contenha uma meta, objetivo ou propósito” (FRIEDRICH, 1963, p. 70).

Por outro lado, compreendendo que não basta a decisão tomada por um objetivo eleito, mas que este se situe como algo possível, Jenkins, por sua vez, assimila o conceito da *policy* como:

Um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator ou por um grupo de atores políticos e que dizem respeito à seleção de objetivos e dos meios necessários para alcançá-los, dentro de uma situação específica em que o alvo dessas decisões estaria, em princípio, ao alcance desses atores (JENKINS, 1978, apud HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 8).

Como é perceptível, retorna nossa afirmação inicial – de política pública como um processo de escolha –, a lembrar não só a direção, pois os caminhos que regulam o ponto de vista do Estado sobre a privacidade são igualmente selecionados. As diferenças trazidas nesses dois autores (Dye e Jenkins) ocorre justamente em razão das peculiaridades que eles enxergam na formação dos elementos internos ao conceito políticas públicas. Tal como salientam Howlett, Ramesh e Perl (2013, p.8), “Jenkins aperfeiçoa a definição de Dye, acrescentando a ideia de que a capacidade do governo para suas decisões implementar é um importante componente das políticas públicas”. Há, tal qual notado, um caráter *incremental*.

Essa faceta se alia ao tema da privacidade, o qual, por sua vez, é frontalmente influenciado pelas possibilidades das novas tecnologias. Se o monitoramento massivo era uma possibilidade ficcional e orwellina na segunda década no século XX, cem anos depois é totalmente desimpedido (do ponto de vista tecnológico) o desenvolvimento de políticas públicas dessa alçada: como exemplos de política de tal natureza, podemos citar os *Fusion Centers* nos Estados Unidos da América, que funcionam como um vasto banco de dados de controle de informações sobre cidadãos, procedendo à análise de perfis como forma de garantir a segurança.

De uma semelhante forma está posto o sistema de escore social chinês²⁹ (*Sesame Credit* ou *Zhima Credit*), em que os cidadãos recebem ou perdem pontos a depender do seu comportamento em diversas áreas de sua vida, sendo que tais pontos serão relevantes para a obtenção de um emprego ou mesmo para uma autorização de viagem – tal como um sistema de escore bancário, mas com coleta de informações que vão além das financeiras e que repercutem mais do que a obtenção ou não de um empréstimo.^{30,31}

Em outra faceta – por enquanto, a mais palpável – o desenvolvimento da tecnologia é que permite ao governo de algumas capitais brasileiras abraçarem políticas públicas de segurança que se utilizam de técnicas de reconhecimento facial, como a que é adotada, no ano de 2019, nas orlas da cidade do Rio de Janeiro. Pelo modelo de Jenkins, a decisão eletiva e finalística só faz sentido se for possível.

Contudo, é de ser ponderado se a possibilidade a que alude o pensamento do autor pode ser estendida para a de viés jurídico, ou se tão somente se condiciona às conformações físicas ou econômicas. Da mesma forma que não seria juridicamente útil um município, isoladamente, iniciar uma política pública que pretenda formular uma parceria público privada de valor inferior à casa do milhão de reais (eis que a lei expressamente não o permite), entraria na adequação do conceito de políticas públicas aquela que fosse lesiva a direitos fundamentais? De fato, há inúmeras possibilidades de políticas públicas que se tornem lesivas a direitos, para o caso concreto, tanto assim que é intensa a produção acadêmica – e a experiência dos Tribunais – sobre o controle jurisdicional de políticas públicas.

O questionamento, contudo, é se poderá ser considerada política pública aquela que externe uma intenção incontestemente lesiva a direitos, de modo que não admita, sequer, ponderação: como uma eventual política pública que pretenda adotar uma mitigação da privacidade por critério de segregação racial. Em casos como esse, ainda que o conceito de Dye seja em demasia aberto – abarcando *o que quer que os governos decidam fazer ou não fazer* –, extrai-se dos demais autores que políticas públicas são devotadas à solução de um

²⁹ Os dois modelos são trazidos na obra de Rodrigo Dias Pinho Gomes (2019): *Big Data: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação*.

³⁰ O *Credit Sesame*, iniciado em 2014 de maneira voluntária, e com propósito de implementação geral em 2020, se baseia em cinco pilares: identificação, relações sociais, histórico de crédito e cumprimento das leis, com pontuações que vão de 350 a 950, divididos em cinco faixas (350-550; 550-600; 600-650; 650-700; 700-950), sendo as primeiras destinadas aos mais inábeis socialmente e as últimas as merecedoras de melhor aprovação social.

³¹ Algumas plataformas privadas, como o serviço internacional de hospedagens Airbnb, já tem utilizado a verificação pelo *Zhima* para confirmação de identidade de hóspedes e de anfitriões, o que pode tender a uma ampliação dos efeitos práticos do sistema de escore social para além da China, assim como o Regulamento Europeu de Proteção de Dados teve alcance além da Europa.

problema público (KRAFT; FURLONG, 2017; BUCCI, 2002), também tendo seu suporte em normas do Estado (HEIDEMAN, 2009; FONTE, 2015).

Em uma democracia, não se verifica como aquiescida que a agenda formal seja justamente a violação clara e indiscutível a pressupostos básicos do estado democrático: a ofensa, se não à lei, ocorrerá à juridicidade. O próprio sistema, em tais casos, terá seus caminhos de sanatória: ações individuais, ações coletivas, ações de controle abstrato, veto por inconstitucionalidade (controle político e preventivo), dentre outros.

No entanto, sobre a privacidade, há referência a perspectivas novas, algumas tão recentes que sequer são debatidas previamente pela sociedade ou por operadores jurídicos. O fato é tão atual que pouco se valorou, em algumas esferas, especificamente, da privacidade no caminho de instrumentos eletrônicos e da vida virtual: em tais casos, trechos essenciais da norma são concebidos na área de informática e não por operadores jurídicos. A doutrina lista algumas dessas novas tendências: privacidade dos delinquentes sexuais frente a segurança de menores, existência de uma identificação biométrica coletiva, uso não autorizado da informação médica (ETZIONI, 2012), modelos de vigilância massiva em espaços públicos, como forma de repressão a ilícitos (RODRÍGUEZ, 2014; SOLOVE, 2011; HIRSCH, 2010), uso de drones e riscos à privacidade (LOSANO, 2018), estratégias para detectar e prevenir condutas ilícitas em locais de trabalho (HAYES, 2010).

Em casos tais, a verificação dessa possibilidade lesiva dar-se-á perante o caso concreto, como termos por explorar em posterior capítulo – que, dedicado a tratar das ações invasivas na magistratura, também propõe uma solução para reconhecimento da solução justa, se não inédita, ao menos útil. Por enquanto, podemos comentar que a realização de audiências públicas mostra-se como um instrumento tendente a ser adotado pelas cortes, na decisão de casos paradigmáticos – e.g. o STF, em 2017, conjuntamente na ADI 5527 e na ADPF 403, quanto às ordens judiciais de bloqueio do aplicativo *WhatsApp*, em sua compatibilidade com a liberdade de comunicação e com o Marco Civil da Internet; e, na mesma ADI, também quanto à disponibilização do conteúdo das comunicações privadas existentes no aplicativo e a afronta que disso possivelmente decorre à privacidade.

Cabe lembrar que há políticas públicas classificadas como *de sala operatória* (*operating room politics*), que se desenvolvem por um grande tecnicismo e um ambiente de alta atenção popular, as quais também expõem uma grande complexidade não só para os próprios agentes responsáveis pela *policy-making*, quanto para o próprio Estado-juiz, quando se propõe a tutelá-las. Por outro lado, quanto à formação da agenda e à implementação, logramos que o acalanto ou a desaprovação social, em razão do demasiado ambiente técnico

(e de baixa atenção pública, como nas denominadas *políticas de salas de reunião* ou *board room politics*), podem só vir à tona em momentos tardios, por ocasião dos resultados práticos das políticas ou já no momento da sua reformulação, de modo que predomina a agenda formal à coletiva³², em virtude dessa mesma complexidade (por exemplo, quaisquer políticas que desejem, com o argumento da privacidade, alterar a forma de tráfego de informações na internet, por consequência, impactando negativamente na velocidade da rede). As políticas que envolvem múltiplas regulamentações sobre tecnologia – e, dentre elas, sobre privacidade – acomodam os dois posicionamentos, a depender da menor ou maior atenção que despertam no público em geral. A tecnicidade do debate, em qualquer delas, contudo, é alta, impondo reflexos à atuação do Poder Judiciário (dado o ambiente de tecnicismo).

Prosseguindo nos termos da doutrina e na relação entre escolhas e políticas públicas, o conceito de políticas públicas é também finalístico: o texto proposto por Dye (2016) – *policy* como tudo que os governos fazem, ou não – é, dentre todos, o mais contido em grafia e, por tal razão, o mais apto a aberturas semânticas. E, dentro dele, é o melhor para trabalhar outras possibilidades interpretativas tanto como – tal como faz-se exposto – dirigir a uma análise procedimental ou trabalhar com a deferência à finalidade.

James E. Anderson apercebe a imperfeição exposta em Dye (embora, sem referi-lo expressamente no fragmento) e denota uma necessidade de maior direção dentro do conceito de política pública:

No uso geral, o termo política designa o comportamento de algum ator ou conjunto de atores, como um funcionário, uma agência governamental ou uma legislatura, ou uma área de atividade, como transporte público ou proteção ao consumidor. A política pública também pode ser vista como qualquer governo que escolha fazer ou não fazer. Tal definição pode ser adequada para o discurso ordinário, mas como estabelecemos neste livro uma análise sistemática das políticas públicas, uma definição ou conceito mais preciso é necessário para estruturar nosso pensamento e facilitar a comunicação efetiva entre eles.

Neste livro, uma política é definida como um curso de ação intencional ou inação fluindo de um ator ou conjunto de atores para lidar com um problema ou questão de interesse. Esta definição se concentra no que realmente é feito em vez do que é proposto ou pretendido; diferencia uma política de uma decisão, sendo essencialmente uma escolha específica entre alternativas; e vê a política como algo que se desdobra ao longo do tempo (ANDERSON, 2014, pp. 6-7).³³

³² É nessa razão que está a importância dos múltiplos atores que influenciam em políticas públicas, alguns deles externos às grandes corporações e às esferas dos governos: referimo-nos ao papel de algumas associações e fundações. Estes poderão apresentar ponderações técnicas, mesmo quando o olhar da coletividade não alcança as repercussões constantes de determinada agenda. A manifestação pode ocorrer nas diversas etapas de construção e aplicação de uma política pública – por exemplo, em audiência pública – ou, em sede já processual, no caso de lides judicializadas, na figura do *amicus curiae*, quando legitimados. Esse debate (nas mesmas duas fases) ocorreu, por exemplo, por ocasião do Marco Civil da Internet.

³³ “In general usage, the term policy designates the behavior of some actor or set of actors, such as an official, a governmental agency, or a legislature, or an area of activity such as public transportation or consumer protection.

Do ponto de vista dessa alegada finalidade, por exemplo, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/18, estabeleceu regulamentação estatal com o fim de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. As notas de concretude de tal política serão assistidas na aplicação direta do próprio RGPD, assim como nas normas e ações provenientes da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, tal como foram, previamente a ela, exaradas normatizações que a doutrina compreende inseridas nessa mesma ideia de proteção à privacidade: em momentos pretéritos, a proteção já havia no Código de Defesa do Consumidor e as disposições restritivas ao uso dos bancos de dados e dos cadastros de consumidores, uma vez decorrido o prazo prescricional referente aos débitos, acaso tenham seu uso em desfavor da categoria protegida pela norma (art. 43, *caput* e §5º, da Lei nº 8.078/1990). Em razão do desenvolvimento do fato subjacente a norma, contudo, essa limitada barreira mostrou-se (acaso sozinha) deficiente.

Porém, ainda que de forma indireta, a aplicação da LGPD é influenciada por regulamentos externos às autoridades mencionadas na Lei nº 13.709/18: um exitoso exemplo está nas resoluções advindas do Conselho Nacional de Justiça com relação a órgãos do Poder Judiciário. Ainda que o poder normativo do Conselho não trate finalisticamente sobre proteção de dados em uma perspectiva geral (ou seja, transcendendo os órgãos do Poder Judiciário), indiretamente impedem a sua produção e disponibilidade, tal como a norma que limita a manifestação em redes sociais. Portanto, o sistema relacionado à LGPD é intercomunicante quando outros órgãos ou entidades estimulam ou limitam a produção dos dados: o que não é criado ou exposto, diminuirá a atenção em ser protegido. Como uma segunda forma de interação válido para nosso exemplo, deve ser notado que a ANPD contará com representantes do CNJ. O mesmo raciocínio cabe para outros atores, como o CNMP.

De fato, o conceito de Dye, por sua abertura semântica e pouco uso de palavra, possibilita extremar algumas compreensões do que seria uma política pública, algo que Leonardo Secchi (2013), buscando uma tipologia mais fechada, classifica como pontos notais

Public policy also may be viewed as whatever government choose to do or not to do. Such definition may be adequate for ordinary discourse, but because we set out in this book to do a systematic analysis of public policy, a more precise definition or concept is needed to structure our thinking and to facilitate effective communication with one another. In this book, a policy is defined as a purposive course of action or inaction flowed by an actor or set of actors in dealing with a problem or matter of concern. This definition focuses on what is actually done instead of what is only proposed or intended; differentiates a policy from a decision, with is essentially a specific choice among alternatives; and views policy as something that unfolds over time”.

do objeto. Esses pontos nodais nos permitem trazer algumas observações finais relacionadas à privacidade. É um estudo que, em verdade, não encontra parâmetros tão somente no autor brasileiro, pelo que expomos como exemplo Muller e Surel (2002), em sua variada apresentação sobre a *policy* – abarcando, inclusive, o mesmo sentido de intencionalidade nas escolhas negativas, o qual visto no articulista nacional.

Na classificação de Secchi (2013), são os pontos nodais do conceito de políticas públicas (ou, em outra vista, aspectos dos seus elementos): (1) se correspondem à esfera do público ou do privado; (2) se comportam a ação ou a omissão (3) se compreendem apenas macrodiretrizes estratégicas ou se incluem as ações em seu conjunto, das mais simples às mais complexas (no nosso tema, o conjunto de ações sobre a privacidade).

A preocupação recai, por agora, sobre o primeiro, dos três.

Em termos de privacidade, a chamada à *esfera do público ou do privado*, como compreendido, é apta a remeter o intérprete a duas concepções distintas: a *primeira*, referente aos interesses de privacidade em espaços públicos – trabalhada por diversos autores, como Andrew von Hirsch (2010) ou Marc Carrillo (2016) – e às esferas da privacidade ou da intimidade³⁴, presentes na obra de Robert Alexy (2008), Rodolfo Figueroa García-Huidobro (2014), Teresa Alexandra Coelho Moreira (2010). E no viés da ampliação da privacidade sobre a vida íntima, no trabalho de Diego Córdoba Castroverde e Ignacio Díez-Picazo Giménez (2016). Sobre tais esferas, por serem inerentes ao momento da privacidade como direito (e menos ao da privacidade como política pública), ganhará um tópico autônomo em posterior momento desta produção, mais precisamente no capítulo três.

A *segunda* concepção, por sua vez, tem o campo de atuação que pretendemos explorar por enquanto. Está no nó conceitual (ou elemento do conceito) referente ao protagonismo sobre as políticas: tal como é imaginável, queda-se impossível afastar atores não estatais das influências sobre o processo de políticas públicas: no entanto, como relatado por Secchi, políticas públicas são aquelas que têm seu protagonismo direcionado a atores estatais. “O que determina se uma política é pública ou ‘não pública’ é a personalidade jurídica do ator protagonista” (SECCHI, 2013, p. 2).

Note-se que o que determina a adjetivação como *pública* a uma política não é a destinação das suas ações ao coletivo, nem gera subsunção a um critério numérico (até porque há políticas manejadas pelo Estado e que abrangem apenas uma pequena parcela da população, como as redistributivas de T. Lowi), da mesma forma que associações civis,

³⁴ O assunto será tratado no capítulo três.

qualificadas (S, OS, OSCIP, etc), ou não (fundações e associações, em geral), podem colaborar com ações de relevante interesse social mas, nem por isso, pertencem à Administração Pública no sentido clássico: o raciocínio é semelhante. Atores não estatais podem tomar relevante posição no processo que origina uma política, porém, “não confere a eles o privilégio de estabelecer (decidir) e liderar um processo de política pública” (SECCHI, 2013, p. 3), ao menos do ponto de vista formal.

Em um debate entre privacidade e tecnologia, subsiste a presença de grandes atores privados que influenciam em políticas públicas tanto quanto os governos, e que talvez detenham aparatos hábeis para criar ingerências mesmo nestes: basta lembrar o quanto a *Cambridge Analytica* interferiu em um momento deveras sensível da democracia norte-americana (e, talvez, até de outras nações). A tecnologia é trazida para este debate pois, sem ela, a privacidade não seria muito mais do que a existente no século XIX.

Nos estudos levados à frente por Howlett, Ramesh e Perl (2013, p.78), estes admitem o papel das estruturas sociais e dos autores, notadamente grupos de interesse e de pressão que dispõem de valiosos recursos como conhecimento técnico, informação, recursos organizacionais e políticos, muitas das vezes também acompanhados de uma forte disponibilidade econômica, aptos, portanto, a influenciar em políticas públicas. No entanto, além da influência sobre a formação da agenda em política pública, notamos que o conglomerado econômico, técnico específico, bem como a possibilidade de alcance a pessoas (comunicação em massa e rastreamento em massa) que atores como Facebook, Google ou Amazon dispõem, os permitem atuar não mais só sobre os governos que laboram a *policy*, mas diretamente sobre a própria sociedade. O assunto também se refere à concentração de Poder.³⁵

Essa constatação traz à tona que esse elemento conceitual laborado quanto à *esfera do público e do privado* começa a impor um alcance mais extensivo do que a mera preocupação com os atores que formam políticas, inclusive em privacidade. Por certo, o tema faz-nos recordar da necessidade de regular esses atores ou, em outros termos, de proceder à criação de políticas públicas específicas que sirvam para contrabalançar essa expressão de poder. Não se trata mais de limitar apenas os governos, tal como ocorria no início da era da proteção de

³⁵ A passagem pelo tema *poder* serve como um desenvolver de ideias, não constando como objeto central do trabalho. O conceito primordial de Poder, aliás, pode ser encontrado em Castells, em uma obra que assemelha outro tema que por aqui passamos, a comunicação: “Poder é a capacidade relacional que permite a um ator social influenciar assimetricamente as decisões de outro(s) ator(res) social(is) de formas que favoreçam a vontade, os interesses e os valores do atos que detém o poder. O poder é exercido por meio de coerção (ou possibilidade de coerção) e/ou pela construção de significado com base em discursos por meio dos quais os atores sociais orientam suas ações” (CASTELLS, 2015, p. 57).

dados: cuida de impor limite aos mais diversos atores sociais, vistos transversalmente. Isso nos remete às denominadas políticas públicas regulatórias (Lowi) ou de comando e controle (Howlett, Ramesh e Perl) e nos rememoram dois instrumentos recentes em nosso ordenamento, que se prestam a tal finalidade: sob o prisma da proteção de dados, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados.

Em tais termos, a existência de um único e grande gestor de bancos de dados, tal como mencionado por Laura Schertel Mendes, deixou de ser o temor maior, substituído pelo referente aos pequenos bancos de dados que se relacionavam (MENDES, 2014), tais qual um sistema de vasos intercomunicantes. Porém, já ponderamos se a estrutura complexa social não trouxe como ameaça à privacidade um sistema que imiscui os dois perigos anteriormente relatados. Não sem razão recordar que dados pessoais são aptos para serem utilizados como importante fonte de informação, para fins de controle do comportamento político (RODOTÀ, 2008).³⁶

O *segundo elemento* do conceito visa a debater se as meras omissões estatais também compreendem uma política pública (um não fazer), dentro do que elevamos a pergunta se *a inação estatal quanto a um estatuto da privacidade foi uma política pública?* É uma análise que também encontra resposta no trabalho de Pierre Muller e Yves Surel, para quem a não decisão apoia-se em três sistemas: a não decisão intencional, a não decisão controvertida – em que a controvérsia acerca de um tema é grande o bastante para impedir uma legitimidade da ação política – e à não execução – em que medidas adotadas em um nível dependem de ações adotadas em outras, quer consequentes, quer antecedentes da primeira, por exemplo, em políticas que envolvam diferentes entes.

Para eles, “se o não agir acarreta, com frequência, efeitos políticos e sociais tão visíveis quanto uma ação em boa e devida forma, não se deve, por isso, evidentemente, considerar que se está diante de uma política toda vez que um governo não faz nada!” (MULLER; SUREL, 2002, p. 22). A estrutura da *não decisão intencional* torna claro o viés intencional que encontramos em Secchi (2013), pois “corresponde a uma situação em que é possível mostrar que com certeza houve vontade da parte dos atores político-administrativos de não decidir” (MULLER; SUREL, 2002, p. 22).

³⁶ Nesse sentido, fazemos referência ao trabalho intitulado *WhatsApp, política mobile e desinformação: a hidra nas eleições presidenciais de 2018* (DOS SANTOS *et al.*, 2019), o qual investigou cerca de noventa grupos no aplicativo de comunicação, desde dez meses antes das eleições executivas de 2018, estudando a forma de disseminação de *fake news*. O artigo foi publicado no periódico *Comunicação & Sociedade* (v. 41, n. 2, 2019) da Universidade Metodista de São Paulo.

Por certo, a mera omissão não constitui política, quando não intencional e finalística. Como recordamos, nosso estudo se desenvolve pela compreensão da política pública como um processo de escolha devotado a um fim possível, assim como pelo entendimento de um formato em processos que envolvem um ciclo interfásico. Uma das etapas desse ciclo interfásico é justamente a formação da agenda, que não se fez maturada o suficiente durante todos os debates que procederam a aprovação tanto do Marco Civil da Internet, quanto da Lei Geral de Proteção de Dados: em *policy*, como visto, há atores que empenham considerável força na tentativa de condução dos rumos de uma política pública, para a forma com melhor lhes aprouver. Quando aglutinados em padrões e engajados na defesa de dadas políticas, formam coalizões de defesa (*advocacy coalitions*).

No caso concreto, deve-se ponderar que as duas normatizações supracitadas trouxeram alguns pares de disposições polêmicas para os atores destinatários de suas disposições (os *policytakers*): por exemplo, temas como a neutralidade de rede, direito de usuários, responsabilidade civil de terceiros e da obrigação de promover um resguardado tratamento de dados pessoais causaram um alvoroço dentre provedores de internet. Da consulta sobre a tramitação dos projetos de lei no parlamento, essa construção fica clarificada frente ao número de debates parlamentares, emendas e de interlocuções realizadas com a sociedade civil, por via de audiências públicas. É o que explica o longo tempo de tramitação para assuntos tão relevantes.

A omissão do Estado em tramitar temas referentes à privacidade por meio de uma lei específica, ao longo do tempo que perdurou até o marco civil e a Lei Geral, pode ser indicativo de uma política pública, desde que se constate que a não regulamentação foi intencional e finalística – ainda que fruto de pressões de atores externos, que debatiam seus termos – e não só fruto de uma desídia. De fato, acompanhando a tramitação no parlamento, é o que nos aparenta mais correto aceder.

Nesse sentido, como reproduzido em momento anterior deste texto, a maior velocidade empregada na fase final das suas respectivas tramitações legislativas deveu-se à mudança de cenários políticos, como o conhecimento público das práticas de espionagem do governo norte-americano, por via do caso Snowden³⁷, em 2013; e as descobertas sobre a manipulação de informações, no caso *Cambridge Analytica*.

³⁷ “The participation of many groups with conflicting interests and the openness and transparency of the process have helped to improve the legitimacy of the bill. However, the legislative process of the Marco Civil was delayed over concerns about how the law should regulate internet. After the PRIM electronic surveillance was unveiled, the government prioritized the bill, with was charged with constitutional urgency in September 2013, as

As datas dos escândalos são imediatamente anteriores à da aprovação das normas: em políticas públicas, temos tanto a percepção da mudança entre os momentos de estabilidade e de incremento na formação da agenda, quanto a alocação de uma *janela de oportunidade*, pelo enganche de três fluxos, o do problema (*problems*), o da solução (*policies*) e o da política (*politics*).³⁸

No caso da tutela da privacidade, não nos parece adequado dizer que houve uma decisão pública deliberada pela não regulamentação do tema, eis que já eram conhecidos os debates no Congresso, pelo menos desde 2010. A tutela da privacidade, de toda forma, ainda que não constasse de um conjunto de normas próprio e dedicado, era conhecido de nosso sistema jurídico. Tanto assim que a doutrina menciona que, “embora o Brasil não tenha uma lei geral de proteção de dados [...] uma estrutura de proteção de dados está sendo desenvolvida a partir de vários elementos, como o direito à privacidade fornecido na Constituição Brasileira ou em vários estatutos” (MATTIETTO, 2014, p. 331).³⁹

O que pode ser inferido é que, seja antes de 2010 (quando a Europa já experimentava uma regulamentação em 1995), seja nos momentos em que se arrastavam os debates dentro do parlamento, o assunto ainda não havia sido incluído na agenda de forma a ponto de que existisse um compromisso de imediata decisão.

Respeitando o momento certo da temática, externamos como sendo a melhor posição extraída da doutrina (e também nossa posição) de que apenas a inação finalística e conscientemente debatida e decidida considerar-se-á política pública: o incauto abster-se dos governos não compreende uma política, mas sim uma violação: em tais casos, as discussões são sobre responsabilidade e omissão, e não sobre uma *política pública negativa*.

Tendo chegado nele, o *terceiro nó conceitual* aborda o debate se políticas públicas são apenas as realizadas a nível macro ou se também compreendem as etapas mais básicas,

a reaction to allegations made by Edward Snowden on spying against the Brazilian government, citizens and companies” (MATTIETTO, 2014, p. 8).

³⁸ O exemplo da janela, aliás, está baseado na teoria dos múltiplos fluxos, de Kingdon, a qual tenta compreender como determinadas questões entram e saem da agenda. Nos casos acima citados, referentes à privacidade, a questão vem bem compreendida no seguinte fragmento de Ana Cláudia N. Capella, no texto *Perspectivas Teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas*, na qual analisa, dentre outros, o modelo do referenciado autor: “Uma questão passa a fazer parte da ‘agenda governamental’ quando desperta a atenção e o interesse dos formuladores de políticas. No entanto, em virtude da complexidade e do volume de questões que se apresentam a esses formuladores, apenas algumas delas são realmente consideradas em um determinado momento [...]. Considerando que as pessoas não podem prestar atenção a todos os problemas durante todo o tempo, Kingdon parte do pressuposto de que esses indivíduos concentrarão sua atenção em alguns deles, ignorando outros [...]. As questões transformam-se em problemas ao chamar a atenção dos participantes de um processo decisório, despertando a necessidade de ação por meio de três mecanismos básicos: indicadores; eventos, crises e símbolos; e feedback das ações governamentais” (2007, pp 88-90).

³⁹ “Although Brazil does not have a general data protection law as do several South American countries, a data protection framework is being developed from various elements such as the privacy right provided in the Brazilian Constitution or several statutes”.

intermediárias e operativas (planos, projetos, programas) daquelas. Como efeito prático, discute-se se tais etapas mais basilares poderão ser consideradas autonomamente políticas públicas ou, ao contrário, se compreenderão apenas subetapas de uma macrodiretriz ou de um conjunto de programas – estes sim, para tal visão, uma *policy*. A compreensão de Secchi, ao referir-se criticamente à posição que abrange como políticas públicas apenas as de nível macro, expõe que “se fosse adotada essa delimitação, excluiria da análise as políticas municipais, regionais, estaduais e aquelas intraorganizacionais” (SECCHI, 2013, p. 7).

Quanto ao tema, deve ser recordado que a Constituição brasileira propagou um federalismo em três níveis e a própria doutrina jurídica o debate em um formato cooperativo (federalismo cooperativo), de modo que não se pode excluir do conceito de política pública as ações adotadas por entes federados diversos da União Federal. Tais entes, indistintamente, são dotados de autonomia e de personalidade jurídica própria de direito interno, sem hierarquia entre eles, apenas distribuição de competências.

Contudo, no que importa salientar sobre esse ponto de vista, faz-se vista uma recente proliferação de normas estaduais e municipais tendentes a tutelar a proteção de dados. A dificuldade disso decorrente é de três ordens: (a) a primeira, por inconstitucionalidade formal, eis que acertado afirmar que a tutela da privacidade extrai-se de normas civilistas, as quais são de competência legislativa da União; (b) a segunda, por visão de sistema, eis que a sujeição a leis diversas promove menor segurança jurídica para aqueles que tratam dados pessoais, no exemplo de municípios sujeitos a duas autoridades de proteção de dados: uma nacional e outra local; (c) a terceira, por inconstitucionalidade material: as normas de Estados e Municípios podem até mesmo obrar em proteção deficiente ou, ao inverso, demasia lesiva a direitos.

São essas as recentes normas versando sobre a privacidade, em nível municipal ou estadual, já aprovadas, por unidade federativa: João Pessoa/PB, Lei nº 13.697/19; Cariacica/ES, Lei nº 5.948/19; Vinhedo/SP, Lei Complementar nº 161/2018. Existem ainda diversos projetos de lei em tramitação, tendo como exemplo o PL nº 1.053/2018, do município do Rio de Janeiro.

Nesses termos, a garantia da privacidade existe como esforço estatal devotado a um fim, proveniente de um processo de escolha e pautada em um desígnio possível. É, tal como ressaltado em momentos deste trabalho, um dos primeiros motes da privacidade como uma dentre várias possibilidades de escolhas públicas, o que clarifica nosso inicial argumento de que há simetria existente com os elementos do conceito de *policy*.

2.3.4 As três faces da privacidade como uma *policy*

A constatação de ser a tutela da privacidade uma política, contudo, embora se aparente crível pelo mero esforço intuitivo e à observação do objeto enquanto processo finalístico de opção eleita (dentre as linhas a seguir descritas nesta obra), por pretender existir dentro de uma pesquisa acadêmica e, portanto, científica, exige um nível maior de demonstração. É nesse sentido que serão esboçadas as próximas palavras.

Quanto a isso, temos em conta, ao vincular a privacidade como uma política pública, a existência de três possibilidades, uma delas já narrada: a primeira, como decorrência de um processo de escolha simétrico ao conceito de *policy*, como já exposto; as outras duas, que analisam o que foi escolhido – haja vista os comprometimentos e instrumentos institucionais – e uma classificação sobre as políticas destinadas a regular o comportamento da sociedade. Todas, que serão a partir de agora analisadas, com exceção da primeira. Assim, compreendem a seguinte disposição:

a) a privacidade é uma dentre várias opções de escolhas públicas finalísticas (simetria ao conceito): refere-se ao o caráter eletivo e procedimental da privacidade como política pública. Este, que compõe as anotações até então feitas;

b) a tutela da privacidade é um desígnio do Estado brasileiro;

c) as normas que resguardam a privacidade inserem-se como normas de políticas públicas regulatórias (Lowi) ou políticas de comando e controle (Howlett, Ramesh e Perl), também guarnecidas (em sentido amplo) constitucionalmente.

A seguir, as duas ainda não discutidas.

2.3.5 A tutela da privacidade é um desígnio do Estado brasileiro

O ponto a ser abrangido considera que a tutela da privacidade é uma opção política do Estado brasileiro, materializado sob a forma de uma política pública. Advém de um processo de escolha e materializa atos realizados sob a direção estatal.

Podemos perceber que, em sendo a privacidade uma dentre várias possibilidades de disputa por espaço, isso implica em um processo de *escolha* estatal das dianteiras e dos rumos a serem tomado como um objetivo (dotado de maior ou menor ação concretizadora, a depender do caso) e do qual decorre também a adoção de medidas, iniciadas pela via legislativa ou normativa e que igualmente passam pela ação concreta limitadora e fiscalizadora sobre o selecionado direito.

A simetria das preocupações com a privacidade encontrou demonstração recente na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), de 2018 (Lei nº 13.709, de 14 de agosto daquele ano), que disciplina como o fundamento da proteção de dados pessoais o respeito à privacidade. No corpo legal, seu artigo primeiro já ressalta como uma destinação da norma “o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, assim como, parafraseando o feixe de proteção já existente como desdobramento da personalidade no Código Civil de 2002, o artigo 17 da Lei nº 13.709/2018 queda explícito que “toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade” (BRASIL, 2018).

Posteriormente a ela, mas ainda dentro de uma perspectiva sob o momento mais recente da proteção ao direito, a Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019, instituiu a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal do qual incidem ações tendentes a uma escolha já realizada pelo Estado, que vai desde a proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação, à elaboração de diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, também passando por uma série de competências, das mais simplórias às mais avançadas, como a de apreciar petições de titular contra controlador de dados e a de promover estudos ou estimular a adoção de práticas e padrões referenciados ao assunto.

Ainda dentro da ANPD, na composição de um dos órgãos que a integra, o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, também é notada a presença de integrantes da sociedade civil, cuja participação será “considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.” (BRASIL, 2019).

Em suma, notam-se claros os esforços governamentais para o asseguramento da dita privacidade no contexto de nosso Estado, abrangendo, indistintamente, todas as pessoas naturais (e, dentre elas, certamente, os juízes, como cidadãos que são).

Denotando um caráter histórico, a ligação da privacidade com a proteção de dados de coleta dinâmica ou massiva, embora relacionada com os encorajados avanços da microeletrônica e da informática (tomando meios mais rápidos e compactos para a obtenção de dados), já encontrava contornos em atos estatais do início dos anos da década de noventa do século passado: na estratégia de ação relacionadas ao II Plano Nacional de Informática e Automação – PLANIN (Lei nº 8.244, de 16 de Outubro de 1991), que visava o fomento da uso da microinformática no cenário nacional, já eram tomados em conta os “impactos culturais, econômicos, políticos e sociais” relacionados “ao acesso aos bancos de dados e aos

problemas ligados à transmissão de dados transfronteiras”, o qual também detinha como diretriz explícita a garantia da privacidade ao cidadão. De igual modo, desde o Decreto nº 1.844, de 26 de março de 1996, já se instituía normativamente um Grupo de Trabalho Interministerial para a elaboração de proposta de uma Política Nacional de Segurança e Privacidade das Comunicações para o País.

O que se altera, contudo, é a dimensão como a proteção de dados transbordou no Brasil: de medidas meramente programáticas, nos anos noventa, a preocupações reais que, se não enfrentadas fossem pela legislação, mesmo assim fariam parte da rotina (tal como já o vemos) de órgão e entidades federais pelas quais tramitam informações econômicas, financeiras e de inteligência.

Deve-se salientar, nesse sentido, que tramita no Congresso Nacional uma proposta de Emenda à Constituição que torna ainda mais densa a afirmação de que a tutela da privacidade é um desígnio do Estado brasileiro: pela proposta, que tramita sob o nº 17, de 2019, reconhece-se expressamente a proteção de dados pessoais como direito fundamental. Com isso, passará a ter base autônoma consolidada, eis que hoje encontra guarida nas disposições referentes à privacidade, do art. 5º, inciso X, da CRFB/88.

Em suma, a tutela da privacidade insere-se no conceito de uma política pública aplicada no Brasil e, como tal, esta retorna um juízo de escolha, previamente realizado pelo Estado no intuito de desenvolvê-la.

2.3.6 As normas que resguardam a privacidade inserem-se como normas de políticas públicas regulatórias

A abertura da obra *La Hechura de las Políticas* (um combinado de artigos, incluindo aqueles os quais cuidaremos de mencionar) traz uma advertência dos editores, ao recordarem que os textos de Theodore J. Lowi, de 1964, e de Graham T. Allison, de 1969 (sobre modelos conceituais e a crise dos mísseis cubanos) são “dois escritos muito citados e básicos no debate sobre a classificação de políticas e as diferentes maneiras de entender a análise de políticas” (VILLANUEVA, 1992, p. 87).⁴⁰ Quando Theodory J. Lowi discorreu sobre os tipos de políticas públicas, em 1964, no artigo *American business, public policy, case studies, and political theory* (inicialmente três, posteriormente acrescida de uma quarta), equacionou

⁴⁰ “[...] dos escritos multicitados y básicos en el debate sobre la clasificación de las políticas y sobre las diversas maneras de entender el análisis de políticas”.

algumas classes de políticas governamentais, cada qual pautada em modos de formação e características diferentes: políticas regulatórias, distributivas, redistributivas e constitutivas.

O termo que nos aprouve, alcunhado nas palavras de T. J. Lowi, é uma das classificações que o mencionado autor propõe para tipologia de políticas públicas. Seriam políticas públicas regulatórias aquelas que “estabelecem padrões de comportamento, serviço ou produto para atores públicos e privados. Exemplo desse tipo de política são as regras para segurança alimentar, para operação do mercado financeiro, regras de tráfego aéreo, códigos de trânsito, leis [...]” (SECCHI, 2013, p 25). Na obra de Howlett, Ramesh e Perl (2013), as políticas públicas encontram seu correspondente nas chamadas *políticas de comando e controle*, que se destinam, em resumo, a regular a sociedade.

Nesse quadro, uma das possibilidades de estudo do papel da privacidade como política pública é por via dos institutos da *regulação* (aqui, dado seu caráter mais amplo quanto possível) ou, mais acertadamente, de *política pública regulatória*.

Por certo, para que não se submeta a confusões, a regulação a que se refere o texto da Lowi (ou, ainda, de Howlett, Ramesh e Perl) não concorda com o sentido administrativista ou econômico de um Estado Regulador, qual seria um dos caminhos para a intervenção estatal na economia (intervenção indireta). No enfoque administrativista (o qual não abarcamos para este estudo da privacidade), a regulação é vista ao lado do fomento, da repressão ao abuso do poder econômico e da exploração da atividade econômica por via direta, assim como estudado por alguns autores no mesmo passo de importância da autorregulação, do poder de polícia, da desregulação, da regulamentação e a ordenação da economia.⁴¹ A política pública regulatória advém do intento de estabelecer normas que regulem a sociedade, como aptidão própria do Direito em seu papel de propiciar o cumprimento das regras sociais, em suas características de coercibilidade, heteronomia e exigibilidade garantida pela norma jurídica.

Dentro de um conceito administrativo-econômico de regulação,⁴² Alexandre dos Santos Aragão a salienta dentro de três principais expressões: (a) a regulação do monopólio,

⁴¹ Quanto ao tema, vide o mesmo livro a seguir referenciado de Alexandre Santos Aragão (2013, p.22), no capítulo *A Regulação Estatal da Economia*.

⁴² E devemos lembrar, ainda, que do ponto de vista do Direito Administrativo, o próprio termo regulação (ainda preocupado com as relações entre economia e Estado) aquiesce diferentes abrangências, como salienta Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p.481): “O termo ‘regulação’ é polissêmico, admitindo, ao menos, três sentidos diversos: a) sentido amplo: regulação é toda forma de intervenção estatal, correspondendo ao conceito genérico de intervenção estatal na economia, o que engloba tanto a atuação direta do Estado como o estabelecimento de condições para o exercício de atividades econômicas; b) sentido intermediário: regulação estatal equivale ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada, excluindo-se, portanto, a atuação direta do Estado na economia; c) sentido restrito: regulação seria somente o condicionamento da atividade econômica por lei ou ato normativo.”

pelo controle de preços e de qualidade, evitando danos à economia popular, quando a competição é reduzida ou inviável; (b) *regulação para competição*, como forma de assegurar a livre concorrência; e (c) *regulação dos serviços públicos*, “assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo” (ARAGÃO, 2013, p. 27). Não é este, contudo, o intento das políticas públicas regulatórias, mais amplas como referencial.

O modelo proposto por Lowi não diz respeito à regulação estatal na economia (embora possa por ela passar), mas sim a regulação genérica de atividades e de condutas. Diz respeito ao próprio papel do Estado de estabelecer normas que buscam ordenar a sociedade, as quais, acaso descumpridas, dão azo à possibilidades sancionatórias – como forma de reforço à obrigatoriedade desse cumprimento –, algo que pode ser feito não só por instrumentos de regulação econômica, como também do poder de polícia e da própria ordenação. Em suma, as políticas públicas regulatórias têm sua expressão em algo que está na edição de leis e na atividade do Executivo de cumpri-las, quanto ao adimplemento de normas de conduta; como também, que importarão medidas aflitivas, para o caso de descumprimento: se *fato* é, deve ser *prestação*; se não for *prestação*, deverá ser *sanção* (REALE, 2002, p. 65-66).

O oferecimento de sanções como consequência do descumprimento é visto também em Lowi, em outro texto, de 1972, no qual o autor extrai um gráfico, condensando os quatro tipos de políticas, estabelecendo para eles alguns elementos, como a atuação sancionatória ou o formato de alcance (geral, individual). Ele elenca os quatro tipos básicos de políticas públicas (regulatória, constitutiva, distributiva e redistributiva) e sinaliza a propensão a desenvolver-se em torno das políticas regulatórias um cenário descentralizado, pautado na aplicabilidade da coerção sobre condutas individuais, e uma probabilidade de coerção imediata. As políticas regulatórias, nessa classificação, são as mais propensas a um atuar punitivo. Em tal oportunidade, Lowi exemplifica as ações que se caracterizam em políticas regulatórias: “eliminação de produtos abaixo do padrão, concorrência desleal, publicidade fraudulenta” (LOWI, 1972, p. 300).

Buscando uma simetria em direções, Howlett, Ramesh e Perl (2013, p. 133), ao disporem sobre a sua classificação de políticas – em modalidade a qual pretendemos expor como uma simetria às políticas regulatórias de Lowi –, mencionam aquilo que chamam de regulação de *comando e controle* dentre os denominados *instrumentos políticos baseados na autoridade*, utilizados para a formulação de políticas públicas. Para eles, “a regulação é uma prescrição governamental que deve ser cumprida pelos alvos previstos; seu não cumprimento, usualmente, acarreta penalidade”. Prosseguem no sentido de que as regulações “assumem várias formas e incluem regras, padrões, licenças, proibições, leis e ordens executivas”.

Dentre elas, por sua vez, existem as *regulações sociais*, que se aproximam muitas vezes do conteúdo guarnecido pelas relações de sujeição especial, no aspecto da regulação interna ao Estado – um dos temas que serão tratados nos próximos capítulos.

Ainda que relutando o engajamento dessa classificação de políticas públicas com aquele sentido que emprega ao termo o direito administrativo, há um caminho apto a ser aquiescido, apresentado na doutrina de André Saddy (e que se insere em um conceito mais amplo de regulação). Por ela, regulação é a *interferência intencional nas escolhas de terceiros* (heteroregulação), um conceito (dada a sua abrangência e generalidade) adequado para remetermos às políticas públicas regulatórias. Para o autor, é intencional porque o Estado quer que terceiro module o caminho que originariamente seguiria, transmutado para o caminho que aquele, o Estado, compreende como o mais adequado. Em alguns casos, tal como admite, é uma restrição “de dentro da categoria à qual ela se dirija, assim, uma conduta é premeditada, deliberada ou realizada de propósito. Caso a conduta seja de dentro, estar-se-á diante de uma autorregulação estatal, em que o próprio Estado criará restrições às suas escolhas” (SADDY, 2015, p. 33). Contudo, ainda distanciado dos termos clássicos vistos em regulação.

A aposição de normas regulatórias ou, em um termo que melhor as leve para a classificação em políticas e menos unicamente para a regulação econômica (embora esta seja conteúdo daquela), de normas de comando e controle, é prevista em diversos artigos da vigente Constituição Federal: art. 21, IV, XXI, XXII, XXV; art. 172; art. 174; art. 177, §3º; art. 186, etc.

No que nos cabe trazer o assunto para a privacidade, esta caminha abraçada com o tema de políticas públicas também ao ser verificado que o intuito dos seus principais e mais recentes instrumentos adequam-se à expressão de uma política pública regulatória ou de comando e controle. Por via da Lei Geral de Proteção de Dados e do Marco Civil da Internet, pretendeu o Estado brasileiro ditar normas de conduta que influenciam comportamentos e tomadas de decisões por parte de atores que, tendo acesso a meios decorrentes das facilidades digitais, possam adentrar na privacidade, como detentores de acesso a banco de dados e provedores de internet.

2.4. A AUTONOMIA DA PRIVACIDADE COMO INSTITUTO JURÍDICO

Este tópico trabalha o instituto como autonomia, tendo em vista que a privacidade, faz pouco mais de um século, pelo menos, já constitui experiência jurídica autônoma, anteriormente extraída, tal propõe-se, como uma especialização da liberdade – e, mais tarde,

para parcela doutrinária, da própria dignidade humana em ter seu instante de recolhimento. São expressões que serão tratadas em posterior momento.

É na dignidade que se pauta, por exemplo, a construção jurídica referente à teoria dos três círculos, útil para o estabelecimento de limites a restrições da privacidade – e que, por tal razão, também caminhará para o próximo instante.⁴³ Da liberdade, por sua vez, caminha o fundamento político e histórico da privacidade. Por enquanto, o caminho é feito com as aplicações que tem nela a apresentação de uma experiência jurídica já autônoma.

Esta obra ocupa-se em demonstrar o que, quanto à privacidade, importa de relevante para o monitoramento de agentes governamentais pelo próprio Estado.

2.4.1 Qual é o significado da privacidade?

Dentre a existência de elementos jurídicos e extrajurídicos, começamos pelo olhar usual, não técnico. No léxico, no *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, a privacidade é vista como “vida privada, particular, íntima [...] de empréstimo recente na língua (talvez década de 1970), sugerindo-se em seu lugar o uso de intimidade, liberdade pessoal, vida íntima, sossego” (HOUAISS; VILLAR, 2004, p. 2301). Ou, sem apresentação independente, contendo uma imediata remição ao vocábulo intimidade (à vida íntima, particular), tal como vista no vernáculo no *Aurélio* (FERREIRA, 2008, p. 397). É a expressão vocabular.⁴⁴ Talvez seja a que melhor se apegue à noção de senso comum (e não dos juristas): quando alguém pede privacidade, no perceber coloquial, tem-se logo à frente o interesse de permanecer sozinho, com seus próprios sentimentos e pensamentos, com a exclusão física de qualquer outra pessoa – é, como será visto, uma noção juridicamente válida, porém agora ultrapassada a que considera a privacidade apenas como isolamento.

A apreensão da privacidade pode ser também de cunho urbanístico, tal como estabelece Paulo César Garcez Marins (2006, p. 135), ao salientar as intervenções estruturais e em posturas públicas realizadas na Paris *haussmanniana* dos anos posteriores a 1800, que objetivava primordialmente o maior controle do Estado sobre as esferas privadas do cidadão e que foram repetidas na cidade do Rio de Janeiro do início do Século XX (bem como em outras capitais brasileiras). Na restrição a se construir como quisesse estava que “a

⁴³ Tal como mencionado, a ser vista no capítulo três.

⁴⁴ E, em uma terceira expressão, no *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa* (2010, p. 1029), da Academia Brasileira de Letras: “condição de privado, do que diz respeito unicamente ao indivíduo”.

privacidade das populações parisienses deveria sujeitar-se ao interesse ‘público’, apanágio definido por outras intenções ‘privadas’ alojadas no aparelho institucional”.

Tal viés era também exposto em habitações no Rio de Janeiro, em grande parte na área central, composta de cortiços e estalagens, ocupações coletivas, casas de cômodos alugados, todos com suas portas abertas, varais compartilhados e uma versão própria e social de privacidade já naturalmente mitigada. Por outro lado, a construção do bairro paulista do Jardim América, no mesmo início do século, destinado às elites paulistanas, garantia a privacidade de seus moradores pela orientação das ruas, além da proibição urbanística de ali instalar comércios e serviços: “Sendo as ruas públicas, não se podia impedir o acesso de estranhos ao bairro, mas a privacidade dos lares estava razoavelmente garantida pela sinuosidade viária, confusa para o transeunte ou para os que quisessem usar as ruas como passagem de tráfego” (MARINS, 2006, p. 182).

Há, portanto, mais de uma utilidade – ou conotação – passível de ser empregada para a privacidade. É o conceito jurídico, contudo, que nos interessa.⁴⁵

A todo ser humano, desde o nascimento, é garantido o direito de clausura, de isolar-se. Alguns o desacompanham, ao tabularem ações ilícitas que repercutem consequências jurídicas por eles não desejadas (e.g., os presos) ou ao celebrarem contratos, de consequências notadas, ou não (respectivamente, dos que permitem participantes expostos em programas televisivos, subscrito *por poucos*; aos que transferem a terceiros o acesso a dados particulares, pela via eletrônica, acatados por *quase todos*, como o armazenamento de fotos em *nuvem*), ou meramente por saírem na rua. É um isolamento relativo, pois não subsiste quando o indivíduo se lança aos locais de aglomeração pública, ainda que não queira interagir.⁴⁶ É ideal, pois a

⁴⁵ A compreensão da privacidade não se torna meramente retórica. Por exemplo, a doutrina já considerava, em momentos muito anteriores ao Marco Civil da Internet e à LGPD, que a violação da privacidade é caracterizadora de danos morais: “[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade [...]” (CAHALI, 2000, pp. 20-21). Em razão disso que compreendemos necessário antever o que se entende por privacidade.

⁴⁶ Nesse ponto, deve-se compatibilizar algumas situações: a privacidade de quem acompanha competições esportivas em estádios, no sentido de não ser focalizado pela transmissão televisiva (o direito à imagem) desde muito já considerada como inexistente; ou a privacidade contraposta à autoexposição do indivíduo, rechaçada em precedentes dos Tribunais. Como exemplo: “DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2004); Por fim, a questão relacionada ao reconhecimento facial em locais públicos, que foi recentemente banida pelas cidades de Cambridge – sede do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) e da Universidade de Harvard – e de São Francisco – reduto do

privacidade hoje depende cada vez mais do afastamento não só de olhares alheios, como (em razão da modernidade) dos aparatos eletrônicos e da versão do mundo conectado.

É, tal como se vê na privacidade moderna, uma percepção abrangente, que também transborda para a compreensão que lhe dá o Direito. Eros Roberto Grau, em Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, menciona que o conceito jurídico é exposto por uma diversidade de termos, compondo-se como “signos de predicados axiológicos” (GRAU, 2006, p. 235), ou seja, que se prestam a atribuir significado – em processo por ele chamado *acidente axiológico* – a dada coisa, estado ou situação. Há a formação de uma imagem no pensamento do intérprete, haja vista que o conceito jurídico não se presta a clarificar objetos, mas a viabilizar a aplicação do conjunto de normas a que se referem.

Em tal caso, não visa meramente a exprimir um item corpóreo, como uma taça, que pode ser compreendida ao alinharmos uma imagem a um termo. No conceito jurídico, há um algo mais, um significado, assim como a própria ideia fundamental (tal como salientamos) de que, em processo de interpretação, extrai-se do vocábulo a norma.

Para o mencionado autor, dentro de uma tipologia dos conceitos jurídicos – sendo que ele também diferencia conceito e definição –, vê-se a privacidade próxima do exemplo por ele dado: a propriedade, cujo conceito serve quase que primordialmente para uma remissão normativa e cercada por um intenso conjunto de normas. É classificada como *regulae juris*:

[...] expressões que sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, sem que lhes corresponda um significado próprio. Limitam-se a exprimir, condensadamente, um sistema normativo [...]. A utilidade do conceito de propriedade - e isso o toma na prática insubstituível - está na enorme economia de tempo e de energia que seu uso permite a quem pretenda expor o conteúdo do subsistema normativo aplicável à propriedade (GRAU, 2006, p. 233).

A principal diferença entre os conceitos jurídicos e não jurídicos é que estes subsistem entre uma interação entre a construção de uma imagem mental, a apreciação de um termo e o objeto ao qual se faz menção, ao passo que o conceito jurídico não faz apreciação direta a um objeto, então encerrando o ciclo: em alguns casos, expressam significados que não existem

Vale do Silício, levantando a discussão de que a nova tecnologia foi proibida justamente nos locais em que, em tese, face à sua vocação para a tecnologia, seria mais celebrada. Esse debate tem levado a argumentos sobre a confiabilidade do sistema de reconhecimento facial para fins de segurança pública, quer quanto à sua precisão, quer quanto à possibilidade de uso para controle de minorias, tal como acontece no sistema de identificação facial Chinês, em que foi utilizado, de acordo com o jornal *The New York Times* (2019), para controlar os *Uighurs*, uma minoria muçulmana. No Brasil, o uso de dados pessoais para de reconhecimento facial consta do Projeto de Lei nº 4612/2019, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.

autonomamente, senão no mundo do Direito.⁴⁷ A privacidade, na medida em que significa uma experiência jurídica, caminha pelo mesmo processo, a permitir a incidência normativa.

Contudo, deve-se também recordar que, diferentemente de vocábulos exclusivos de compreensão jurídica, a menção à privacidade, ainda que traga à tona para o aplicador do Direito todo um regramento que a acompanha (como expressão que resume o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas), compreende-se também possuir uma significação mínima própria – que poderia ser aqui rapidamente descrita como o direito à reserva de informações e de isolamento. Direito este acrescido, ao longo do tempo, por novas colocações jurídicas, como aquelas que representaram reação ao avanço do conjunto de bancos de dados detentores de informações pessoais – realidade não suficientemente contemplada nem pelo exemplo de conceito aqui pretensamente alcunhado, nem pela noção clássica do direito de estar só, extraído no final do século XIX, em Warren e Brandeis (1890).

Ocorre que, além da forte carga jurídica que remete a um regramento inerente ao instituto, a privacidade detém alguma carga autônoma no próprio seio social, ainda que imprecisa, se comparada com o pretense tecnicismo jurídico. É, nesse ponto, também uma experiência extrajurídica, pois se comporta como ideia de sentido cultural e repercute em elementos que são nitidamente valorativos da esfera não apenas jurídica. A privacidade na Copacabana de hoje não é a mesma do interior paulista de cinquenta anos atrás.

Insistindo em tal colocação: no exemplo histórico dado, a apreensão de privacidade na virada do Século XIX para XX, nos cortiços do Bexiga, em São Paulo ou da Cinelândia, do Rio de Janeiro, não é coincidente à existente nos casarões das elites cariocas ou paulista da mesma época. Assim como, hoje, o que se entende por privacidade em uma praia da orla carioca ou em uma agitada rua da capital italiana, não é o mesmo considerado por uma comunidade *Amish* isolacionista norte-americana.⁴⁸ A privacidade (em sua expressão extrajurídica) é local e temporal.⁴⁹

⁴⁷ Como o exemplo que traz o autor sobre a situação de legítima defesa, fazendo menção aos chamados conceitos tipológicos: “Tome-se de um exemplo: fulano ataca beltrano com uma faca; há, aí, um gesto de agressão. Tal gesto é conceituável, há um signo (conceitual) que lhe corresponde (signo do gesto); a qualificação deste gesto como expressivo de legítima defesa ou não, contudo, é resultante da atribuição do conceito de legítima defesa como referenda/ axiológico do gesto - ou não; a ‘legítima defesa’ - conceito jurídico - não existe como coisa, estado ou situação, isto é, como realidade, senão como signo de um outro signo, atribuível ao gesto; evidente que da atribuição ou não atribuição da significação de legítima defesa ao mencionado gesto dependerá o envolvimento do sujeito desse gesto por ou um outro conjunto de normas jurídicas” (GRAU, 2006, p. 235).

⁴⁸ Tanto assim que Daniel J. Solove (2008, p.65) a classifica como *a dynamic world*, uma vez sujeita a contingências históricas e sociais.

⁴⁹ De todo modo, conquanto seja impreciso o que seja privacidade sob esse olhar cotidiano, ela pode ser reduzida a uma afirmação mínima, em um conceito (não jurídico) negativo, descrito como a falta de intromissão. É uma afirmativa que seria adequada em vários momentos e épocas, ainda que insuficiente hodiernamente. Mas dentro das vicissitudes de diferentes culturas e ordenamentos, também seria uma dificuldade responder o que seria

Essa compreensão é relevante por um duplo argumento: (i) julga-se com menção à privacidade desde muito antes⁵⁰ de o Código Civil prever a proteção hoje constante do seu artigo 21⁵¹, sem correspondente no Código de 1916; e sem a cobertura do art. 5º, X, da CRFB, inexistente na CF/1967 e na Emenda Constitucional nº 01/1969; (ii) é normativamente regulada a ideia de privacidade, ainda que não conste como legalmente definida. No presente tópico, a partir de agora, a preocupação recai para o segundo ponto.

A ideia de privacidade é normativamente regulada, ainda que não esteja legalmente definida: não há nos textos jurídicos federais uma definição para privacidade, mas sim para elementos que lhe são relacionados e relevantes, como *dados pessoais* ou *informações sensíveis*, na LGPD. No entanto, mesmo o conceito jurídico de privacidade – sendo conceito e definição vistos como elementos distintos⁵² – é apto a assumir algumas significações diferentes ao longo dos tempos – o que caminha de Warren e Brandeis a Rodotà, cada um detentor da razão na leitura que fez no seu tempo. Ao ser citada juridicamente a privacidade, retoma-se todo um conteúdo normativo inerente ao vocábulo, sendo que este varia tanto quanto se moldam as possibilidades da tecnologia.

Nessa passagem que os textos jurídicos fazem sobre o instituto – porém, sem defini-lo –, encontramos como principal cuidado sua garantia. É assim que se posicionou, já em 1948, a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, no qual a Assembleia Geral das Nações Unidas desde lá garantiu que “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (ONU, 1948).

intromissão. Contudo, as mesmas dificuldades que impõem a evolução tecnológica com relação à privacidade, ao menos auxiliam a uniformizar socialmente essa experiência, transpondo elementos extrajurídicos em jurídicos: em qualquer parte do mundo, a invasão de telefones celulares, com a captura de dados, será uma afronta à privacidade, uma intromissão.

⁵⁰ Objetivando encontrar o quão pretérita a pesquisa de jurisprudência poderia retornar o termo privacidade. Para fins metodológicos, realizou-se da seguinte maneira: pelo primeiro passo, por uma busca documental no sítio do Superior Tribunal de Justiça, no acervo do extinto Tribunal Federal de recursos, com o termo privacidade: tal busca retornou seis documentos, o mais antigo deles, de 1986. Como segundo passo, procedeu-se a igual busca no sítio do Supremo Tribunal Federal, retornando 82 acórdãos, sendo o mais antigo dele, de 1977, o qual, contudo, referia-se a competência privativa, e não a privacidade (houve, pois, erro de indexação). O segundo mais antigo era um processo de 1980, que versava sobre a necessidade de individualização da denúncia em caso de crime societário, tendo o Supremo apontado ser “condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento das deliberações tomadas na privacidade dos órgãos de administração”: por certo, não se debateu um conceito de privacidade. Como terceiro passo, fez-se semelhante consulta no site Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que permite eleger a data limite de 1975: como resultado, retornou apenas um acórdão (Apelação 0005585-54.1988.8.19.0000), em que se debatia a responsabilidade estatal por furto ocorrido em vias públicas, constando do acórdão o fragmento segundo o qual “os locais abertos à utilização pública adquirem caráter de comunidade, de fruição genérica, sujeitando-se a jurisdição administrativa das Municipalidades, no perímetro urbano, sendo injurídica qualquer privacidade”. Não se tratava, contudo, de um debate acerca da privacidade.

⁵¹ Artigo 21 do Código Civil de 2002: “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”.

⁵² Conceito, uma significação; definição, uma tentativa de narrar o termo que remete ao significado.

No mesmo sistema global, o “Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos”, de 1966, em seu artigo 17, repetiu a fórmula adotada no anterior documento, tão somente melhorando a especificação e, por consequência, o âmbito de abrangência: “ninguém poderá ser objetivo 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” (ONU, 1966). No novo texto, vedam-se tão somente (por óbvio) as ingerências arbitrárias ou ilegais; acresce-se a expressão domicílio (mais ampla), no lugar de lar. Também (já pelo sistema regional) a *Convenção Americana de Direitos Humanos* (CADH), aprovada em 1969 e em vigor desde 1978, da qual o Brasil faz parte desde 1992, contém dentre seu rol de direitos a privacidade,⁵³ tanto como a *Convenção Europeia de Direitos Humanos*⁵⁴, que lhe serviu de modelo.⁵⁵ Mantém-se, contudo, a ausência de uma definição do que seja privacidade.

No âmbito interno, subsiste a mesma lógica de delimitação de instrumentos que garantam a privacidade ou definam temas conexos, mas sem trazer especial referência ao que ela seja. É como se posicionam as atuais Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. Tal considerar, aliás, não é recente: em 1996, pelo Decreto federal 1906, foi instituído um Grupo de Trabalho Ministerial, com representantes de dez órgãos (ao menos oito Ministérios), com o propósito de apresentar proposta de uma Política Nacional de Segurança e Privacidade das Comunicações para o país. Contudo, não descrevia o que seria a própria privacidade e tampouco houve, a nível federal, o intento de descrevê-la.⁵⁶ E

⁵³ Artigo 11, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (OEA, 1969).

⁵⁴ “Art. 8º, 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” (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

⁵⁵ Tal como consta do *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*, da Escola Superior do Ministério Público da União, em capítulo da lavra de Hans-Joachim Heintze (2010, p. 73).

⁵⁶ Lógica que se mantém nas mais recentes normas. No ano de 2019 sobrevieram duas importantes normatizações que atuam sobre a esfera da privacidade: contando com a atuação governamental, o compartilhamento de base de dados pelo governo (Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019) e sobre o cadastro positivo de crédito (Lei nº 12.414/2011, alterada pela Lei Complementar nº 166/2019, que institui a adesão automática ao cadastro; e seu regulamento, o Decreto nº 9.936/19). O primeiro normativo prevê que “nas hipóteses em que se configure tratamento de dados pessoais, serão observados o direito à preservação da intimidade e da privacidade da pessoa natural, a proteção dos dados e as normas e os procedimentos previstos na legislação”. Pela última, o funcionamento dos gestores de bancos de dados e o compartilhamento de informações autorizados pela Lei nº 12.414/2011, deverão atender como requisito técnico mínimo a “certificação técnica emitida por empresa qualificada independente, renovada, no mínimo, a cada três anos, com revisão anual, que ateste a adequabilidade da política de estabelecimento da responsabilidade, principalmente quanto aos quesitos de sigilo e proteção das informações, de privacidade de dados dos clientes e de prevenção e tratamento de

recordamos a posição já citada de que, mesmo antes do advento de uma proteção legal específica, a tutela da privacidade era setorizada no Direito brasileiro (MATTIETTO, 2014, p. 331).

Uma forma adequada de refletir sobre o que seja o instituto, é através da doutrina de Daniel J. Solove, estampada em sua obra *Understanding privacy* (2008). É uma referência teórica imprescindível acerca do tema, pelo que são partilhadas suas ideias.

Solove reestuda a forma como abordar a privacidade e a tentativa de conceituá-la. Ainda que não tenha provocado uma completa ruptura no marco teórico, traz uma orientação que bem serve para a análise da privacidade frente à inovação frequente da tecnologia. O autor passa por uma premissa que é para ele básica: todos os textos que se dedicam à compreensão da privacidade, o fazem de cima para baixo, ou seja, com a preocupação de estabelecer um conceito ou uma resposta definitiva, sendo que todos nisso falham, por se tornarem pouco práticos perante os casos concretos.

As principais questões que traz acerca de uma proposta de privacidade são: a privacidade assume o viés tanto de um conceito em desalinho – e é assim que intitula seu primeiro capítulo –, eis que ninguém se torna capaz de clarificar seu significado (SOLOVE, 2008, p.1), quanto faz-se estabelecida como uma “selva conceitual que envolveu leis e políticas públicas e os impediu de abordar efetivamente os problemas de privacidade” (SOLOVE, 2008, p. 196). Esse último sentido, aliás, retoma o tema das políticas públicas, quando o autor esclarece que a otimização do atuar tanto de *policymakers* quanto de Tribunais depende de uma estrutura para identificar e entender os problemas de privacidade, daí podendo melhor equilibrar as considerações desta com os interesses contrários.

O que melhor importa na construção dele – além da estrutura pragmática – é o entendimento de que a própria análise do que compõe a privacidade molda-se de acordo com as vicissitudes da tecnologia (e, por observação óbvia, salientamos, do tempo), algo com que fortemente concordamos. Nesse sentido, as palavras do autor esclarecem que “a privacidade está evoluindo. No futuro, novas tecnologias e formas de vida criarão novos problemas de privacidade e transformarão os antigos” (SOLOVE, 2008, p. 196)⁵⁷.

fraudes” (art. 2º, II, “c”, do Decreto nº 9.936, de 24 de julho de 2019). Em nenhum deles há maiores explicações que enfrentem o alcance do vocábulo privacidade.

⁵⁷ “Privacy has long been a conceptual jungle that has entangled law and policy and prevented them from effectively addressing privacy problems. This book has attempted to provide a way out of the thicket. With a framework for identifying and understanding privacy problems, courts and policymakers can better balance privacy considerations against countervailing interests. The theory of privacy I have developed is not meant to be the final word. It cannot be, because privacy is evolving. In the future, new technologies and ways of living will create new privacy problems and transform old ones”

Nesses termos, o que ele propõe é justamente uma estrutura inversa, prática,⁵⁸ que evite uma abstração sem sentido e caminhe para a resolução de problemas, facilitando as ações de operadores do Direito e de políticas públicas, preocupando-se menos com a extração de um conceito estático. Nesse sentido, “uma teoria da privacidade deve se concentrar nos problemas que criam um desejo de privacidade” (SOLOVE, 2008, p. 76)⁵⁹.

Tanto assim que, ao tentar estabelecer esse conceito para o instituto, pauta dentre uma de suas características a variabilidade: “a privacidade é um produto de normas, atividades e proteções legais e, como resultado, é cultural e historicamente contingente. Uma teoria da privacidade deve, portanto, trabalhar de dentro da história e da cultura, não de uma posição externa” (SOLOVE, 2008, p. 41)⁶⁰.

Como marco dessa evolução, chega-se ao ponto que as possibilidades de privacidade são subsumidas não só à análise de indivíduo por indivíduo, ou destes por sociedade ou por agentes do governo, mas sim à compreensão de que os governos estarão aptos a vistoriar (em larga escala) seus próprios agentes. E essa vigilância será tão *natural* que existirá em quaisquer casos, com algoritmos que decifrarão condutas suspeitas, dependendo, para isso, de um descortinar da privacidade.

Hoje, as hipóteses de investigação incidentes sobre determinado agente ou ocorrem por amostragem, ou em razão de investigações deflagradas por prévio motivo. Não abrange todos, só alguns. As novas possibilidades decorrentes da contínua evolução da tecnologia – e com ela, os avanços sobre a privacidade – permitirão, tal como é possível considerar, uma vigilância em tempo real e sobre todos.

As formas dessa evasão (ou mitigação), aliás, são vistas em diversos exemplos: monitoramento, espionagem, vazamento intencional ou acidental de dados, reconhecimento facial, código genético, biometria, dentre outros. Todos, nos termos acima referidos, aptos a compor formas análise jurídica do que seja a privacidade que será possibilitada, mesmo perante a evolução da tecnologia, para o caso concreto.

⁵⁸ “In contrast to nonconsequentialist approaches, I advance a pragmatic approach to ascribing a value to privacy. We should understand the value of privacy in terms of its practical consequences” (SOLOVE, 2008, p. 87).

⁵⁹ “a theory of privacy should focus on the problems that create a desire for privacy”

⁶⁰ “Privacy is a product of norms, activities and legal protections, and as a result, it is culturally and historically contingent. A theory of privacy must therefore work from within history and culture, not from a position outside”.

2.4.2 Fundamento teórico-normativo do Direito à Privacidade

Denomina-se de fundamento basal, haja vista que se tem em voga não só as mais recentes leis – que sequer definem a privacidade, como já salientado –, mas sim o arcabouço jurídico que torna denso o direito à privacidade. A passagem não inclui os marcos históricos ou políticos, como os movimentos densificadores da liberdade: nos anteriores séculos, como a Revolução Francesa e o papel de diversos pensadores do liberalismo; hoje, os passos específicos da privacidade, já detentora de autonomia. Em termos amplos, poder-se-ia fazer menção a outros importantes referenciais teórico da privacidade – que caminham juntamente da teoria da liberdade –, como a construção em torno da dignidade da pessoa humana.

Em da verdade, a preocupação é com os fundamentos mais imediatos e que guarnecem esse direito – e que anuem não ser a privacidade tão recente a ponto de dispor de proteção jurídica apenas após recentes leis, feito o Marco Civil e a Lei Geral de Proteção de Dados. Tem-se em voga que os principais elementos balizadores da privacidade são retirados da Constituição e do Código Civil. E, quanto a isso, é necessário também recordar que a disciplina civilista de 1916 não possuía correspondente ao art. 21 do atual código; assim como as normas constitucionais que garantiam expressamente o respeito à vida privada, à honra e à imagem não subsistiam nem na Constituição de 1969 (ou Emenda Constitucional nº 01/1969, caso assim seja da preferência do leitor), nem nas que lhe precederam.

Em verdade, nas Cartas pretéritas, mantinham-se tão somente a vedação das interceptações telefônicas sem autorização judicial e a proteção da casa como asilo, algo que, de imediato, também remete à privacidade. Além de pautada em dispositivos expressos (na interpretação que dele se faz, extraindo a norma, visto que nem o texto constitucional atual usa o vocábulo *privacidade*), a baliza normativa é também principiológica. O texto constitucional, aliás, não é modernamente técnico quanto à privacidade, no sentido de que desacompanha expressões relevantes, como *dados pessoais*. Contudo, estará certo o leitor ao afirmar ser isso desnecessário: tanto por conta de uma das peculiaridades das normas constitucionais (sua natureza aberta quanto à linguagem, de modo que se utiliza de redação mais principiológica, criando maior grau de subjetividade ao intérprete), quanto por constar dentre as características da interpretação constitucional a efetividade, a qual gera ao mesmo intérprete o dever de extrair a interpretação que promova com maior intensidade a Constituição.

A ausência de previsão expressa do nome não exclui as proteções remetidas, nem importam no desguarnecer da privacidade. Tanto assim que, como já mencionado,

posicionou-se Leonardo Mattietto, antes do advento das recentes leis, no sentido de que “embora o Brasil não tenha uma lei geral de proteção de dados [...] uma estrutura de proteção de dados está sendo desenvolvida a partir de vários elementos, como o direito à privacidade fornecido na Constituição Brasileira ou em vários estatutos” (MATTIETTO, 2014, p. 331).⁶¹

Não foi da Constituição a iniciativa em conceituar dados pessoais, mas sim da Lei nº 12.527/2011, com o propósito de prever o acesso à informação pública. Antes dela, contudo, o conceito já era trabalhado na doutrina por Doneda (2006, p. 151), por exemplo. Na lei, dentre seus diversos dispositivos, há aquele previsto no inciso IV, do art. 4º, segundo o qual informação pessoal é a relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. O conhecimento da informação pessoal é pressuposto ao estudo do fundamento do direito à privacidade, até porque, como salienta Uadi Lammêgo Bulos, ao cuidar do inciso X, do art. 5º, da Constituição, “a intimidade e a privacidade são direitos inerentes ao ser humano, à pessoa física. Já o direito à honra pertence tanto às pessoas físicas como às jurídicas.” (BULOS, 2014, p. 571).

Seguindo o estudo, um dos autores pelo qual caminha a análise acerca do fundamento do direito à privacidade está na obra *Transparência Pública, Opacidade Privada*, de Túlio Vianna (2007). Para ele, o direito à privacidade compõe-se de outros três direitos, (i) de não ser monitorado; (ii) de não ser registrado, e (iii) de não ser reconhecido (que inclui a proibição da disponibilidade de dados em ambientes públicos, assim como na internet e em meios de comunicação). Essa trinca de direito extrai-se do mesmo fundamento normativo já citado, além daquele constante da Lei Geral de Proteção de Dados, que rege o alcance dos dados pessoais.

Na órbita constitucional, os fundamentos do direito à privacidade são estampados na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), assim como na personalidade, vida privada, intimidade e honra (art. 5º, da CRFB/88 c/c art. 21 do CC/02).

Orientados pelos fundamentos do Estado Brasileiro na Constituição, cabe lembrar que, ao lado da soberania, da cidadania e dos valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana é reconhecida logo no artigo 1º do mencionado texto base do ordenamento. Compõem tais princípios constantes dos artigos 1º a 4º, seguindo as orientações de José Afonso da Silva (2005), o condão de princípios político-constitucionais, ou seja, que

⁶¹ No entanto, no sentido contrário, Schreiber (2019, pp. 368-369): “Até 2018, o direito à proteção de dados pessoais encontrava tutela meramente reflexa em nossa legislação, sendo tangenciado por leis esparsas ou setoriais [...]. Já o artigo 21 do Código Civil, embora verse sobre a proteção à privacidade em termos amplos, representa, a rigor, uma inútil duplicação do que já afirma a própria Constituição da República. Diante da insuficiência dessas disposições, os esforços para a construção sistemática de um direito à proteção de dados pessoais no Brasil acabaram recaindo sobre a doutrina”.

informam as decisões políticas fundamentais estabelecidas por uma ordem jurídica e que definem basicamente as características do Estado.

Essa compreensão de que o fundamento da proteção dos dados é extraído de uma lógica de dignidade é encontrada nos escritos de Doneda (2006) – amparada também na personalidade – e nos apontamentos de Rafael Freire Ferreira (2018), na forma como salientado em seu livro.

Em obra dedicada à tratativa da dignidade da pessoa humana, José Emílio Medauar Ommati consigna que tal dignidade tem o seu melhor fundamento em Dworkin, para quem o instituto trabalha com duas dimensões, uma referente à importância que todos os seres humanos têm de assegurar a toda e qualquer vida e a outra imanente à ideia de responsabilidade individual na consecução do sucesso da própria vida, de modo que o indivíduo não deve aceitar que outrem lhe dite o caminho (OMMATI, 2015, n.p.). Note-se que, conforme o próprio autor, tal concepção foi alterada por Dworkin em obra anterior ao seu falecimento, formulando a dignidade da pessoa humana em torno da figura de um ouriço na filosofia, ou seja, em torno da metáfora de que os valores éticos e morais são interdependentes (não entram em conflito): trata-se de uma justificação filosófica para integração de todos os valores: como nos cabe lembrar, um ouriço usa todas as partes do seu corpo para se defender e nos estudos referidos, esse valor multiplamente apoiado é a dignidade da pessoa humana.⁶² No que importa a este trabalho, a múltipla expressão das formas de violência moderna à privacidade, outrossim, torna possível ponderar se a figura do ouriço também serve ao mencionado direito e à tentativa – quase que leviana – de todas as formas de protegê-la.

Outro possível reconhecimento vem calcado no extrato da cidadania (também princípio político-constitucional), encontrada no art. 1º, o qual fazemos dialogar com as afirmações de Stefano Rodotà, no sentido de que a privacidade, como direito à autodeterminação informativa, constitui um aspecto novo para aquela mostra do ser cidadão: “a proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio” (RODOTÀ, 2008, p. 19).

A proteção de dados pessoais, assim, encontra suporte argumentativo, quer para uns, diretamente na dignidade, ao passo que, para outros, em uma moderna noção de cidadania. Há, ainda, a noção encampada por Laura Schertel Mendes, para quem o direito tem seu

⁶² Observando diretamente a obra de Dworkin, uma passagem que bem denota uma relação entre moral (sobre ser bom; no que diz respeito aos outros) e ética (viver bem, algo diverso de ter uma vida boa), está no encaminhamento (feito a posteriori, em uma lógica de respeito igual dentre indivíduos e de escolha sobre o propósito da vida, realizado por cada um) a uma teoria da dignidade: “Procuramos uma concepção do bem viver que possa orientar nossa interpretação dos conceitos morais. Mas queremos, como parte do mesmo projeto, uma concepção da moral que possa orientar nossa interpretação do bem viver” (DWORKIN, 2014, p. 295).

nascedouro na inviolabilidade da vida privada e da intimidade: “a partir dessas experiências e da vivência institucional [...] é possível se reconhecer um direito fundamental à proteção de dados pessoais, como uma dimensão da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, nos termos da constituição” (MENDES, 2014, p. 171).

No que há de comum, a proteção de dados tem sua noção principal insculpida nos valores de liberdade. Em tal aspecto, o tema recorda a obra de Norberto Bobbio, ao cuidar do direito como categoria heterogênea e a sua tendência à especificação: os direitos fundamentais decorrem de um tronco comum, mas desdobram-se mais e mais em direitos dotados de características próprias, com titulares destacados e cada vez mais adequados à resolução de questões setoriais. No caso do direito à privacidade, o exemplo é retirado das palavras do próprio autor:

consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação de sujeitos titulares de direitos. Ocorreu, com relação aos sujeitos, o que desde o início ocorrera com relação à ideia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas (de consciência, de opinião, de imprensa, de associação), numa progressão ininterrupta que prossegue até hoje: basta pensar na tutela da própria imagem diante da invasão dos meios de reprodução e difusão de coisas do mundo exterior, ou na tutela da privacidade diante do aumento da capacidade dos poderes públicos de memorizar nos próprios arquivos os dados privados da vida de cada pessoa (BOBBIO, 2004, p. 59).

A relação entre a especificação e a privacidade decorrente da liberdade será a nota que inicia o próximo capítulo. Ainda assim, é possível salientar que tudo aquilo que em outrora era satisfatoriamente resguardado apenas com o direito à privacidade, teve notas próprias conquistadas no século XIX – direito a ficar só –, as quais, por sua vez, soam insuficientes se trazidas para o atual estágio de desenvolvimento da ciência: o Direito, portanto, principalmente em tal via tão sujeita às evoluções tecnológicas, traça, cada vez mais, um caminho de especificação.

Ao lado das facetas que incluem a privacidade como dignidade, como cidadania, há, ainda, uma terceira conotação, decorrente da inviabilidade da vida privada e da intimidade, naturalmente, vértices de uma teoria ampla da liberdade. No fim das contas, porém, o fundamento ontológico é semelhante. O que há de comum em toda e qualquer definição é o encontro da privacidade como direito fundamental, e, por conta disso, merecedor do especial véu instrumental constante dos parágrafos do art. 5º, bem como da garantia de não abolição, uma vez constituinte de cláusula pétrea. Os caminhos de sua mitigação, contudo, como direito fundamental – que não é absoluto – merecem ser debatido.

2.4.3 As várias compreensões sobre privacidade

A primeira dessas compreensões, como aqui chamamos, poderia ser eficazmente intitulada neste trabalho de *privacidade como decorrência da propriedade*, embora reconheçamos nela mais uma carga histórica do que de merecida autonomia argumentativa, assim como também verificamos que a propriedade tem sua base maior no direito de liberdade, tal como revelam os autores contratualistas. A concepção da privacidade, dentro de uma teoria da liberdade – jurídica e do liberalismo político – é um intento a ser tratado no próximo capítulo, dada a proximidade como os debates sobre uma teoria da restrição.

Contudo, vindo de Stefano Rodotà essa noção a qual aqui se apresenta – que, seja salientado: o autor não a registrou como categoria segregada na evolução da privacidade –, entende-se por bem dedicar-lhe algumas linhas na parte dedicadas à compreensão do instituto – e não à da breve história do mesmo, feita em algumas linhas iniciais deste capítulo.

A origem do direito à privacidade, segundo Rodotà (2008), veio com o nascimento da burguesia e com fim do regime feudal. Naquele momento em que a nobreza entrou em queda e houve a ascensão de uma outra classe social – a burguesia –, a privacidade era muito emparelhada à noção de propriedade: atrelava-se àquele que detinha seu próprio espaço, muitas vezes referente à oficina de comércio ou ao próprio local de moradia, onde não se sujeitava, tal qual as regras do regime anterior, às vontades do senhor feudal.

Para ele, “o isolamento era privilégio de pouquíssimos eleitos, ou daqueles que, por necessidade ou por opção, viviam distantes da comunidade – místicos ou monges, pastores ou bandidos” (RODOTÀ, 2008, p. 26). Aquele que detinha esse espaço demarcado por sua propriedade, teria privacidade. A privacidade, nesse primeiro aspecto, funcionava como a não intervenção do outro, como o não devassamento. Era a privacidade como liberdade, extremamente marcada pelo desejo de intimidade.

Como um parêntese para o que leciona Uadi Lammêgo Bulos, o espaço da liberdade individual representada pela privacidade se coaduna com esse momento de descoberta de direitos e de resistência ao poder opressor, visto que “a história das civilizações resume-se, até os nossos dias, no embate entre a opressão e a liberdade. Daí a busca pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, de modo que a razão sobrepuje a força e a violência” (BULOS, 2014, pp. 64-65).

Essa privacidade, em sua origem, tem muito a ver com liberdade, que era uma das bandeiras da Revolução Francesa, muito embora, posteriormente, passaria a ter uma outra roupagem. Com as bases da liberdade, o indivíduo poderia se diferenciar dos demais, detendo

seus próprios bens e possuindo seu espaço pessoal privativo. Foi momento de expansão dos ideais libertários – e de garantia da propriedade – a uma parcela ainda maior da sociedade, composta pela burguesia. Antes, a tutela específica do direito de propriedade era exposta apenas a um grupo específico, formado pelos senhores feudais, tal como o constante da Magna Carta de João Sem Terra, de 1215 – caminhando com ele, por essa sorte de raciocínio, a privacidade, embora sem a configuração atual.

Portanto, caminhando com o mesmo autor, o “o nascimento da privacidade não se apresenta como a realização de uma exigência ‘natural’ de cada indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo” (RODOTÁ, 2008, p. 27). O que se faz significativo é que, ao estabelecer uma estrutura histórica da privacidade relacionada com a propriedade, tem-se a correta noção de que esse nascimento ocorreu em meio a debates libertários, sendo certo estabelecer – como vê-se em autores contratualistas – que o principal argumento da propriedade está na liberdade. Aqueles que viram a privacidade na propriedade, indiretamente encontraram aquela na liberdade. É uma informação que será relevante para o próximo capítulo e para a estrutura deste trabalho.

A expressão da privacidade na propriedade, de igual maneira, é alertada em texto de Gilberto Haddad Jabur, em que o autor recorda os termos do próprio precedente histórico de Warren e Brandeis:

Embora extraído do direito à propriedade (do qual a moderna doutrina o aparta), que deveria assimilar direitos ‘tanto tangíveis como intangíveis’, a voz precursora do impactante reconhecimento dos atributos da privacidade foi suficiente para impulsionar o rigoroso enfrentamento jurídico-científico da *privacy* (JABUR, 2005, p. 91).

Contudo, é da melhor compreensão que o direito de privacidade não encontra mais guarida predominante em um fundamento de propriedade. Trata-se, em suma, de um precedente histórico.

2.4.4 Privacidade como o direito de estar só

Tal qual tudo mais que evolui no Direito, também tivemos uma evolução do direito de privacidade ao longo dos anos. O direito de estar só, que se associava com a propriedade e com o nascimento da Burguesia, também ascendeu, no final do século XIX e início do Século XX, em uma histórica publicação do direito norte-americano, plasmada nos escritos de Warren e Louis Brandeis, cujo texto original era nomeado *the right to be let alone*, ou, em

tradução livre, *o direito de ser deixado sozinho*. É o referencial teórico principal dessa fase do direito à privacidade.⁶³

Em tal construção, ainda tendo por base o mesmo fundamento inicial da privacidade – como direito à solidão, de ter seu próprio espaço –, porém, tendo por fenômenos sociais diversos dos que os existentes na ascensão da burguesia, e por base da construção jurídica não mais a propriedade –, deve ser compreendido que, naquela época, já eram comuns tabloides e publicações que se dedicavam a tratar – muitas vezes, de forma não apenas jornalística – da vida de autoridades e de outras pessoas consideradas de algum modo relevantes pelo olhar social. Essa é a demarcação histórica dessa nova fase.

A jurisprudência já havia concebido algumas construções com base no *Common Law*. Esses autores encontram o fundamento dessas decisões e os inseriram nessa publicação, por eles denominada de *the right to privacy* (1890). A publicação pautou-se nas interações da mídia impressa com referência ao indivíduo. E por conta disso, eles trataram a privacidade como direito de estar só, o direito do indivíduo de estar realmente sozinho, de não ter comunicações pela imprensa de sua vida particular. Ao fundamentarem o novo direito, “relacionam a sua proteção à inviolabilidade da personalidade, rompendo com a tradição anterior que associava a proteção da vida privada à propriedade.” (MENDES, 2014, p. 28).

Nesse novo momento, o conceito de privacidade abrangia o direito do indivíduo de se fechar em sua casa, trancando portas e janelas e de estar, de fato, sozinho, além de não ser referenciado quando aos fatos que ocorriam nesse seu espaço particular. No momento em que escreveram Warren e Louis Brandeis, não havia internet, *wi-fi*, redes sociais, e de fato a casa era o asilo inviolável, não só na forma da nossa constituição, mas asilo inviolável do seu próprio sentimento, do seu espaço interior. Relaciona-se com o ditado inglês *the house is the man's castle*.

⁶³ Em artigo publicada na revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), Leonardo Estevam de Assis Zanini (2015) argumenta que a expressão *right to be let alone* não é de autoria original de Warren e Brandeis, embora tenham sido os primeiros a dedicar um emprego ao termo, vinculando-o à privacidade: “Antes do artigo de Warren e Brandeis, vamos encontrar na obra do juiz Thomas Cooley, publicada em 1880, sob o título ‘A treatise on the law of torts’, a primeira utilização da expressão ‘right to be let alone’. Apesar de ter cunhado a expressão, Cooley não a relacionou com a noção de *privacy*, mencionando-a em seu trabalho sobre responsabilidade civil (torts) como parte do seguinte trecho: ‘The right to one’s person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone’. A expressão forjada por Cooley somente ganhou relevo com a publicação, em 15 de dezembro de 1890, na *Harvard Law Review*, do artigo de autoria de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, intitulado ‘The right to privacy’. Nele, os autores colocam em evidência a ocorrência de transformações sociais, políticas e econômicas, bem como o surgimento de novos inventos, como a fotografia, que contribuíram para a ocorrência de violações da vida privada das pessoas. [...] Assim, utilizando o termo ‘right to be let alone’, propõem um novo ‘tort’, a invasão do ‘privacy’, que constituiria uma profunda ofensa, que lesionaria o senso da própria pessoa sobre sua independência, sua individualidade, sua dignidade e sua honra.”

Direito a ficar só, direito ao isolamento, privacidade como isolamento do indivíduo, são todos termos adequados para compreender tal fase do direito. É o primeiro conceito de privacidade. Para Bulos (2014, p.571):

A vida privada e a intimidade são os outros nomes do direito de estar só, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *riservatezza* e os americanos, *privacy*).

Cuidando de tal temática, os autores norte-americanos alcunharam o que passava a ser conhecido como *o direito de estar só*, algo que, nos dizeres de Mendes (2014), compreende o seguinte conjunto de medidas: (a) o direito à privacidade não impede a publicação de conteúdo de interesse geral; (b) a comunicação do que é privado, quando ocorre por guarda da lei – ordem judicial, por exemplo – não importa em violação a esse direito; (c) a reparação não será exigível se a revelação for causada por uma manifestação verbal que não cause danos; (d) o consentimento do interessado exclui a lesão ao direito; (e) a alegação da veracidade da informação não exclui a violação do direito e; (f) a ausência de dolo também não exclui tal lesão.

Para a estrutura da época, representava o direito de as pessoas não serem bisbilhotadas por esses periódicos, de não terem sua intimidade invadida, sua vida pessoal extravasada, suas relações com outras pessoas expostas, em suma, de não serem investigadas. Em tal contexto surgiu no Direito norte-americano esse direito à privacidade.

É interessante que essa privacidade como direito de estar só é pensada como uma extensão negativa, estática, abstencionista (RODOTÀ, 2008). O indivíduo estará só, e isso precisa lhe ser garantido como uma abstenção, e não como atuar positivo do Estado. É importante essa diferenciação, porque a próxima fase da privacidade – que evoluiu, não se manteve linear ao longo do tempo – deixou de ser a privacidade como direito de estar só, para passar a ser a liberdade como autodeterminação informativa, não aconteceu em um estalar de dedos. Houve um desenvolvimento, que acompanhou, inclusive, a própria evolução dos meios de tecnologia.⁶⁴

Para a doutrina de Bulos, contudo – e mesmo preservando o caráter abstencionista –, a ideia de vida privada (segundo o citado autor, sinônimo de privacidade) é mais ampla do que a de intimidade. Como pode ser visto, no nascimento da burguesia, a intimidade (como viés

⁶⁴ E os autores reconhecem isso. Seja Rodotà, em 2008, seja Solove, como já visto, no mesmo ano. A evolução da tecnologia é seguida da própria conformação do direito à privacidade.

da liberdade) foi a mola propulsora da privacidade de dados (RODOTÀ, 2008), ao passo que hoje essa ideia admite um âmbito diferente de atuação:

[...] vida privada (ou privacidade) - envolve todos os relacionamentos do indivíduo, tais como suas relações comerciais, de trabalho, de estudo, de convívio diário; e intimidade - diz respeito às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participam de sua vida pessoal (BULOS, 2014, p. 571).

Por certo que as ponderações mais pretéritas, embora (ainda) façam sentido nos tempos de hoje, em algumas partes devem ser vistas com especial temperamento. Por exemplo, a afirmação de que a reparação não será exigível se a revelação for causada por um ato verbal que não cause danos, cede lugar à regra de nosso direito civil, segundo a qual é responsável pela reparação todo aquele que causar dano a outrem (art. 927), ainda que exclusivamente moral, pois comete ato ilícito (art. 186). Será exceção – revelação não indenizável – aqueles atos proferidos em juízo por quem tem o dever de pronunciá-los, quando listado, por exemplo, como testemunha. É a mitigação natural do anterior pensamento, que decorre quer pela passagem do tempo, quer pela sujeição às regras de nosso próprio ordenamento jurídico.

2.4.5 Privacidade como autodeterminação informativa

É a próxima fase do direito à privacidade e inclui o direito não só a não ser incomodado, mas também o direito que detém o indivíduo de influenciar aquilo que será falado a seu respeito e de determinar aquilo que pretende saber sobre si mesmo. Não é um lado apenas abstencionista, estático. Ele é positivo, porque também firma o atuar do Estado – e não é só o indivíduo que atua nessa nova fase de direito: aquele, que também se insere, por meio de prestações positivas garantidoras da privacidade. É, além disso, dinâmico, porque vai variar de acordo com o desenvolvimento da própria ciência e da tecnologia, tendendo a com elas interagir.

A atual fase de proteção à privacidade ganha sua valia ao percebermos que o anterior conceito deixa de fazer sentido no mundo atual, em que o indivíduo permanece conectado a redes e a sistemas em todo lugar e a todo momento. A ideia de isolamento, prevista no século XIX, torna-se incompatível com o atual nível de desenvolvimento, em que a interatividade dos meios de tecnologia conecta pessoas de maneira automática, mesmo quando elas não o esperam – e talvez, sem que o queiram. Tem esse caminho de imbricamento, muitas vezes,

tomado com base em um aceite prévio, que sequer é analisado cuidadosamente pelo titular do direito.

Por exemplo, nossas digitais hoje são requisitadas em sistemas dos mais variados, desde senhas de banco a acesso em academias de ginástica. Entretanto, convém lembrar reportagem veiculada na imprensa internacional, em que um *hacker* supostamente teria copiado as digitais da Ministra da Defesa da Alemanha, tendo por base unicamente as fotos tiradas em seu aparecimento em uma coletiva de imprensa. Ao fim, a notícia repercutia a provável necessidade de entrevistas públicas serem concedidas de luvas, demonstrando o quão pouco profícuos são os cuidados tradicionais com os riscos modernos que pairam frente à privacidade (PORTAL G1, 2014).

Outro exemplo diz respeito às redes de *wi-fi*. Um olhar ingênuo pode pensar que o indivíduo que não se conecta à rede estaria imune de transferir seus dados pessoais, ou de assistir a uma devassa à sua privacidade realizada por meio dela. No entanto, devemos recordar que a posição da pessoa no espaço é sim um dado relevante, afeto à sua intimidade – o posicionamento corporal de um casal, dentro de uma casa de cortinas cerradas, poderá revelar se eles detêm ou não intimidade – e, nesse sentido, há tecnologias que já pretendem, com base nas medições do nível de variação da fonte emissora do sinal de *wi-fi*, verificar o posicionamento de indivíduos e de objetos, prevendo a movimentação do outro lado de paredes, e até mesmo a intensidade respiratória de uma pessoa (NEWSCIENTIST, 2011).

Em Solove (2008, p.91), esse feixe de autodeterminação informativa, afeto à novas possibilidades e riscos, pode ser considerado na afirmação do autor de que o valor da privacidade deve levar em conta as contribuições que possa trazer para a sociedade. E, nos exemplos expostos nos parágrafos anteriores, a por si só mitigação dos novos riscos é uma relevante contribuição. No mesmo autor, o terreno no qual se caminha com a privacidade muda ao sabor do tempo (SOLOVE, 2008, p. 65).

Em síntese, a tecnologia costuma ir além do que nossos olhos alcançam e, justamente em razão disso, a privacidade como autodeterminação informativa abrange uma tripla expressão de direitos. Nos termos da doutrina: a) direito a controlar o uso que os outros façam das informações que nos dizem respeito; b) direito de escolher o que está disposto a revelar; c) direito de controle também do *fluxo interno*, que compõem os dados sobre os quais a pessoa talvez queira exercer o direito de *não saber* (RODOTÀ, 2008).

Essa fase da proteção à privacidade possui como marco teórico uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, do ano de 1983, que pugnou como indevidas (parcialmente inconstitucionais) as normas relativas a um censo geral promovido pelo Estado alemão – a

denominada *Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho*. Na ocasião, consignou-se a existência de um direito à *autodeterminação informativa*, com base na lei fundamental que protege a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade (MENDES, 2014).

Por exemplo, é representativo dessa fase do direito à privacidade o denominado princípio do acesso (quer para simples conhecimento, quer para promover a efetividade de outros princípios, com a eliminação, integração e correção dos dados coletados), cuja matriz não seria pensada no momento puramente abstencionista do direito (RODOTÀ, 2008).

O que talvez mais importe nessa atual fase, é que ela bem compreende que a adesão às regras do uso de dados pessoais no mundo moderno não pode mais ocorrer dentro de um critério de *tudo ou nada*, visto que o alijamento total dos instrumentos que potencialmente vulneram a privacidade (o *nada*), segrega o indivíduo da vida em comum. Também é dessa fase a compreensão do alcance do consentimento do indivíduo, o qual deve ser acompanhado da informação quanto ao que consente, e dos meios de tutela das informações inexatas ou que mereçam remoção – ainda que pelo simples ato de vontade.

Em tal sentido, na forma como expõe a doutrina, o consentimento é “o mecanismo que o direito dispõe para fazer valer a autonomia privada do cidadão” (MENDES, 2014, p. 60), o qual deve ser compreendido como um elemento acessório, que é “sempre ligado a uma situação que o fundamenta – que pode ser a realização de um contrato, a inscrição em um concurso ou tantos outros.” (DONEDA, 2006, p. 373). Mas, com relação às dificuldades expostas para tal consentimento, também é clara a ponderação:

Sabe-se, contudo, que o consentimento, aplicado ao tema da proteção de dados pessoais, apresenta diversas dificuldades, devendo ser tratado com cautela em razão dos seguintes aspectos: i) o problema da eficácia do consentimento no tratamento de dados pessoais, em face da possibilidade do não consentimento de o indivíduo acarretar a sua exclusão do mercado de consumo e da sociedade; ii) o problema da violação da proteção de dados pessoais, após o tratamento ter sido concedido pelo titular dos dados; iii) a questão do consentimento aplicado ao tratamento de dados sensíveis (MENDES, 2014, p. 61).

Também com relação ao consentimento, convém citar a construção trazida – mas não criada – por Danilo Doneda, e por ele denominada de *paradoxo da privacidade*. Essa compreensão parte do pressuposto de que, quando o consentimento passa a ser o centro ao redor do qual orbita a disciplina referente à proteção de dados, o defeito no tratamento de dados é aferível apenas após tal consentimento, de modo que a tutela do direito à privacidade também somente será posterior ao ato de vontade (DONEDA, 2006).

Por fim, a atual fase do direito à privacidade, tal qual compreendemos, igualmente admite uma importante feição, a qual caminha no conjunto das outras três já citadas anteriormente, e que também repercute na esfera de direitos fundamentais do indivíduo, tanto quanto as demais: trata-se do direito ao esquecimento, mas trazido ao enfoque da teoria da proteção de dados pessoais, como o constante da obra de Stefano Rodotà.

É, na verdade, um desdobramento da autodeterminação informativa: ao direito de autodeterminar-se também corresponde o de exigir não apenas o conhecimento ou retificação de dados – que podem ser feitos até pela ação constitucional do *habeas data*, quando constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público –, como também de solicitar a desindexação ou remoção de conteúdo nocivo à personalidade.

Direito ao esquecimento que no Brasil já foi imensamente discutido por uma matriz civilista, tal qual alguns precedentes relevantes de nossos tribunais, como o caso *Aída Curi* (REsp nº 1.335.153) e o caso *Chacina da Candelária* (REsp nº 1.334.097). Aqui, contudo, o foco é um pouco diferente, e diz respeito aos dados pessoais já do ponto de vista da tecnologia, daqueles dados que circulam e são armazenados em bancos de dados. A pergunta que merece ser feita é: até que ponto nos podemos determinar ou devemos aceitar que um dado cadastrado em um banco de informações seja perene, eterno? Ou deverá acontecer em algum momento a sua exclusão?

Trata-se aqui, de uma questão fundamental, e até mesmo inata à espécie humana. Antes dos computadores, o ser humano contava apenas com sua memória, que por natureza, é devotada a esquecer, ou com os registros que fazia, os quais, por sua vez, quando não entregues a técnicas de armazenamento (como diários, arquivos de bibliotecas), também tendiam ao desaparecimento. Era o curso natural do tempo agindo sobre a memória.

Hoje, contudo, com a invenção não só do computador, como da internet e de redes interligadas de dados, todo e qualquer tipo de registro relacionado ao indivíduo, dos mais corriqueiros aos mais complexos, são passíveis de registros para toda a vida. Com isso, as mais simples interações em uma rede social – feita quando o usuário, por exemplo, é jovem e sujeito às vicissitudes da sua imaturidade – são capazes de caminhar com ele por todo tempo, constringendo-o décadas adiante, quando sua mente – já adulta – jamais pensaria tal como fizera antes.

Atento a isso, a doutrina jurídica, assim como as produções legislativas no cenário brasileiro e no Europeu, vem inserindo o direito ao esquecimento como um dos vieses da proteção de dados privados. A obra de Rodotà (2008), por exemplo, ao esboçar uma proposta de princípios aplicados à temática, bem salienta o princípio da finalidade, que tem por uma de

suas faces a eliminação ou transformação em dados anônimos das informações não mais utilizadas (princípio do direito ao esquecimento). Já Mendes (2014) identifica expressões desse princípio no próprio Código de Defesa do Consumidor, nas disposições relativas aos bancos de dados e cadastros de consumidores, e na norma segundo à qual, consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos, não serão fornecidas pelos Sistemas de Proteção ao Crédito novas informações que importem em dificuldade de efetivação de transações comerciais (art. 43, *caput* e §5º, da Lei nº 8.078/1990).

No direito espanhol e no europeu (em razão do precedente espanhol), é clarificado como *derecho al olvido*, que pode ser aqui referido como o direito ao esquecimento na internet ou, na verdade, à desindexação de dados. Um dos marcos teóricos sobre o tema está no caso envolvendo *Google vs Espanha e Mario Costeja González*, apreciado à luz da Diretiva 95/46/CE, norma anterior ao atual Regulamento Europeu de Proteção de Dados. Discutiu-se, no âmbito da circulação de dados pessoais, se “dos direitos de supressão, bloqueio de dados e oposição reconhecidos, o direito da parte interessada também se refere aos mecanismos de pesquisa para impedir a indexação das informações mencionadas, publicadas no site de terceiros” (CARRILLO, 2016, p. 38)⁶⁵. A jurisprudência europeia, em tal caso, posicionou-se no sentido de que o *derecho a ser olvidado* (em nosso resumo) tem em voga informações não mais detentoras de relevância, não guarnecedoras de um interesse público, mas cuja contínua divulgação é capaz de trazer um impacto desproporcional para uma pessoa (em comparação às demais), incidindo em sua reputação ou intimidade.

Porém, trazendo à luz o precedente europeu, a doutrina salienta que “na hipótese em comento, o que se determinou foi a remoção de conteúdo específico. Não há no referido precedente ordem para que o provedor de pesquisa promovesse a criação de um filtro ou mecanismo capazes de realizar o controle prévio de conteúdo virtual” (CUEVA, 2019, p. 96). Tal concepção é importante, pois se alinha com determinada escolha tomada por ocasião do tramitar do Marco Civil da Internet, já na esfera do Direito brasileiro.

A Lei nº 12.965/2014 (BRASIL, 2014) estabeleceu que, como regra, o provedor não será civilmente responsabilizado por conteúdo gerado por terceiros (art. 18), exceto se “após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente” (art. 19), realizada, pois, a posteriori da lesão, e contando que a decisão judicial

⁶⁵ “[...] de los derechos de supresión, bloqueo de datos y de oposición reconocidos, ¿se deriva también el derecho del interesado a dirigirse a los buscadores para impedir la indexación de la información a él referida, publicada en la página web de terceros [...]?”.

traga “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material” (§1º, do art. 19).

Ao mencionarmos que tal direito não inclui propriamente o esquecer, mas sim o desindexar, temos em conta que as ações por essa forma manejada visam retirar dos motores de busca de determinado serviço, o resultado de pesquisa que retorne determinada pessoa ou situação relacionada à pessoa. Foi o que ocorreu no Brasil, em que uma atual Promotora de Justiça tinha seu nome associado a uma notícia de fraude em concurso público para a magistratura, realizada anos atrás (e que, até onde conhecida a notícia, não foi comprovado seu envolvimento na ilicitude), causando-lhe danos à sua esfera pessoa e profissional.

Ocorre que esse tipo de intento, além de robustecer determinado assunto nas listas de notícia, como regra, tem as pretensões direcionadas apenas contra os maiores e mais conhecidos buscadores (no momento em que escrevemos, na passagem de 2019 para 2020, o *Google*), deixando descobertos outros veículos que poderão acessar os mesmos dados – damos como exemplo o buscador da *Microsoft*, o *Bing*. O direito ao esquecimento, na forma prevista, não apaga o conteúdo armazenado em redes digitais, mas tão só promove a sua retirada dos resultados das pesquisas realizadas perante determinado provedor.

Por fim, cumpre salientar que a evolução concebida desde o direito a ser deixado só, até o denominado direito à autodeterminação informativa, salienta a doutrina, não constitui etapa estanque no desenvolvimento do direito fundamental à privacidade. Assim como é característica dos direitos humanos (ou fundamentais, quando internalizados em um ordenamento) a sua historicidade, também o direito à privacidade promove uma proteção camada a camada, baseado em momentos e critérios diferentes de proteção:

Estas definições não são mutualmente exclusivas, marcam uma inclusão progressiva de novos aspectos da liberdade num conceito ampliado de privacidade. As definições mais recentes não superam as anteriores, exatamente porque elas são baseadas em diferentes requisitos e operam em níveis diferentes (RODOTÀ, 2008, p. 15).

Em verdade, vislumbra-se a primeira etapa do direito à privacidade (direito de estar só) com muito maior aproximação dos direitos fundamentais de primeira geração. Ao passo que a camada que revela o direito à autodeterminação informativa torna-se próxima da atual exigência de prestações positivas pelo Estado, pelo que encaminha a segunda (ou ainda a terceira) geração de direitos fundamentais – direitos ligados à solidariedade, à fraternidade e voltados ao progresso dos povos, incluindo o direito de comunicação, como etapa do

desenvolvimento humano. Como todo direito, contudo, por não ser absoluto, torna-se passível de controle. É o que será tratado no próximo capítulo.

3 PRIVACIDADE COMO DIREITO DE LIBERDADE E AS RESTRIÇÕES FUNDAMENTADAS PELO VÍNCULO JURÍDICO

3.1 A PRIVACIDADE QUE DERIVA DA LIBERDADE

Ao buscar a estrutura da privacidade, o objetivo é saber sua origem, seu fundamento para, com base neles, compreender as possibilidades de sua delimitação. É pela essência de um instituto que é possível descobrir os melhores caminhos para entendê-lo, encorajá-lo ou detê-lo. O fundamento da privacidade na liberdade tanto é jurídico – ou seja, é possível desenvolver-se a partir do tronco comum desse direito –, quanto é filosófico e político, como decorrência da doutrina do liberalismo (não o econômico, mas o político, para os que o diferenciam). A liberdade que é apreciada pelos julgadores advém da mesma liberdade que garante a sua privacidade.

Sob o aspecto jurídico, o vocábulo referente ao direito poderá abranger a noção sobre *os direitos de liberdade*, com grafia no plural – correspondendo às liberdades públicas, ou seja, direitos e garantias individuais e políticos clássicos⁶⁶ – bem como *o direito de liberdade*, escrito no singular, como processo de especificação que é da própria liberdade, em si, como direito (como será visto dentro de pouco). Assim, este tópico poderia ser denominado de *privacidade como liberdade* ou *como um dos direitos de liberdade*⁶⁷, que igualmente apresentaria correção, sendo, porém, que a segunda é a que melhor corresponde ao real intento. Em quaisquer dos casos, a construção refere-se à primeira dimensão de direitos fundamentais, a qual, tal como comporta o presente foco e a doutrina, apresenta um intento de ressalva, assim como todo direito, porque não é absoluto.

Observando alguns textos na doutrina – principalmente os que não são devotados à privacidade como tema específico –, é viável notar que alguns deles arranjam a liberdade predisposta separadamente da privacidade, de modo que aquela comportaria demonstrações como liberdades de pensamento, econômica e social (livre iniciativa, liberdade de cátedra, e.g.), de expressão, assim como liberdade em seu sentido mais estrito, referente à livre

⁶⁶“Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta” (MORAES, 2018, p. 63).

⁶⁷ O conteúdo da privacidade como um dos direitos de defesa – intimamente ligado aos direitos de primeira geração, embora não só à privacidade – é uma construção aqui escida por Paulo Gustavo Gonet Branco, ao mencionar a função de defesa dos direitos fundamentais, que atuam em posição inibitória à interferência do Estado na esfera da liberdade dos indivíduos (cita ele, como normas de competência negativa para os Poderes Públicos). De tal forma, “[...] em face do direito de privacidade, o Estado não pode divulgar certos dados pessoais dos seus cidadãos. O direito de defesa, neste passo, ganha forma de direito à não-afetação dos bens protegidos” (BRANCO, 2009, p. 290).

locomoção e circulação da pessoa. A privacidade, porém, no modo tal como estruturada nesses autores, ficará afeta a outro rol dos direitos de liberdade (grafados no plural), mas não à liberdade propriamente dita. Em tal caso, a esfera privada comportar-se relacionada à inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem. É como se posiciona a doutrina de José Afonso da Silva (2005, pp.231-232), por exemplo. Para o Silva (2005, p.206), mais do que isso, a privacidade está conexas ao direito à vida.

Deve-se também considerar que algumas obras relacionam o direito à privacidade com a dignidade da pessoa humana,^{68,69} o que não deve ser compreendido como absolutamente equivocado, mas que não revela sua verdadeira natureza. Há aqueles, tal como visto no capítulo anterior, que já relacionaram a privacidade com a propriedade, sendo certo que se trata mais de um argumento histórico do que uma realidade do estudo desse direito.

Sendo o sentido atual da privacidade o de autodeterminar-se informativamente – nota de condução no final do último e no atual século –, torna-se patente a estreiteza entre àquela e a liberdade, mais do que com qualquer outro direito. Ainda que o conteúdo de posse de provedores de dados possa ser indiferente ao indivíduo ou até mesmo ajudá-lo na própria existência (banco de dados de histórico de crimes ou de doenças, para fins de ressocialização ou melhor qualidade do tratamento), se não houver previsão legal para a manutenção de tais informações (e conformação constitucional, para o caso concreto, certamente), há o direito de exigir sua remoção. No atual patamar do direito à privacidade, expressa na liberdade informativa, o sujeito é livre, inclusive para ter menor acesso às prometidas facilidades, desde que elas não consistam em dever legal a todos atribuído: pense naquele que não deseja ter um computador ou celular a trafegar dados e, para tanto, será livre, com todos os percalços que isso envolva (cada vez mais, uma utopia).

⁶⁸ A construção da dignidade na privacidade, aparentemente, é como também se posiciona Gilberto Haddad Jabur, no texto *A dignidade e o rompimento da privacidade* (JABUR, 2005, p. 85).

⁶⁹ Por outro lado, compreendendo inserido o direito à proteção dos dados pessoais diretamente na categoria jurídica dos direitos da personalidade, salienta Bruno Ricardo Bioni, ao estabelecer base histórica do último no Direito grego, o qual, diferentemente de outros sistemas jurídicos antigos, diferenciava a tutela física (da liberdade) da tutela moral, e.g., a honra. Lembra ainda o autor que a Constituição alemã de 1949 previu o direito à personalidade ao lado do princípio da dignidade humana. É tal como afirma: “daí por que os direitos da personalidade fazem parte de uma cláusula geral de proteção de tutela e promoção da pessoa humana ou de um sistema geral de tutela à pessoa humana, cuja consequência principal é a sua elasticidade. Os direitos da personalidade são uma ‘noção inacabada’ que deve ser ‘cultivada’, especialmente frente ao abordado manancial de dados produzidos pelas pessoas na sociedade da informação” (BIONI, 2019, p. 58-59). Portanto, tal como compreendemos ser da linha do autor, o direito à privacidade decorre diretamente, do direito à personalidade (sendo este, por sua vez, uma manifestação da dignidade da pessoa humana). A última conclusão já não é nova em nosso Direito, tal como traz o Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art.1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação” (BRASIL, 2006).

A visão da privacidade na liberdade, outrossim, é evolutiva do instituto e não só moderna. A essência do direito de estar só – embora assim não tenham ponderado Warren e Brandeis – é a liberdade para querer ficar só. O âmbito da propriedade, certamente, é só uma expressão colateral, pois é na propriedade do indivíduo que, com maior razão, o desejo de solidão não coincidirá com o de outra pessoa, de ocupar o mesmo lugar. Seja dado o exemplo de uma praia usualmente vazia, um bem de uso comum: embora exista privacidade, no sentido da não importunação indevida, não se poderá exigir solidão completa, material: violaria a nota da propriedade, que dá ao bem um alargado uso por todos. Quanto ao argumento da liberdade na dignidade, vê-se não como o pilar, mas como o reforço argumentativo que obterá seu brilho quando discutida a restrição da privacidade: no momento da defesa, as melhores barreiras ficam justapostas.

Nessa linha, deve-se notar a presença de autores e de obras que conotam a direção e o alcance que também pretendemos expressar, da privacidade encontrando base da liberdade. Não só dentro da construção de uma doutrina jurídica, como também política da liberdade.

Laura Schertel Mendes, em sua publicação de 2008,⁷⁰ já se extrai o sentido aqui proposto⁷¹, ainda que também flerte com a igualdade (há um medo cada vez mais crescente na doutrina de que a coleta de dados possibilite o controle antidemocrático de minorias). Em tais termos:

[...] nesse sentido, entende-se fundamental a compreensão da disciplina de proteção de dados pessoais como meio, principalmente, de tutela da liberdade e da igualdade [...], a tutela da privacidade foi associada historicamente ao princípio da liberdade e à autonomia individual, como o controle do indivíduo sobre as suas próprias informações (MENDES, 2008, p. 28).

Pela óptica da autora, também é certo notar que a autonomia informativa, típica das novas gerações de normas de proteção de dados, empresta uma significativa melhora dessa visão, retomando (e assim consideramos) o original fundamento da privacidade em liberdade. Tem-se está posta na ideia de autodeterminação informativa.

No âmbito da doutrina espanhola, a inter-relação entre privacidade e liberdade é patente na obra de Carrillo (2016, p.15), que reconhece aquela como “um direito de personalidade cujo reconhecimento constitucional pode manifestar a importância do privado

⁷⁰ Notadamente, sua dissertação de mestrado.

⁷¹Contudo, na obra seguinte, de 2014, observamos com menor proporção o vínculo que ela propõe entre privacidade e liberdade, tanto que suprimido o tópico *Para além da privacidade: a proteção de dados pessoais entre liberdade e igualdade*, que fazia parte de sua dissertação.

como garantia de liberdade pessoal”⁷². Ainda prossegue o autor no sentido de que “o bem jurídico protegido é a capacidade de autodeterminação pessoal nas manifestações da vida privada que devem ser protegidas contra interferências externas” (CARRILLO, 2016, p. 15)⁷³.

A privacidade extraída da liberdade é uma construção que também se encontra em Stanley I. Benn (1990), em *A Theory of Freedom*, tanto pela face de uma teoria argumentativa das restrições à liberdade, no capítulo XIII, ao constatar que o autor indivíduo não é apenas um objeto da percepção de outros (a privacidade em liberdade), quanto posteriormente no capítulo XIV, ao entabular as várias expressões da privacidade que se extraem, ao lermos o autor, de um desenvolvimento da liberdade.⁷⁴

Mesmo considerada a leva de autores que relacionam a privacidade com a dignidade, também é correto expor que até mesmo a dignidade humana advém do sentido mais essencial de o indivíduo ser livre.

Nesse sentido, torna-se válido equacionar uma questão prática entre os dois institutos (privacidade e dignidade): é possível que uma mitigação à privacidade não envolva afronta à dignidade, como ocorre com os recrutas em quartéis ou os doentes nos leitos coletivos de hospitais ou, ainda, nas ações voluntárias de confinamento televisionado.⁷⁵ Recebem como único incurso incômodo a observação constante: mitigando a privacidade, mas não necessariamente a dignidade (tampouco, nas hipóteses que são voluntárias, a liberdade: eis que está ali por querer estar).

Por outra via, pode ser vulnerada a dignidade, ainda que permaneça incólume a privacidade. Tome-se o exemplo usualmente dado pela doutrina, com as adequações necessárias para sopesar os dois institutos: no emblemático caso do lançamento de anões

⁷²“un derecho de la personalidad cuyo reconocimiento constitucional pone de manifiesto la importancia de lo privado como garantía de la libertad personal”.

⁷³ “El bien jurídico protegido es la capacidad de autodeterminación personal sobre aquellas manifestaciones de la vida privada que han de quedar al abrigo de la intromisión ajena”.

⁷⁴ A relação entre os dois direitos – e mais do que isso, compreendemos, a continência de um no outro – é encontrado na citada obra de Benn (1990, p.241) em mais de um momento: é como executa ao propor uma linha argumentativa entre a liberdade de agir e as ações que invadem a privacidade, cabendo o ônus argumentativo da razão por assim proceder, ao contrário da regra geral, sempre ao invasor deste direito. Por exemplo, se alguém se põe a observar o mar, caberá a terceiro que deseje questioná-lo do motivo ou detê-lo expor por qual razão o faz. Ao contrário, se alguém se põe a observar deliberadamente a vida de outrem, devassando-lhe a privacidade, o ônus argumentativo (justificação) se inverte, cabendo ao invasor o dever de justificar. Outrossim, a relação entre a privacidade e o liberalismo político é feita ao expressar o entendimento de uma privacidade que desassocia o interesse público e o privado é a que se faz consonante com a adequada compreensão do liberalismo – ao passo que “os totalitários afirmam que tudo o que uma pessoa é e faz tem significado para a sociedade em geral” (BENN, 1990, p. 268). No original: “the totalitarians claims that everything a person is and does has significance for the society at large”.

⁷⁵Nos programas televisivos (*reality show*) em que, apesar de filmados ininterruptamente, os participantes não ficam expostos a situações de insultos, de danos ou de atos vexatórios. Da mesma forma, o único incômodo é a própria mitigação da privacidade, por ato voluntário: há uma exposição do indivíduo perante milhões, por via consensual. Sua dignidade, contudo, não se faz (como regra) abalada.

sobre pilhas de colchões, na França,⁷⁶ prática adotada em alguns bares franceses de outrora e refutada pelos Tribunais (ressalte-se, exercício consensual e que constituía forma de renda dessa parcela de indivíduos), pois ofensivo à dignidade da pessoa humana. Pouco importa se o evento era assistido por alguns poucos (pressupondo a audiência consensualmente aprovada), por ninguém ou por muitos (e.g., se o lançamento fosse mundialmente televisionado). Não se vislumbra o foco do problema na privacidade, mas sim na dignidade humana. A liberdade dos indivíduos, embora suscitada pelos próprios anões (que viam nisso um justo e regular labor), pelas Cortes não foi aquiescida, uma vez que a dignidade não admite renúncia, é indisponível. A liberdade existia (os anões voluntariamente anuíam o lançamento, pela forma remunerada) e a presença de plateia era igualmente consentida.

Sobre o mesmo tema e aproveitando os citados exemplos, cabem ainda mais algumas construções. No caso do confinamento televisionado, se os participantes desejarem findar sua exposição (firmada por força de contrato), mas forem desautorizados, mostra-se claro que *não* estarão livres para decidir o resgate à sua privacidade: os dois direitos estarão violados (privacidade e liberdade), posto que aquele encontra alicerce neste. Por uma causalidade, a mitigação não é sempre recíproca: se o consentimento mitiga validamente a privacidade, nisso o sujeito é livre; se pela falta de liberdade, não há privacidade, os dois direitos perecem.⁷⁷

Assim, não há como lesar a privacidade sem que não se atinja a liberdade. Pode ser ofendida a dignidade, porém permanecendo aquela incólume (e.g., o caso dos anões).^{78,79}

⁷⁶ “Outro conhecido exemplo no Direito Comparado envolveu o espetáculo do lançamento de anões (lancer de nain), que foi proibido na França por decisão proferida pelo prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge, posteriormente mantida pelo Conselho de Estado do país. Tratava-se de atração numa boate em que um anão, com equipamentos de proteção, era arremessado por pessoas sobre um colchão de ar para simples ‘divertimento’ do público. Manuel Wackenheim – o portador de nanismo – impugnou a decisão administrativa e, após a derrota no âmbito interno francês, levou o caso até a Comissão de Direitos Humanos da ONU, mais uma vez sem sucesso. Wackenheim alegava que o trabalho era muito importante para ele, não só pela renda que auferia, que lhe permitia prover com dignidade a própria subsistência – em contexto de desemprego que vitimava os anões franceses em geral –, como também por lhe proporcionar a possibilidade de fazer amigos e de levar uma rica vida social, que depois ele perdera. Seus argumentos, porém, não prevaleceram.” (SARMENTO, 2016, pp. 183-184).

⁷⁷ No mesmo evento televisivo (*reality show*), porém, pode ser que os participantes decidam a submissão a provas extremas (insalubres, indignas, vexatórias), com proposta de prêmios maiores no programa: o farão por serem livres, na mesma anuência que existia quanto à privacidade, mas estará violada a dignidade humana e poderá o Estado intervir. No caso dos anões, quer o arremesso fosse executado em cabines individuais dos bares, sem apreensão de nenhuma pessoa, quer televisionado em escala global (por ato voluntário dos participantes), a privacidade teria sido consensualmente mitigada, mas a dignidade, em todo caso, mortalmente atingida.

⁷⁸ Um interessante ponto de vista pode ser encontrado em texto de Paulo Restiffe Neto, que relaciona a privacidade com a liberdade, mas considera esta como uma liberdade digna, ou seja, adornada com a dignidade da pessoa humana (RESTIFFE NETO, 2005, p. 40).

⁷⁹ A questão da vontade, aliás, é o ponto mais emblemático desse caso concreto de arremesso de anão, citado sempre por toda a doutrina que pretende analisá-lo. No precedente, aliás, afirma Barroso (2014, p.92) que a privacidade foi um dos argumentos levados a cabo pelo indivíduo portador de nanismo para, sem sucesso, buscar a decisão que permitisse o retorno ao evento de arremesso. Portanto, privacidade e dignidade foram postos em lados opostos: “interessante observar que o próprio anão se opôs à proibição em todas as instâncias e levou o

Celso Lafer, em *Ensaio sobre a liberdade*, recorda uma diferença entre a liberdade dos antigos e a dos modernos, sendo aquela calcada no sentido ateniense de distribuição do poder dentre os cidadãos que participam da elaboração das leis, na teoria das formas de governo e de igualdade e na justificação da democracia. Ou seja, “é a liberdade do cidadão e não a do homem enquanto homem” (LAFER, 2019, p. 17): é como suscita aquele autor, retomando a liberdade antiga, a liberdade positiva de Isaiah Berlin. A liberdade moderna, por sua vez, é exatamente aquilo que atualmente compreendido no seu sentido de não impedimento, de limitação da interferência estatal na vida individual. É a liberdade negativa que, em situações de limitação consensual da privacidade, pode ser invocada a qualquer instante, revogando o consentimento.

A referida segunda concepção de liberdade é aquela que melhor se acerta com o sentido que se pretende adotar para o fundamento da privacidade. Considerado, portanto, que o tronco base do direito à privacidade advém da liberdade, a dignidade humana funciona como argumento adicional, para os momentos de controle, quando o tema não se resolve – pelo bem do Estado e da sociedade – apenas no primeiro direito.

Contudo, ainda buscando um fundamento para a *privacy*, com a evolução tecnológica e com os meios de desenvolvimento da democracia em rede, é inviável ignorar que a liberdade positiva também se enlaça modernamente com o fundamento da privacidade. Basta recordar o incidente das eleições norte-americanas (e o envolvimento da *Cambridge Analytica*) e o quanto a coleta de dados pode gerar conteúdo específico em campanha política, atento ao perfil de cada eleitor. A falta de privacidade altera os rumos de uma democracia e, em meio a ela, a própria liberdade.⁸⁰ Ou seja, o sentido da privacidade abarca os dois lados da diferença entre o *por quem sou governado* (liberdade positiva) e o *quanto sou governado* (liberdade negativa), mencionados em Lafer (2019).⁸¹

caso até a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, alegando que a França havia cometido uma discriminação e violado o seu 'direito à liberdade, emprego, privacidade e a um padrão de vida adequado'. A Comissão, contudo, decidiu que a proibição 'não constituía uma medida abusiva' e que ela era necessária para proteger a ordem pública e a dignidade humana. Essa decisão, todavia, tem sido mundialmente criticada com base no argumento de que a dignidade como autonomia deveria ter orientado o resultado do caso fazendo prevalecer a vontade do anão”.

⁸⁰ A correlação na obra de Berlin e os riscos que a liberdade positiva desponta sobre a negativa (e dentre ela, salientamos, a privacidade), aliás, é bem realizada no texto Isaiah Berlin: afirmação e limitação da liberdade: “A inspiração constantiana de Berlin parece nítida e deixa pouco lugar a dúvidas. Se a liberdade negativa representa um conjunto de direitos destinados principalmente a proteger aspectos da privacidade e da individualidade, a liberdade positiva representa a esfera política coletiva, as ondas que podem ameaçar as barreiras ‘negativas’ dentro das quais está a individualidade protegida” (CASARIN, 2008, p. 291).

⁸¹ Podemos resgatar essa dupla expressão da privacidade, em seu sentido liberal, também dentre as formas de autonomia de José Guilherme Merquior, quando referente à liberdade de intitlamento (as demais são a liberdade política, a liberdade de consciência e a liberdade de autorrealização). Para ele, a autonomia (em forma ampla) atém-se ao sentido de estar livre de coerção, de modo que o curso das nossas escolhas não seja imposto

Essa conceituação da privacidade sobre a liberdade é especialmente valiosa ao fundamentar uma teoria de restrição, principalmente quando esta se mostra galgada nas *teorias de relações de sujeição especial*, uma teorização determinada pelo vínculo. Nota-se que essa teorização, como teremos momento melhor para expor, nasceu no reconhecimento de esferas internas ao Estado (classes ligadas ao Rei ou com expressão *interna corporis*) em que se estabeleciam diferenças dos regimes ordinários aplicados aos demais cidadãos (reconhecido na esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado, como um *muro jurídico*⁸², que protege as relações entre ambos). O caminho pelo qual se fundam as restrições galgadas pelas relações de sujeição especial é o da liberdade (e não outro direito) e houve nisso uma arrojada vantagem argumentativa. Justificações outras, como a dignidade, servem como uma cerca para conter⁸³ os excessos que poderiam ser gerados pelo uso não comedido da doutrina sobre tais relações, mas não as fundamentam na essência.

É, portanto, na doutrina do liberalismo político e no direito de liberdade que se extrai o principal fundamento da privacidade. Afinal, “a estipulação de uma área de individualidade e de privacidade apresenta-se como uma valiosa conquista liberal” (CASARIN, 2008, p. 284).

pela escolha alheia. Porém, de modo mais específico, a liberdade como intitlamento é a que impede a interferência arbitrária na esfera jurídica do indivíduo: “é precisamente desse tipo de liberdade que qualquer indivíduo moderno espera fluir quando exerce papéis sociais protegidos pela lei e pelo costume” (MERQUIOR, 2014, p. 47). Essa interferência arbitrária nitidamente é apta a apor aderência aos fundamentos da *privacy*. Ainda que o autor inicialmente referencie a liberdade de intitlamento em um fundamento de dignidade, toda a sua construção é feita dentro de uma doutrina do liberalismo. A liberdade política haverá ao lado da liberdade como intitlamento.

⁸²Uma expressão utilizada por Ricardo García Macho (em um dos, senão o principal tratado sobre o tema), ao tratar da transição do Estado absoluto ao Constitucional na Alemanha oitocentista, possibilitando uma estrutura de dualidade entre Monarca e Parlamento, uma das bases das relações de sujeição especial: “La consolidación de la burguesía como clase social tiene como efecto la creciente separación entre Estado y sociedad y el desarrollo de un Derecho privado frente al público. Asimismo hay una pretensión de que las relaciones sociopolíticas sean regidas por el Derecho y los principios de justicia; en definitiva, se sitúa en un primer plano la idea del Estado de Derecho. Se pretende en aquellos momentos, en los que se está produciendo el paso del Estado absoluto al constitucional, como objetivo más importante, el reconocimiento de una esfera en la que el individuo tenga libertad frente al Estado [...] En este contexto, el Derecho regula las relaciones entre Estado y ciudadano, de tal forma que la sociedad está protegida frente al Estado por un muro jurídico” (MACHO, 1992, pp. 29-30).

⁸³ Há uma expressão que é usada em referência aos limites da conformação do legislador. Jane Reis Gonçalves Pereira salienta: “De fato, se a razão de ser dos catálogos de direitos fundamentais é assegurar a inviolabilidade de aspectos essenciais da dignidade humana, não há como admitir que sua limitação venha a importar em desrespeito à Constituição. Nessa perspectiva, a atividade de conformação dos direitos fundamentais operada pelo legislador também está sujeita a limitações, que a doutrina convencionou chamar de limites dos limites” (PEREIRA, 2006, p. 135).

3.2 A CONFORMAÇÃO DA PRIVACIDADE DENTRE VALORES LIBERAIS DO ESTADO

3.2.1 O liberalismo político e a liberdade como alicerce dos demais direitos

Toda a construção liberal do ocidente está fortemente galgada em valores individuais e na proteção de direitos de igual natureza. A privacidade, em sua configuração atual, assim como o respeito à vida íntima, no passado, é um dos componentes que integram esse véu protetivo que se faz afiançado pelo Estado, dentre valores (no sentido semântico, e não no jurídico de um grau acima de princípios, como a eles se referem parcela da doutrina) que, teorizados anteriormente a ela, foram realçados na Revolução Francesa.

É um comando de proteção de direitos que, nas atuais etapas do constitucionalismo, faz referência à primeira dimensão dos direitos fundamentais: ao mencionar os limites da proteção do espaço que é privado, há uma inegável remissão ao conhecimento da liberdade, a qual, por sua vez, nos traça uma nota de vinculação ao liberalismo político, corrente de pensamento que afirmou a liberdade humana e salientou para os perigos do estado natural.⁸⁴ No que importa para a linha tomada nesta obra é que havia algo inerente à própria condição humana: a vida, a *liberdade* (e depois dela, também a *privacidade*).

Essa teoria salientou para os riscos das relações humanas, sem a figura de um *garantidor*, que seria o Estado.⁸⁵ O que há de comum nos contratualistas é uma visão útil do

⁸⁴ É trabalhando sob a óptica da justificação para o Estado liberal, aliás, que Bobbio, em outra de suas obras (*Liberalismo e Democracia*) preceitua: “O pressuposto filosófico do Estado liberal, entendido como um Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola de direito natural (ou jusnaturalismo): a doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indistintamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua vontade, muito menos a vontade de poucos ou um, alguns direitos fundamentais, como o direito à vida, liberdade, segurança, felicidade, que o Estado, ou mais especificamente aqueles que em um determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer força para obter obediência a seus mandatos, devem respeitar não os invadindo e garantindo-lhes contra qualquer possível intervenção de outros” (BOBBIO, 2008, p. 11, tradução nossa). No original: “El presupuesto filosófico del Estado liberal, entendido como Estado limitado en contraposición al Estado absoluto, es la doctrina de los derechos del hombre elaborada por la escuela del derecho natural (o iusnaturalismo) : la doctrina, de acuerdo con la cual el hombre, todos los hombres indistintamente, tienen por naturaleza, y por tanto sin importar su voluntad, mucho menos la voluntad de unos cuantos o de uno solo, algunos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la felicidad, que el Estado, o más concretamente aquellos que en un determinado momento histórico detentan el poder legítimo de ejercer la fuerza para obtener la obediencia a sus mandatos, deben respetar no invadiéndolos y garantizarlos frente a cualquier intervención posible por parte de los demás”.

⁸⁵ Em diversos liberais, como Friedman (porém, devotados mais ao aspecto econômico do que, propriamente, ao político), um algo de ruim haveria encontrado no estado natural, propenso a violar a liberdade, e por consequência dela, os demais direitos: “a situação típica da humanidade é de tirania, servidão, miséria” (FRIEDMAN, 2019, p. 12).

Estado⁸⁶ como o veículo que permite ao homem tais liberdades, estabelecida por meio do primado da lei. É o mesmo Estado que, hoje, atuando em políticas públicas, tutela a privacidade.

Para compor a liberdade como essência, deve-se compreendê-la dentro da sociedade política, firmada pelo pacto social ou, de uma forma mais ampla, por regras de Direito. Por esse observar (de Locke a Friedman; do Clássico ao liberalismo contemporâneo), tal sociedade só existe com a submissão à lei, elemento indispensável à própria configuração da liberdade. A lei seria o melhor dos governantes dos homens, afinal,

[...] a finalidade da lei não é abolir ou restringir, mas conservar e ampliar a liberdade, pois, em todas os estados de seres criados capazes de lei, onde não há lei, não há liberdade. A liberdade consiste em estar livre de restrições e de violência por parte dos outros, o que não pode existir onde não existe lei (LOCKE, 1998, p. 431).

É uma visão assumida também em uma linha também mais recente do liberalismo – mais recente ainda que a de Friedman, que, na classificação de Merquior (2014, p. 259), extrai-se como um liberalismo renascido –, na qual Norberto Bobbio também dedica diversos momentos à liberdade. Em sua obra, valemo-nos de dois textos: *A Era do Direito*, em que institui diferentes contribuições para os direitos de liberdade e sociais; e *Liberalismo e Democracia*, que debate de forma mais dedicada algumas confluências do liberalismo político, demonstrando a existência de diversas formas de liberalismo e adentrando em questões sobre a liberdade. Na primeira delas, em uma atribuição a Kant e a Rousseau, tomando para si o pano de fundo:

Quando Kant define a liberdade numa passagem da Paz perpétua, define-a do seguinte modo: ‘a liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer a leis externas às quais pude dar o meu assentimento’. Nessa definição, era claríssima a inspiração de Rousseau, que definira a liberdade como ‘a obediência à lei que nós mesmos nos prescrevemos (BOBBIO, 2004, p. 80).

Essa guarnição da (e os riscos para a) liberdade – que havia em Locke – também é identificado em outros autores. Na já citada obra de Milton Friedman (*Capitalismo e Liberdade*), que também aglutina na linha do pensamento liberal político com a economia,⁸⁷ o

⁸⁶ É o que também se vê em Thomas Paine (na obra *Senso Comum*), na visão do Estado como um mal necessário, comparável ao haver vestimentas, posto que só as vestimos por termos perdido a pureza: há na segurança (e salientamos, nisso, uma liberdade) o verdadeiro propósito e fim do governo, de maneira que o Estado existe porque os homens são maus; se os homens fossem bons, não precisaria haver Estado (PAINE, 2012, pp. 27-28).

⁸⁷ Para Friedman: “As organizações econômicas desempenham um papel duplo na promoção da sociedade livre. Primeiro, como componente da liberdade em sentido amplo, a liberdade econômica é fim em si mesma. Segundo, a liberdade econômica também é meio indispensável para a consecução da liberdade política [...]. Vista

autor dedicou especial atenção à liberdade e a estabeleceu como um objeto de cuidados: “A liberdade é uma planta rara e delicada” (FRIEDMAN, 2019, p. 7).

Também se insere neste tema (privacidade e, por consequência, suas restrições) a preocupação da doutrina política da exteriorização de um Estado como meio de garantia, o qual, contudo, deveria ser limitado, para que o que foi acautelado não se perdesse em seu próprio meio.⁸⁸

Assim, para esse liberalismo clássico e mesmo para o mais contemporâneo, liberdade é o alicerce estrutural de todos os demais direitos⁸⁹, tida na doutrina lockeana como *a base de todo o resto*. Em tais termos, “aquele que, no estado de natureza, subtrai a liberdade que cabe a qualquer um em tal estado deve necessariamente ser visto como imbuído da intenção de subtrair todo o resto, sendo tal liberdade o fundamento de todo o mais [...]” (LOCKE, 1998, p. 396).

Em virtude desse constructo do pensamento político estruturado na liberdade, é que a privacidade começa a ser estabelecida. Merquior, ao prescrever os diferentes tipos de autonomia, todas relacionadas à liberdade, classifica como última delas aquela que é inerente às esferas privadas. Dentre as quatro formas que explicita – a primeira, como não opressão; a

como meio para alcançar o fim da liberdade política, as organizações econômicas são importantes por causa de seus efeitos sobre a concentração ou a dispersão do poder. O tipo de organização econômica que oferece diretamente liberdade econômica, a saber, o capitalismo competitivo, também promove a liberdade política ao segregar poder econômico e poder político, e, dessa maneira, permitir que um compense o outro” (FRIEDMAN, 2019, pp.10-11).

⁸⁸ É uma preocupação, aliás – o Estado como garantidor da liberdade, mas que não deveria ofuscá-la, rompendo o pacto –, encontrada também em Locke, o qual inclusive defendia a retomada do poder pelos indivíduos integrantes do pacto, em determinadas condições. Nota-se também em Friedman a sempre presente preocupação de que o Estado se torne o próprio violador: “como evitar que o governo se transforme em Frankenstein, que destruirá a própria liberdade com que o constituímos, no intuito de proteger-nos?” (FRIEDMAN, 2019, p. 2).

⁸⁹O tema permite ainda o passar por outros autores do liberalismo político: Rousseau e a ideia de que a liberdade total levaria à anarquia e ao caos; e a de que a autoridade absoluta levaria ao arbítrio, devendo, desse modo, estabelecer uma equação intermediária entre poder e liberdade; Montesquieu, e a visão de que só há liberdade com respeito à lei, moderação, ausência de um poder ilimitado. Tratando sob as formas da liberdade – também por um autor do liberalismo –, encaminhamo-nos inevitavelmente a Isaiah Berlin, no seu trabalho sob a liberdade positiva e negativa. Dentro do seu conceito sobre liberdade, Berlin questiona a razão da obediência e a relaciona ao “que é normativo em noções como autoridade, soberania, liberdade e a justificação de sua validade em argumentos políticos” (Berlin, 2002, p.105). Para ele, há duas liberdades: a positiva, de poder governar-se, uma habilidade de gerir sua própria conformação de vida. É, em significação, uma *liberdade para*; e a liberdade negativa (*liberdade de*), como forma de resguardo às interferências externas, de liberar-se do que é excessivo no Estado. É de se frisar a existência de um livro chamado *Freedom And Its Betrayal: Six Enemies Of Human Liberty*, traduzido no Brasil como *Isaiah Berlin, Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade*. Um dos pontos interessantes é revelar a equação necessária entre autoridade e liberdade: por exemplo, Berlin (2005, p.13 e pp.60-61) menciona a existência de um paradoxo na liberdade individual em Rousseau, visto que este, de tanto querer defendê-la, acabou por limitá-la. Com razão, cabe retomar a forma como Rousseau fecha o Livro I da obra, asseverando que o indivíduo que se recusar a obedecer à vontade geral, será por todo o corpo social forçado a fazê-lo, de uma forma que “apenas será forçado a ser livre” (ROUSSEAU, 1999, p. 25), pois vê no contrato um veículo máximo da liberdade, ainda que compulsória. O mesmo raciocínio pode ser tomado quanto à privacidade, eis que o caminho natural é seu cada vez menor apequenamento (ou, ao menos, a tentativa direcionada a tanto), com o argumento (perigoso) de defender a sociedade, o Estado ou a própria liberdade. Nesse sentido, vide o já mencionado texto de Losano (2018).

segunda, como liberdade de participar nos negócios da comunidade; a terceira, liberdade de crença –, tem-se na quarta a liberdade como “materialização da aspiração de que temos de viver como nos apraz” (MERQUIOR, 2014, p. 48), dita por ele como *liberdade de realização pessoal*. É esta que o próprio autor classifica como “construída com base em uma ampla privacidade” (MERQUIOR, 2014, p. 49).

É nesse sentido que começamos a relacionar privacidade e liberdade, não como direitos paralelos, mas como *a dimensão privada (uma decorrência) da liberdade*.

Tem-se a compreensão exposta neste momento, que observa a liberdade como o elemento de fundação de tudo mais que diga respeito aos próprios direitos humanos. Ao ser argumentado que uma das expressões da dignidade está na autonomia⁹⁰, deve-se ponderar que, sob uma concepção histórica de direitos, está só era concedida a indivíduos livres.⁹¹ Contudo, com os episódios que marcaram o século XX, tem-se nela um elemento norteador de todos os sistemas de Direito, de conteúdo não só jurídico, como também ético, traduzindo-se a dignidade como uma concepção universal e abstrata, aplicando-se de modo uniforme a toda e qualquer pessoa, indistintamente (do ofensor ao ofendido, do repleto em fé ao indiferente, do *nós* aos *outros*). Tal como antevisto, o direito é liberdade é base dos direitos e a dignidade constituiu-se como um importante elemento balizador, para o caso concreto.

3.2.2 Por um caminho de especificação da liberdade em privacidade

A interseção entre esses dois direitos, privacidade e liberdade (aqui, tomando o foco da construção política), também é encontrada nos escritos de John Stuart Mill, especialmente na obra homógrafa do direito que analisamos, *A liberdade*, ao relacioná-la com o *princípio* do dano (capítulo um) e sobre a exigência de limites em que o poder da autoridade poderá obrar sobre o indivíduo (capítulo quatro).

⁹⁰ Por exemplo, Luís Roberto Barroso, em artigo *Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*, recorda que o conceito moderno de dignidade (como valor intrínseco de cada ser humano) não pode ser atrelado ao seu significado histórico no direito romano (*dignitas hominis*), pois referente a posições políticas ou sociais daqueles que titularizavam determinadas posições públicas. A dignidade, no sentido atual, foi talhada com suporte na ideia de autonomia e pelo reconhecimento da liberdade e nos marcos históricos do iluminismo e do liberalismo (BARROSO, 2013, pp. 416-417). Assim, seguimos em nossa consideração da liberdade como elemento central dos direitos, inclusive da privacidade. No mesmo sentido (sobre dignidade e autonomia), Sarlet (2002, p.45), ao expor que: “assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforma esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)”.

⁹¹ Por exemplo, em outros momentos da história humana, em que o escravo era equiparado a uma coisa.

Pelo inicial aspecto citado em Mill (2017), no liberalismo, há que o Estado só interfere onde pode haver atuação danosa de outrem. Na ideia subsequente, por sua vez, ao questionar o limite da interferência da autoridade sobre a liberdade, pelo autor é tida a construção segundo a qual uma das essências do pacto social está em que as condutas esperadas do indivíduo que não ofendam direitos de outros; mas que, quando o resultado de suas ações ou omissões for lesivo único e exclusivamente a si, também teria nisso uma essência da liberdade, de modo que o Estado não deveria atuar.^{92,93} Essa liberdade em Mill, ponderamos, funciona como um status interno, íntimo, que mais se assenta sobre um sentido de privacidade, seja como uma “eliminação de condicionamentos externos” (RESTIFFE NETO, 2005, p. 41), seja quando vista a privacidade como “uma zona física e espiritual em que deitam vazão as manifestações cuja ciência alheia não interessa ao titular desse direito” (JABUR, 2005, p. 92).

Há no exemplo da privacidade (que aproveita essa expressão do liberalismo), aquele que, sem coação ou fraude, divulga seus documentos mais íntimos e depois se arrepende. Em regra – a menos que a divulgação labore em algum crime pelo qual possa ser responsável ou ofenda direitos civis de terceiros –, não terá uma resposta sancionatória do ordenamento se não a pena moral de suportar seu próprio dano.

Seguindo em traços finais o autor, a compreensão do tema se acentua no capítulo cinco, ao pretender Mill dispor sobre um nicho de condutas advindas da liberdade que, se exercidas em público, seriam lesivas a direitos, mas que seriam plenamente viáveis se realizadas no plano mais íntimo do indivíduo (no que ele chama de “infrações contra a decência”, sem, contudo, exemplificá-las). Em suma, também por ele, tal como compreendemos, extrai-se da liberdade o âmbito da privacidade. Na doutrina jurídica, aliás, é o pensamento de Mendes (2008, p. 28) e de Branco (2009, p. 290), alinham-se com o que aqui se prega.

Um dos caminhos mais seguros para essa *travessia* da liberdade para a privacidade (ainda que estabelecida dentro do mesmo direito à liberdade) é através do fenômeno da

⁹²“O que defendo é que os incômodos que estão estritamente associados ao juízo desfavorável dos outros são os únicos a que uma pessoa deve ser sujeita por aquela parte da sua conduta e caráter que dizem respeito ao seu próprio bem, mas que não afeta os interesses dos outros nas suas relações com ela. Atos danosos para outros requerem um tratamento inteiramente diferente. Abusar dos seus direitos; infligir-lhes qualquer dano ou perda não justificados pelos seus próprios direitos; agir com falsidade ou má-fé ao lidar com eles; aproveitar-se de modo mesquinho ou injusto de vantagens em relação a eles; e até abster-se egoisticamente de os defender contra danos — estes são objetos adequados de reprovação moral e, em casos graves, de retribuição e castigo” (MILL, 2017, p. 74).

⁹³Há nele a relevante pergunta: “Quanto da vida humana deve ser atribuído à individualidade, e quanto à sociedade? [...] À individualidade devia pertencer a parte da vida que diz principalmente respeito ao indivíduo; à sociedade, a parte que diz principalmente respeito à sociedade” (MILL, 2017, p. 72).

especificação, valiosamente estudado na mesma obra de Bobbio (2004), em *A Era dos Direitos*. Salienta o referido autor que, em razão da modernidade dos processos sociais, há uma determinação gradual não só dos direitos, como dos sujeitos que os titularizam. É um fenômeno que abrange os direitos indistintamente, mas que, para fins de nosso estudo, temos galgado no que chamamos de dimensão privada da liberdade. Ao tratar da especificação, em um dos exemplos desenvolvidos por ele, a preocupação com o direito dos idosos também tem razão em à sociedade tê-los cada vez mais longevos, como fruto das novas possibilidades da medicina e da ciência. Especifica-se, assim, o sujeito.

E em virtude dessa especificação, também surgiriam novos direitos, de características próprias, como fruto do desenvolvimento da já dita ciência. Especifica-se, assim, também o objeto.⁹⁴

A especificação do direito tutelado, nesse sentido, encaminha-nos para diferentes visões, que só são possíveis pelos novos olhares que se têm de mundo, propiciados também pela tecnologia: em um exemplo que nos permitimos, quanto mais próximo se achega o olhar de um tecido, melhor vemos os detalhes de sua malha; que será melhor ainda vista se aproximarmos dela uma lente que, quão mais poderosa quanto permita a ciência, mais nos encaminhará a particularidades dantes até irrelevantes para um olhar cru, descoberto. Ignorância (de ignorar) livra-nos das preocupações, que se esvaem quando o objeto é reconhecido.

A especificação da liberdade, em uma direção de privacidade, também passa pela constatação de que esta é de estudo autônomo muito mais crível do que o seria há dois ou três séculos. Há algumas centenas de anos, uma obra sobre a liberdade daria ao leitor um tímido espaço próprio e, em dimensões, bastante – mas talvez não suficientemente independente – para tratar da vida privada – como mais uma das expressões daquele direito, ainda não suficientemente desenvolvido.

⁹⁴ Um exemplo limítrofe de especificação ocorre ao especificarmos as próprias facetas do direito à privacidade. Compreendemos, contudo, que o especificar de um objeto ou sujeito apenas detém relevância caso daí se obtenha uma vantagem argumentativa ou de incremento de proteção. Fora disso, não se estará especificando, mas sim a criar tipologias. Uma questão interessante, porém, é trazida na obra do autor chileno Daniel Álvarez Valenzuela, *La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas*: para ele, o direito à inviolabilidade é autônomo e independente do direito à vida privada. Porém, com uma leitura atenta do autor, percebemos que retrata uma peculiaridade histórica do constitucionalismo chileno: a de que o direito de inviolabilidade de correspondências é muito mais antigo (desde a Carta de 1822) do que o direito à vida privada, presente a contar da Constituição de 1980: “un derecho que tiene una tradición de reconocimiento constitucional de más de doscientos años no puede derivar de otro que apenas tiene un poco más de tres décadas de existencia” (VALENZUELA, 2019, p. 66). Além disso, estabelece uma diferenciação topográfica, que denomina de formal (pois previstas em diversos artigos, tal como a nossa) e outra substancial, quando nota que o encontro entre os dois direitos apenas ocorre nas comunicações que são privadas. Contudo, ainda que o argumento histórico seja o maior forte, mas não afasta a especificação, visto que nada impede que uma faceta do direito se desenvolva mais do que outras, tendo em vista o fato social, a depender da forma como é valorado.

Tal desenvolvimento, aliás, em épocas pretéritas, não nos aparenta possuir plausível razão: privado (porém, nem tanto, como os ensinamentos em *A história da privacidade*) era o momento em que o indivíduo se recolhia em sua residência; mas não na igreja, pois era vigiado *por Deus* e por clérigos; tampouco no espaço comum do dia a dia, quando estava sob olhar atento, antes, do senhor do feudo, depois, do Estado nacional.

Um dos mais emblemáticos estudos (autônomos) sobre privacidade data dos anos finais de mil e oitocentos, por Warren e Brandeis. Antes, espaço próprio para o assunto desconhecemos, e cremos que não caberia. De toda forma, nisso se limitava a liberdade, no seu possível recolhimento.

Quando Warren e Brandeis desenvolveram uma das primeiras referências ao tema da privacidade (*right to privacy*) e de sua principal expressão (*the right to be let alone*), a sociedade estava no século XIX, tempo em que as ameaças à privacidades só havia em ouvidos e olhos: bastava cerrar as janelas para ter o recolhimento absoluto, de modo que aquilo que não fosse sabido, sequer seria propagado. Hoje, na evolução dos sistemas eletrônicos e com uma versão digital da própria vida privada, a tutela da privacidade traz elementos a mais, igualmente intensos em dificuldade. Há um claro sinal de especificação, a que se referiu Bobbio. Dentro do próprio conceito de privacidade, há especificação, como também evolução do direito especificado, ou seja, no nosso estudo, aquilo que ao longo do tempo entendeu-se por privacidade (como será visto em momento próprio, dentro da evolução do conceito).

Assim, pela lógica de Bobbio (2004, p.71), no que nos interessa, tem-se nesse fenômeno da especificação o perceber de que a esfera dos direitos da liberdade foi se modificando e se ampliando, com adesão de novas possibilidades decorrentes na inovação tecnológica. Houve a especificação, dentre outros direitos, em privacidade. Inclusive, uma das próprias transformações trazidas pelo autor para abordar o instituto e outorgar exemplo de especificação diz respeito à “tutela da privacidade, diante do aumento da capacidade dos poderes públicos de memorizar nos próprios arquivos os dados privados da vida de cada pessoa” (BOBBIO, 2004, p. 59).

Com isso, a especificação, em Bobbio, cuidou de fenômeno que decorreu não só da possibilidade de determinar o que eram expressões genéricas de liberdade em liberdades singulares e concretas (de associação, de imprensa, de consciência, de opinião e, salientamos nós, por que não de privacidade), como também de especificar os próprios atores: não mais apenas humano genérico, mas as suas mais diversas acepções: o idoso, o enfermo, a criança

(exemplos encontrados nele) e, como queremos nós, os diversos agentes que se põem sujeitos à tutela da privacidade no seio do Estado.⁹⁵

Há, pois – ainda que assim não classifique o autor –, uma especificação objetiva (referente a direitos) e outra subjetiva (relativa a seus titulares). Esse processo deu nascimento à proteção da privacidade, como cremos, como decorrência de uma tutela geral para outra específica, também detentora de particularidades quanto aos diversos direitos e sujeitos que abrange. É a privacidade, em suma, tal como assentimos, uma decorrência da liberdade.

Essa especificação, salientamos, não se faz como produto exclusivo da obra de Bobbio, mas sim como uma nomenclatura adotada por ele, em conjunto da apurada percepção quanto à evolução do Direito perante o fato social valorado. Por exemplo, mesmo em Mill ou Merquior, a existência de zonas *especiais* de liberdade (onde é preferível o Estado não adentrar) ou formas de autonomia, por si revelam um modo de especificação.

Em John Stuart Mill, por exemplo, tal essência de *não atuar* do Estado (ou de terceiros) nas esferas do indivíduo, quando de suas condutas não haja ofensa a interesses de qualquer pessoa, só dele próprio, é inegavelmente uma dimensão mais particularizada dentro de um estudo amplo da liberdade – que, inclusive, dá título à própria obra do autor.⁹⁶ Há uma nota destacada de uma esfera privada, que advém de um algo ínsito ao indivíduo e tão menos tocável: “Precisa-se de um grande aumento de esforço desinteressado para promover o bem dos outros, e não de qualquer diminuição” (MILL, 2017, p. 72), naquilo que seria justamente uma entrada indevida da esfera privada.

95 Aproveitando o rol devotado pelo autor e o trazendo para a proteção de dados, a legislação hoje vigente, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), igualmente dispõe de proteções específicas para dados de crianças (art. 14), idosos (art. 55-J, XIX), também nela abrangidos os enfermos (art. 5º, II; art. 11, §§ 4º e 5º).

96 “Não é meramente nominal a distinção entre a falta de consideração em que uma pessoa pode justamente incorrer por falta de prudência ou dignidade pessoal, e a reprovação que lhe é devida por cometer uma ofensa contra os direitos dos outros. Faz uma grande diferença, tanto nos nossos sentimentos como na nossa conduta para com essa pessoa, se ela nos causa ou não desprazer em coisas em que julgamos ter o direito de exercer controle sobre ela, ou em coisas em que sabemos que não temos. Se nos desagrada, podemos expressar o nosso desagrado, e podemos afastar-nos tanto de uma pessoa como de uma coisa que nos desagrada; mas não nos sentiremos compelidos a tornar a sua vida desconfortável. Pensaremos que já sofre, ou virá a sofrer, todo o castigo pelo seu erro; se prejudica a sua vida por má gestão, não desejamos, por essa razão, prejudicá-la ainda mais; [...] em vez de desejar puni-la, tentaremos ao invés minorar o seu castigo, mostrando-lhe como evitar ou curar os males que a sua conduta tende a fazer recair sobre ela. Pode ser para nós alvo de piedade, talvez de aversão, mas não de fúria ou ressentimento; não a trataremos como uma inimiga da sociedade; se não interferimos benevolmente, mostrando interesse ou preocupação por ela, o pior que pensamos ter direito de fazer é deixá-la entregue a si própria. As coisas são inteiramente diferentes se infringiu as regras necessárias para a proteção dos seus semelhantes, individual ou coletivamente. As más consequências dos seus atos não recaem então sobre si, mas sim sobre os outros; e a sociedade, como protetora de todos os seus membros, tem de retaliar; tem de lhe infligir dor com o objetivo expresso de a castigar, e tem de se certificar de que o castigo é suficientemente severo” (MILL, 2017, p. 75).

De uma outra maneira, é, ainda, como compreendemos, uma experiência possível mesmo na teoria tridimensional (ou mesmo, de sua antecessora, a bidimensional), que labora uma alteração normativa em razão de um fato social valorado (ou, sem o apego à valoração, como a teoria do fato e norma): valorando-se experiências próprias que demandariam o estudo de uma zona mais específica da liberdade, tem-se a própria evolução do direito.

Nesse sentido, a doutrina de Miguel Reale, ao tratar do fato, do valor e da norma, pressupõe um movimento direcional, no sentido de que o fato social será valorado socialmente, dando azo à produção de novas normas jurídicas que, quando frutos da especificação, incidirão como ação protetiva sobre novos atores ou objetos. É o que há também no autor, ao dispor sobre *multiplicidade e unidade do Direito*, bem como sobre sua complementaridade, de modo que “existem tantas espécies de normas e regras jurídicas quantos são os possíveis comportamentos e atitudes humanas” (REALE, 2004, p. 6), sendo que todas elas interagem, dentro de uma *unidade orgânica* ou teleológica.

Portanto, não há na especificação trazida por Bobbio algo totalmente novo, porém, que subsiste como uma forma de pensar que muito bem elucidada a abertura de novos campos de atuação, dentre eles a privacidade (com a riqueza de que o próprio autor expressamente referênciava o tema também com as novas tecnologias).

É nesse sentido, aliás, uma última ponderação para o tópico: note-se que não se está a utilizar a construção de Mill para o debate sobre o quanto o Estado poderia ou não atuar nessa esfera mais interior ao indivíduo – isto caberá em outro capítulo; aqui, serve-nos para demonstrar que esse âmbito mais íntimo advém da liberdade. Tanto que, para o autor, o indivíduo é livre para obrar como queira nessa interior esfera, mesmo contrariamente a seus interesses, aos olhos do senso comum, desde que não prejudique terceiros. Mill já reconhecia esse âmbito interno como algo próprio, pois intocável pelo Estado, ao mesmo tempo em que admitia neste o papel de garantidor da liberdade. Nisso ressaltamos: da liberdade advém a privacidade.

Em suma, em uma visão que não era do Direito nem da política, mas poética, Fernando Pessoa (1982, p.342), em *Livro do desassossego*: “A liberdade é a possibilidade do isolamento. [...] Se te é impossível viver só, nasceste escravo. Podes ter todas as grandezas do espírito, todas da alma: és um escravo nobre, ou um servo inteligente: não és livre”.

É nesse viés que o Estado existe para garantir a liberdade e esta é um objeto caro, de apreciação pelos autores do liberalismo, como um pressuposto de outros direitos. Assim, de modo a caminhar com o argumento que nos conduzirá pelos próximos parágrafos, o indivíduo é um ser livre, racional, devendo ser essa liberdade a essência mais básica do liberalismo. E,

do ponto de vista liberal, podemos aferir que tutela da liberdade é a tutela do mais básico dos direitos; e a privacidade, seu desdobramento, sua especificação.

3.2.3 Algumas consequências jurídicas da especificação da liberdade em privacidade

O processo de especificação nos traz algumas reflexões interessantes para o objeto de estudo da privacidade, as quais desaguarão na conformação teórica deste trabalho. Terão por pressuposto (como anteriormente dito) ser a especificação tanto detentora de um viés objetivo quanto de outro subjetivo, ou seja, atendendo o objeto da tutela jurídica (bem jurídico) e o sujeito tutelado. Elas se exaurem em um número de três.

Pela *primeira* dessas reflexões, o estudo da especificação, além de nos abrir caminhos para outras formas decorrente da liberdade, dentre elas, a privacidade (especificação objetiva, como objeto ou direito autônomo), também nos favorece na análise dos atores inseridos no intento de proteção ou restrição (especificação subjetiva). E, ao aceitarmos que existem diferentes classes de titulares sobre as quais os direitos incidem, podemos analisar se a gradação dessa incidência, dentre eles, será diversa.

Em suma, trata-se da possibilidade de determinado direito restar apresentado de forma mais ou menos intensa para determinada categoria, como desdobramento da especificação subjetiva: no exemplo de Bobbio, a tutela de crianças, idosos e doentes, que detêm um nicho ampliativo, quando comparadas a dos sujeitos em geral, com base sua condição de maior vulnerabilidade física ou mental (especificação subjetiva, havendo a necessidade de aplicação mais intensa da norma). Por outro lado, ao pensarmos em presidiários, estes terão uma percepção mais restrita do direito à liberdade, quando comparados aos demais cidadãos. As duas formas de especificação, inclusive, convivem juntas: a especificação subjetiva observa uma categoria de sujeitos estatais, em nosso trabalho, face à tutela da privacidade (que já é decorrência de uma outra forma de especificação, a objetiva, advinda da liberdade).

Essa específica tutela frente a categorias especificadas perante um direito é algo que já existe na própria Lei Geral de Proteção de Dados, tomando por base a privacidade: a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, dispõe de proteções específicas para dados pessoais de crianças (art. 14) e idosos (art. 55-J, XIX), também abrangendo os enfermos (art. 5º, II; art. 11, §§ 4º e 5º).

Assim como será diverso o regime de proteção deferido à criança ou ao idoso, quando comparados aos cidadãos em geral, o estudo também nos permite aferir se diferentes regimes de privacidade acolhem as diferentes classes de agentes públicos, quando comparados entre si

ou com particulares. É um entender que também orienta os termos da doutrina chilena, ao estabelecer diferentes tipos (ou melhor, níveis) de privacidade entre os diferentes agentes.⁹⁷ Mesmo no direito brasileiro, é o que já se observa ao diferenciar pessoas públicas de indivíduos em geral.⁹⁸ É um estudo que, incontestemente, encaminha para as particularidades próprias de cada vínculo jurídico, como será desenvolvido em posterior momento.

Ainda compõe a consequência da especificação uma percepção de caráter objetivo: se determinado direito se faz especificado, recebendo autonomia jurídica, ele também passa a ser objeto de tutela autônoma pelo Estado, que deverá prevê-lo. Neste ponto, chega-se a um raciocínio próximo à da terceira consequência da especificação.

A *primeira consequência da especificação*, portanto, nos permite um estudo da privacidade que comporta diferenças também quanto ao sujeito, densificando distintos níveis de incidência da proteção entre eles, em especial (como é nosso intento) da privacidade, como também quanto ao objeto, pelo dever de o Estado tutelar o direito especificado.

Para chegar à segunda consequência da especificação, inicia-se por uma constatação trivial, mas que, mesmo assim, encaminha a uma análise a ser aqui desenvolvida. Toda especificação pressupõe um evoluir gradual, até o momento em que deixa de haver o mero alargamento de um instituto anterior, para que seja criado um objeto novo, próprio, especificado. Há um instante de ruptura e a lógica de que caberá ao Direito acompanhar tal progresso (teoria do fato, valor e norma).

Porém, até chegar a tal momento, o fato social continua em evolução, acompanhado ou não da norma jurídica, vez que o trabalho legislativo nem sempre é simultâneo aos novos processos tecnológicos ou sociais *lato sensu*. A consequência disso é que, durante esse caminho (onde o fato social valorado continua em desenvolvimento), deverá haver alguma forma de tessitura, uma proteção pelo Direito, mesmo que tendo por base as construções mais antigas ainda existentes.^{99,100}

⁹⁷ No direito chileno, García-Huidobro (2014, p.73): “Ante ello, cabe preguntar: ¿por qué sería de interés público revelar que el presidente de la República tiene esquizofrenia y no un vecino cualquiera? La respuesta no puede ser otra que porque se trata del presidente de la República. En este ejemplo, la calidad de la persona determina que la información sea de interés público”.

⁹⁸ Na jurisprudência, traz-se o exemplo no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “4.3. A forma que fora realizada a abordagem na matéria jornalística ora questionada está inserta nos limites da liberdade de expressão jornalística assegurada pela Constituição da República, a qual deve prevalecer quando em conflito com os direitos da personalidade, especialmente quando se trata de informações relativas à agente público. 4.4. É sabido que quando se está diante de pessoas que ocupam cargos públicos, sobretudo aquelas que atuam como agentes do Estado, como é o caso dos autos, prevalece o entendimento de que há uma ampliação da liberdade de informação jornalística e, desse modo, uma adequação, dentro do razoável, daqueles direitos de personalidade” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2016).

⁹⁹ Por exemplo, no século XI, se alguém fosse buscar tutelar o direito de um casal de camponeses estar a sós durante as suas relações conjugais, o faria não com base em um direito de liberdade, posto que mal o havia,

Trata-se, portanto, da necessidade de uso de institutos já existentes para a tutela de situações novas, quando essa possibilidade não for sistemicamente vedada pelo ordenamento para dada hipótese posta ao crivo da norma antiga.¹⁰¹

Esse raciocínio desdobra consequências tanto para o caminho da aplicação do novo direito especificado, quanto o uso dos mesmos instrumentos empregados para o direito de origem, aplicando-os ao novo.

No que se faz útil para a tutela específica em estudo, tal construção também deverá ocorrer com a proteção à privacidade, que se inspirará em raciocínios próprios da tutela da liberdade (o *status libertatis*) quando, da análise do caso concreto, exista dúvida sobre o comando protetivo: seria discutida, por exemplo, a cunhagem de um *in dubio pro* privacidade, decorrência do original *in dubio pro libertate*.¹⁰²

No entanto, sendo um caso típico de ponderação, no caso concreto, esta poderá determinar que um segredo seja tornado público, pelo bem do interesse público: em um governo teocrático, pensemos a autoridade máxima de uma religião que mantém uma relação carnal íntima, quando os termos da crença a que pertence expressamente o proíbe. Da

muito menos de privacidade, mas sim nas construções religiosas pelo respeito à família e pelo pecado em que obraria aquele que pretendesse presenciar tal momento – uma forma arcaica de privacidade, porém de bases não tão claras como hodiernamente.

¹⁰⁰ É um argumento, contudo, que encontra apuros com os debates entre o interpretativismo e o não interpretativismo, e as teorias objetivistas (*mens legis*), da vontade autônoma da norma) ou subjetivistas (*mens legislatoris*), da vontade histórica do legislador). Tal como no caso *Olmstead*, julgado pela Suprema Corte Norte-americana em 1928: como a Constituição impedia, sem ordem judicial, a interceptação de papeis e haveres (busca e apreensão, na verdade), mas não das comunicações telefônicas (dada a antiguidade do texto constitucional), pela teoria subjetivista, interpretou-se que o direito proposto pela quarta emenda estava incólume, eis que a interceptação ocorrera não na casa do indivíduo, mas nos cabos, que passavam em via pública. Não foi declarada, assim, devassa à privacidade.

¹⁰¹ Antecipando nosso próximo exemplo, hoje não se faz mais factível a impetração de *habeas corpus* para a defesa de objeto que não seja a liberdade de locomoção, pois os meios previstos para outras violências já estão plasmados no ordenamento. Hoje, haveria inadequação, embora em outrora, pela inexistência de outra via para a garantia dos direitos, o instrumento já foi tido como devido.

¹⁰² Essa margem a colmatação já é vista no princípio do *in dubio pro secretum*, aplicado pela doutrina quando, na teoria dos círculos, se pretender avançar sobre o mais profundo e intenso deles (teoria a qual debateremos no capítulo 3). No que pensamos, é possível um conteúdo diferente, o qual iniciamos com um exemplo: no direito penal, quando da dúvida razoável, a decisão absolutória é a que se impõe: prestigia-se a liberdade, no caso da dúvida. No caso do direito especificado, a privacidade, poderíamos transportar esse raciocínio ao menos para as situações que este direito mais possibilita situações discriminatórias ou de risco à própria liberdade do sujeito, existente no chamado núcleo duro do direito à privacidade, composto pelos dados pessoais sensíveis, de previsão tanto no art. 5º, II, c/c art. 11 da LGPD, quanto no art. 9º do GDPR. São aqueles relacionado a uma pessoa natural e referentes a 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. Uma visão sobre esse denominado núcleo duro é extraído de Tepedino e Teffé (2019, p.307): “Essa categoria integra o chamado ‘núcleo duro’ da privacidade, tendo em vista que pelo tipo e natureza de informação que traz, ela apresenta dados cujo tratamento pode ensejar a discriminação de seu titular, devendo, por conseguinte, ser protegidos de forma mais rígida. Cuida de dados especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, cujo contexto propicia riscos significativos para o titular”.

ponderação (e de outros caminhos aplicados ao problema da privacidade dos agentes, especificamente, os juízes), aliás, trataremos no capítulo três.

A *segunda consequência da especificação*, logo, é a necessidade de uso de institutos já existentes para a tutela de situações novas guarnecedoras de direitos fundamentais. No caso da privacidade, socorre-se do direito de origem da especificação, o direito à liberdade.¹⁰³ Se a liberdade é um princípio, como também a privacidade, sempre que houver mais de uma via interpretativa razoável, deve-se seguir pela opção que prestigia a privacidade. É um dos proveitos que se retira ao associar a privacidade à liberdade (e não à propriedade): se privacidade corresponde a uma liberdade, quando não existir a regra restritiva, prevalece o princípio.

Por fim, trazemos a *terceira* e última consequência, que se expressa nos elementos estudados em todas as linhas referentes à conformação da liberdade no liberalismo político, na própria especificação em privacidade, bem como, ainda, nos institutos caros ao estudo da ciência jurídica (citados em Miguel Reale): a multiplicidade, a unidade e a complementaridade do Direito (REALE, 2002).

Em suma, mesclando todas as anteriores concepções, liberdade e privacidade interagem de modo que o produto especificado ainda se socorre (tal como um DNA) de compreensões decorrentes do objeto original da especificação. Assim, se a liberdade serve de tutela contra o arbítrio do Estado, não poderá a privacidade ser utilizada pelo Estado precipuamente como forma desse mesmo arbítrio face ao indivíduo.¹⁰⁴

De igual maneira, se a liberdade fundamenta o pacto social – pelo qual caberá ao Estado prover uma esfera de proteção ao indivíduo, impedindo que a liberdade de uns macule a de outros –, nisso também existe o dever do Estado de regular a privacidade (o que faz por, dentre outras forma, por políticas públicas); e como desdobramento do anterior (se a liberdade fundamenta o mencionado pacto), há a vedação de a privacidade ser demasiadamente tolhida na relação entre particulares: neste segundo caso, seria o mesmo que o Estado apor a anuência

¹⁰³ Haveria, porém, um outro desdobramento da segunda consequência da especificação: o anterior raciocínio também permitirá concluir pelo uso dos mesmos instrumentos empregados para o direito de origem, aplicando-os ao novo. Contudo, no nosso objeto de estudo, tal compreender apresenta-se modernamente com um apurado grau de incompatibilidade, haja vista que a tutela da privacidade e da liberdade, hoje, possuem remédios jurídicos específicos. Porém, deve-se recordar que, historicamente, o Habeas Corpus já foi utilizado para a tutela de outros direitos. É um exemplo histórico, portanto, mas que é expresso na doutrina, ao mencionar a aplicação do remédio constitucional até 1926: “a corrente que sustentava ser o habeas corpus remédio apenas contra a violação da liberdade de ir e vir ficou vencida por aquela outra que, arrimando-se no caráter evolutivo do Direito, desligava o habeas corpus das peias de sua contextura original. E invocando os dizeres da Constituição, sustentava ser ele remédio contra qualquer ‘violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder’. O entendimento correto acabaria por triunfar [...]” (TORNAGUI, 1990, p. 392).

¹⁰⁴ Ainda que possa, em determinados casos concretos, mitigar o *quantum* de privacidade, como será visto no próximo capítulo, em um juízo de ponderação.

para a supressão da liberdade em relações horizontais, ferindo o próprio fundamento da liberdade.

Ocorre que toda essa atuação do Estado se desenvolve por meio de ações ou por omissões propositais, que visam a solucionar a existência de determinada questão aposta como um problema público. E, como visto, da presença de um problema nascem as etapas referentes a uma política pública. A tutela estatal da privacidade, portanto, deságua em tema de políticas públicas do Estado.

Assim, a *terceira consequência da especificação* da liberdade em privacidade compõe -se tanto (i) da vedação de a privacidade ser utilizada como fundamento do arbítrio estatal, pois funcionaria como afronta do próprio fundamento político da liberdade; quanto (ii) do dever de o Estado tutelar e regular a privacidade, por meio de políticas públicas (consideradas as ações executivas e legislativas).

Portanto, a especificação da liberdade em privacidade traz alguns desdobramentos, na forma posta nas linhas anteriores: no que importará para o capítulo três, que (a) em razão da especificação pelo objeto, há a necessidade da tutela do direito à privacidade pelo Estado (que o realiza, inclusive, como tema de políticas públicas, tal como já visto); (b) em razão da especificação pelo sujeito, no reconhecimento de que o próprio direito especificado, no caso, a privacidade, pode incidir de formas diversas frente aos diferentes tipos de sujeitos, dentre eles, os juízes; e, em razão do vínculo que caracteriza esse sujeito, que a estrutura da privacidade poderá ter níveis distintos; (c) e, em razão da não correspondência entre o momento do fato social e o da norma, o direito especificado poderá se socorrer de institutos já consagrados no direito de que provém a especificação: se a privacidade corresponde a uma liberdade, sempre que houver mais de uma via interpretativa razoável, deve-se seguir pela opção que melhor a prestigia.

3.3 POSSÍVEIS RESTRIÇÕES À PRIVACIDADE

A privacidade sofre restrições, o se extrai sem dificuldades, tanto pelo senso comum (as diversas formas de redução da privacidade que pessoas públicas consensualmente adotam em razão do labor), quanto por um argumento jurídico basilar: o de que não há direitos fundamentais absolutos.

No entanto, essa discussão caminha um pouco além disso, para não se quedar óbvia. Ao abarcar os limites da privacidade, essa forma de estudo é construída pelo caminho do liberalismo e pela doutrina sobre a limitação ao direito de liberdade, espécie atinente à

primeira dimensão dos direitos fundamentais. É, além disso, tal como este texto propõe, um ensaio sobre as possibilidades de restrição que se desenvolvem pelo vínculo jurídico – dos mais aos menos intensos, ou, dito de outro modo, quanto ao tipo de vinculação. Ocorre que, ao pretender caminhar por tal vínculo, caso se espere dele um fundamento de restrição, deve-se verificar até que ponto um direito fundamental pode, sob tal pretensão, ser restringido.

Advirta-se, antes de tudo, sobre as palavras que recebem emprego (limites à privacidade ou restrições à privacidade), ainda que se pretenda utilizá-las neste capítulo de maneira indiferente, tal como se sinônimo fossem, encontram uma substancial dessemelhança trazida pela doutrina: Jorge Reis Novais, sob a visada do Direito português, apresenta que a *restrição* compõe-se no estabelecimento de um *minus* em algo que já haveria, ao passo que *limitação* traz uma carga semântica para a estipulação de fronteiras que não devem ser transpostas (NOVAIS, 2010, p. 155). A maioria da doutrina segue semelhante lógica argumentativa, porém, alterados à exaustão a variedade de vocábulos.

Portanto, existe uma certa imprecisão terminológica entre os termos que digam respeito à relativização (uma forma genérica pela qual buscamos chamar as limitações, delimitações e todas as demais espécies grafadas na doutrina) de direitos fundamentais. Essa imprecisão, aliás, é muito bem exposta em Jane Reis Gonçalves Pereira.^{105,106}

Uma das primeiras diferenças que a doutrina se propõe a analisar é o que realmente compreende redução de um direito e aquilo que sequer faria parte de seu ordinário trajeto. É a diferença entre limitação da proteção e a delimitação desta: pela segunda, constando como o estabelecimento de uma fronteira que separa o que é protegido e o que não é; na primeira, uma vez definida a zona delimitada, de realmente notar onde ocorrerem as restrições. O estabelecimento dessa fronteira, no dizer da doutrina, forma o âmbito de proteção, o qual

¹⁰⁵Quanto à autora, aliás, fazemos uso simultâneo de duas edições distintas de sua obra “Interpretação constitucional e direitos fundamentais”: a de 2006 e a de 2018. Como regra, com preferência à bibliografia mais atualizada, mas tendo percepção de que alguns temas, como o robusto e importante capítulo sobre as Relações de Sujeição Especial foi integralmente suprimido do novo texto. Em tal caso, socorremo-nos da obra pretérita.

¹⁰⁶Sobre o amplo leque de possibilidades, bem ressalta a autora: “A despeito da aceitação genérica da tese de que os direitos não são absolutos, os mecanismos normativos e hermenêuticos que evidenciam suas limitações são bastante variados [...] Há certas hipóteses em que a ausência de lastro jurídico a legitimar determinadas ações humanas não decorre de intervenções legislativas nos direitos, mas do seu próprio perfil traçado na Constituição. Em outros casos, o legislador detém autorização constitucional para definir ou modular os contornos do direito. E quando o Judiciário emprega o método da ponderação de interesses, a limitação ao direito opera-se in concreto, mediante o afastamento de sua incidência numa hipótese específica. Diante de todas essas possibilidades, torna-se evidente que a expressão limites dos direitos fundamentais é dotada de ambiguidade. [...] No plano legislativo, os limites dos direitos manifestam-se de dois modos: i) mediante constringências, exceções ou privações ao exercício do direito tal como definido constitucionalmente; e ii) por meio de um detalhamento da definição do direito fundamental e de suas formas de exercício. Quando se trata de nomear essas duas modalidades de limites, não há uniformidade na doutrina. Fala-se em limite e delimitação, em restrição e configuração, bem como em conformação e intervenção. Essa imprecisão conceitual é reflexo de inúmeras divergências teóricas relativas ao tema.” (PEREIRA, 2018, pp. 176-177).

“configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental” (MENDES, 2009, p. 328), pois somente a partir dele pode-se considerar o que é restrição do direito, ou não.¹⁰⁷

Por exemplo, ao mencionar a Constituição o direito de reunir-se pacificamente, sem armas, a mera convocação armada está fora das barreiras pelo constituinte estabelecidas para esse direito (art. 5º, XVI, CRFB/88). Porém, o próprio texto constitucional traz possibilidades de restrições expressas, ao tratar de momentos de instabilidade que dão azo às figuras do estado de defesa ou de sítio, podendo o direito de reunião ser restringido de forma mais branda (art. 136, §1º, I, a, CRFB/88) ou mais intensa (art. 139, IV, CRFB/88), respectivamente. Note-se que, em tais casos que compõem nosso exemplo, haverá norma posterior que efetivamente restringirá o direito para o caso concreto, quando da ocorrência desses regimes excepcionais de atenção constitucional – mas há notadamente uma autorização da Constituição.

Ainda aproveitando o exemplo anterior, a condicionante “desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local”, estabelece não uma restrição, mas uma baliza dentro da qual o direito será exercido.

Desenvolvendo um pouco mais o estudo, ao constar do texto constitucional a regra segundo a qual não haverá interceptação de dados telefônicos, salvo por ordem judicial e na forma da lei (art. 5º, XII, CRFB/88), a Constituição é clara ao estabelecer duas condicionantes que detêm nítida função mitigadora a um direito amplo de privacidade: cumulativamente, (i) a ordem do Estado, no exercício da jurisdição, e (ii) a regulamentação legal, que poderá expor o quão mais aberto ou fechado será o ingresso no direito de privacidade. Se assumirmos que o sentido de *restrição* será tão somente o atuar ablativo ou restritivo no âmbito de atuação previamente fixado,¹⁰⁸ as duas hipóteses narradas não comportariam restrições no seu sentido conceitual. Mas nem por isso pode-se supor que o grau de afastamento do direito fundamental será menor quanto a elas, unicamente por não serem normas (na terminologia) restritivas. Para tanto, são propostas as seguintes imagens: (a) de atos jurisdicionais que extrapolem os requisitos legais hoje existentes, aquiescendo interceptações indevidas e (b) de uma regulamentação que transforme a ordem judicial exigida constitucionalmente quase em uma função protocolar, pois dependente de mero pedido não fundamentado de qualquer interessado, sem haver nenhum outro critério legal como exigência para que o magistrado

¹⁰⁷ “Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.” (MENDES, 2009, p. 329).

¹⁰⁸ Por exemplo, como aparenta ser a posição de Novais (2010, p. 176).

defira a interceptação.¹⁰⁹ É imune a dúvidas que o âmbito de alcance dessas duas medidas – a primeira, patentemente arbitrária; a segunda, presumidamente constitucional, até que se declare sua invalidade, tal como inevitável – é mais apto a afrontar o direito à privacidade do que o de uma norma restritiva propriamente dita. Uma norma que se proponha a regular um direito pode ser mais perigosa do que aquela que abertamente afirme que o restringe.

Essa última possibilidade, aliás, traz um exemplo talhado em Jorge Reis Novais.¹¹⁰

Assim, dentro dessa variedade tipologia sobre o tema, deve-se notar que a doutrina considera que as restrições a direitos de patamar constitucional (como os direitos individuais) devem vir ou de maneira expressa na própria constituição^{111, 112} ou mediante lei que encontre nela fundamento direto.^{113, 114} Nada obstante, uma das possibilidades interpretativas a esse

¹⁰⁹ Apenas para assimilação do quão extremo pretende ser o exemplo, uma função quase que cartorial, tal como existe em alguns atos de jurisdição voluntária do direito processual civil.

¹¹⁰ “Estabelecer, para uma manifestação na via pública, a necessidade de fazer uma comunicação a uma autoridade administrativa local com um pré-aviso de quarenta e oito horas parece constituir um caso típico, e pacífico, de regulamentação. De facto (sic), quer os requisitos mínimos de vida em sociedade quer as necessidades da própria viabilização prática do exercício daquele direito o parecem exigir ou justificar. Porém, se a exigência de pré-aviso fosse de um mês já seria mais discutível saber se continuaríamos no âmbito de verdadeira regulamentação e, por último, estaríamos, seguramente, perante uma restrição se o prazo imposto fosse de seis meses.” (NOVAIS, 2010, p. 177).

¹¹¹ A Constituição Portuguesa de 1976 estabelece a necessária reserva da lei para a restrição de direitos fundamentais (art. 18, 2): “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Quanto tema, discorrem Canotilho e Moreira (2007, pp.388-389), também admitindo restrições não expressamente autorizadas. Os mesmos autores ainda separam a restrição (que pressupõe a delimitação do âmbito do próprio direito fundamental) da intervenção restritiva, que consiste em atos da autoridade pública imediatamente incidente, em concreto, sobre direito, seja judicial ou administrativa – no que pode ser extraído do autor, a decisão judicial que determina o acesso a determinados dados pessoais existentes em aparelho eletrónico de criminoso. Tal atuação concreta, contudo, segundo eles, também é vinculada aos “princípios fundamentais de um Estado de direitos fundamentais”, a proibição de excesso, a proporcionalidade, a adequação e a necessidade.

¹¹² Em nosso próprio corpo constitucional são variados os exemplos que estabelecem limitações a direitos fundamentais (em sentido lato), constantes do texto expresso. Geralmente, são acompanhadas de expressões *salvo, desde que, exceto*: inciso VIII: ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (art. 5º); inciso XI: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; inciso 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; inciso XLVII: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada [...]; inciso XVI: todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; inciso LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; inciso LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (BRASIL, 1988). Sem pretender um caráter exaustivo, é uma visão que acompanha também os documentos supranacionais de proteção dos direitos humanos. Por exemplo, o “Pacto de San Jose da Costa Rica”, em duas de suas previsões: o direito à vida e a vedação a trabalhos forçados. Dentre as menções, aliás, os incisos LXI e inciso VIII tratam de restrição pelo vínculo jurídico, a qual será posteriormente estudada.

¹¹³ Nesse sentido, Mendes (2009, p. 336).

respeito está no descortinar da existência de autorizações restritivas implícitas na Constituição.¹¹⁵

Apesar disso, ainda que existam elementos conceituais do que seja restrição, pode ser que a análise de uma determinada *fattispecie* (seja toda uma norma abstrata, no controle de validade da norma perante a Constituição, seja a aplicação do direito ao caso concreto) verifique uma vulneração além do que é proporcional, no que pouco importará o debate sobre o caráter (conceitual) restritivo ou não de determinada disposição, pois necessariamente serão socorridos os direitos fundamentais postos afrontosamente à prova. Nesse sentido aliás, que Alexy (2008, p. 296) apresenta como uma das análises a *garantia do conteúdo essencial como restrição das restrições*, que visa justamente.

Uma outra observação a ser feita sobre o tema está galgada em passagem da obra *How we act*, de Berent Enç (2005), em que o autor estabelece uma postura sobre o que pode ser considerada uma ideia de restrição e em qual medida isso abala a existência do próprio direito. Conquanto estruturado sobre a liberdade, anui uma aplicabilidade para o raciocínio no outro debatido direito, a privacidade (como especificação que é, inclusive, da primeira):

Especificando o que conta como normal - além do que a diminuição de alternativas seria uma restrição à liberdade de alguém - não é uma tarefa fácil. Dada a nossa fisiologia, fica claro que nossa incapacidade de voar batendo nossos braços não é uma restrição à nossa liberdade. Mas, dada a nossa fisiologia, uma pessoa com uma severa doença articular tem sua liberdade reduzida. Estendendo essa linha de pensamento para nós como agentes do que consideramos uma sociedade livre, há certas coisas que não podemos fazer (somos proibidos por lei de fazer) que não são uma ameaça à nossa liberdade. O fato de não podermos tirar algo que pertence a alguém sem o consentimento dessa pessoa, por exemplo, não é algo que diminua nossa liberdade em qualquer quantidade, porque essa não é uma alternativa que deveria estar disponível em uma sociedade livre. No outro extremo, ser capaz de manter nosso dinheiro sem pôr em risco nossa vida é uma alternativa que naturalmente pensamos ter. Mas entre esses casos claros, os fatores que definem as alternativas que devem estar disponíveis em contextos sociais são questões interessantes na filosofia sócio-política. E a noção de um agente livre é claramente dependente das posições adotadas na teoria política de alguém. O melhor que se pode fazer é fazer julgamentos comparativos em contextos específicos: uma pessoa

¹¹⁴ A doutrina ainda menciona que no tema da restrição a direitos fundamentais, há requisitos de natureza formal ou orgânica (como reserva de lei ou a possibilidade expressa de restrição) e outros de ordem material (como a garantia do conteúdo essencial e passagem pelo teste da proporcionalidade) (NOVAIS, 2010, p. 172).

¹¹⁵ Ao cuidarmos restrições capacitadas pelo vínculo, ainda que este tenha base expressa, deve-se estudar se a possibilidade de restrição é implícita, ainda que resolvida por um critério de proporcionalidade e com análises de instrumentos adicionais, como a teoria dos círculos. Quanto a tais restrições implícitas, pondera o autor que “qualquer que seja a justificação ou fundamentação encontrada, as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais independentemente das reservas ou ausências de reservas com que os dotou o legislador constituinte, poderem ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de proteção jurídica assim o exijam. A consagração constitucional de um direito fundamental sem a simultânea previsão da possibilidade da sua restrição não constitui qualquer indicação definitiva sobre a sua limitabilidade.” (NOVAIS, 2010, p. 569). Note-se que essa posição é exarada em face do comando expresso do art. 18, da Constituição portuguesa, que exige autorização expressa constitucional para as restrições.

que pode ouvir pop, jazz ou música clássica no rádio tem um maior grau de liberdade em relação à música que ouve do que uma pessoa que pode apenas ouvir pop - mesmo que ambos voluntariamente optem por ouvir apenas pop. Uma pessoa que não será punida se não usar um capacete enquanto estiver andando de moto é mais livre do que quem, por lei, é obrigado a usar um capacete - mesmo que alguém seja tolo em andar de moto sem capacete (ENÇ, 2005, pp. 232-233).¹¹⁶

Salientam-se duas afirmações específicas do extrato acima citado: (i) a disponibilização de faculdades, para uns, pode ocorrer em paralelo a determinação de regras, para outros, quando em voga a mesma situação de fato, estabelecendo gradações de liberdade (caso do capacete do motociclista); (ii) a existência de proibições legais não diminui a liberdade (ou, transpondo ao nosso tema, a privacidade) *per si*, quando as restrições são esperadas no contexto das normas que regem uma sociedade livre.

Contudo, a existência de situações materiais que limitam a privacidade não necessariamente significa que ela se dá por fragilizada em uma concepção jurídica: faz parte da análise de direitos saber quando eles têm pertinência, ou não. A ausência de hipótese de incidência não significa que afastada foi, em abstrato, a norma protetiva. O nosso ponto de toque para privacidade – assim como para outros tantos, em Direito – é o de que não existem direitos absolutos.

3.3.1 As restrições objetiva, subjetiva, material e cognoscitiva

Prosseguindo o raciocínio, o exemplo adotado em Berent Enç recobra as duas conclusões já alcançadas chegamos (para melhor entendimento, deve ser lida a parte final do item anterior): (a) em uma sociedade, diferentes sujeitos se veem em posição também distintas quanto a regras e faculdades, a depender do papel que exercem: o capacete, que é

¹¹⁶ No original: “Specifying what counts as normal — beyond which the decrease of alternatives would be a restriction of one’s freedom — is not an easy task. Given our physiology, it is clear that our inability to fly by flapping our arms is not a restriction of our freedom. But given our physiology, a person with severe joint disease does have his freedom curtailed. Extending this line of thinking to us as agents in what we take to be a free society, there are certain things that we cannot do (we are by law prevented from doing) which are not a threat to our freedom. That we are not allowed to take away something that rightfully belongs to someone else without that person’s consent, for example, is not something that decreases our freedom by any amount, because that is not an alternative that should be available in a free society. At the other extreme, being able to keep our money without endangering our life is an alternative we naturally think we have. But in between these clear cases, the factors that define the alternatives that should be available in social contexts are interesting questions in socio-political philosophy. And the notion of a free agent is clearly dependent on the positions adopted in one’s political theory. The best one might be able to do is to make comparative judgements in specific contexts: A person who can listen to pop, jazz, or classical music on the radio has a greater degree of freedom in what music he listens to than a person who can only listen to pop—even if they both voluntarily choose to listen just to pop. A person who will not be punished if he does not wear a helmet while riding a motorcycle, is freer than one who is by law required to wear a helmet—even if one would be a fool to ride a motorcycle without a helmet.” (ENÇ, 2005, pp. 232-233).

uma faculdade ao ciclista, será uma obrigação normativa para o motociclista, ainda que ambos trafeguem na mesma e baixa velocidade; (b) o afastamento da incidência de determinada norma, no contexto de uma situação de fato, não a desconstitui como direito, quando a não incidência for respaldada pela ordem jurídica¹¹⁷ (e não, por óbvio, nos momentos de verdadeiras lesões a direitos).

Esses dois casos bem se amoldam aos debates que traçamos sobre o direito à privacidade, por serem ambos direitos fundamentais e por ser esta (usando a linguagem de Bobbio) uma especificação esperada da própria liberdade. É assim que passamos a tratar, respectivamente, do âmbito *subjetivo* e do *objetivo* da privacidade.

No primeiro deles, transporta-se o exemplo do motociclista para o objeto de estudo, porém, substituindo a faculdade ou dever do uso de capacete pela maior ou menor intensidade com que dois diferentes indivíduos são devassados em sua privacidade. São oferecidos como substitutos o prisioneiro e o administrador da prisão, sendo certo que a privacidade daquele é muito mais devassada que a deste, ainda que considerado o mesmo local: o presídio. Há, no caso, o *aspecto subjetivo*: a existência de restrições ou limites legais para determinados sujeitos ou situações não é algo que ameaça a privacidade em seu sentido objetivo, mas nos permite subjetivamente anuir que está se desdobra em níveis, quando comparados os dois atores da hipotética situação. É uma afirmação que merece ser guardada, pois caberá em dois momentos mais oportunos: neste capítulo, ao estudarmos a intensidade da restrição referente ao também mais intenso vínculo, pelas relações de sujeição especial; e no próximo, ao desdobrarmos a privacidade na magistratura.

Assim, a diferenciação subjetiva ocorre de modo que variados sujeitos, em dadas situações, podem ter uma menor privacidade: é como por longo tempo já se posiciona a jurisprudência quanto às pessoas públicas (quando a veiculação de sua vida privada caminha na consideração do interesse social).¹¹⁸ A mitigação do *privacy*, pela difusão de conteúdo de

¹¹⁷ Há um século, seria extremamente útil ressaltar que a não incidência de determinada regra protetiva deveria ser resguardada por elementos jurídicos (ou seja, adequação ao direito positivado), como também éticos. A fala dessa simples lógica possibilitou barbáries como as que ocorreram do início do Século XX à Segunda Grande Guerra (alguns dos quais conhecidos só posteriormente a ela, como o Grande Expurgo comunista). No entanto, no atual patamar do desenvolvimento humano, consideramos que há menção à ordem jurídica já plenamente garanta a compatibilidade com os direitos humanos, que se elevaram no discurso jurídico, após os mencionados eventos.

¹¹⁸“Assim, se um indivíduo tem uma vida pública ativa, será mais provável que uma reportagem envolvendo aspectos da sua vida particular venha a ser prestigiada, conferindo preponderância à liberdade de imprensa sobre o direito à privacidade. Isso não se deverá a uma recusa do direito à privacidade à personalidade pública, mas atenderá à ponderação de que, se o retratado vive do crédito público, da imagem que ostenta, a sociedade tem o direito de saber se a sua vida pessoal corresponde ao que pretende fazer crer. Já a revelação de dados íntimos de pessoa que não depende profissionalmente da imagem pública e que não está no centro de um acontecimento socialmente relevante, tende a não justificar a interferência da imprensa sobre a sua privacidade.” (BRANCO,

interesse geral, aliás, já era presente quando da publicação do artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, no final do século XIX.

No que toca ao aspecto *objetivo* da privacidade – se apto ou inapto a conviver com pontuais restrições, sem desfigurar a existência do próprio direito, em abstrato –, permitimo-nos dois diferentes exemplos baseados em outros direitos, pois assim cremos que auxiliará na compreensão: o direito à vida, que não é absoluto na Constituição, nem mesmo à luz do artigo 5º, eis que permitida a pena de morte em caso de guerra declarada;¹¹⁹ e o direito à liberdade, também mitigável face, dentre outras espécies, aos detentos, quando em comparação ao cidadão livre. Em razão desse posto quadro, surge o ponto: seria possível, em razão da restrição, argumentar que não se protege a vida ou que não há liberdade? Certamente, não.

A resposta dada em anuência apenas seria válida se fossem verificados tais direitos em sentido absoluto, como tudo ou nada. Não é, contudo, como se comporta a unanimidade da doutrina. Portanto, *mutatis mutandis*, transcendendo o raciocínio para o direito à privacidade, ainda que esta possa ser restringida ou limitada, subsiste como direito. Ou seja, o fato de a privacidade não ser absoluta não significa que não há privacidade.

A restrição objetiva, portanto, é o princípio da privacidade visto como objeto estático, eis que não haverá nele lesão ao admitir que a privacidade será mitigada em determinadas regras ou aplicações dentro do ordenamento (é um conseqüente lógico de a privacidade não ser um direito absoluto): não é porque o conscrito tem menor privacidade no quartel que, enquanto princípio constitucional, esta deixou de existir em uma visão abstrata, ampla. É um argumento de viés interpretativo, pois chama a atenção para alegadas *violações* à privacidade, de modo que caberá ao aplicador analisar se são realmente violências, ou tão somente aplicações ao caso concreto – a última, a privacidade subjetiva.

O tema da privacidade, aliás, provoca mais alguns termos, desta vez, pela diferenciação entre a privacidade material e cognoscitiva.

Duas pessoas que estejam em uma sala de paredes de vidro, cercada por transeuntes, por certo não têm privacidade do ponto de vista visual, quanto à sua imagem e àquilo que seus gestos possam expressar (limitação material). Contudo, haverá privacidade sobre o que contam um ao outro, em sussurros aos pés do ouvido, pois ainda que o movimento seja visto

2009, p. 319). De igual forma, Gilmar Ferreira Mendes: “verifica-se a tendência de tomar como justificável a intrusão sobre a vida privada de alguém quando houver relevância pública na notícia que expõe o indivíduo. Assim, revelar algum hábito sexualmente heterodoxo de um líder político, que se apoia num eleitorado conservador, certamente que não possui o mesmo coeficiente de interesse relevante que teria o noticiário de igual comportamento praticado por um cidadão comum.” (MENDES, 2009, p. 425).

¹¹⁹ No texto infraconstitucional, também não será absoluto ao pensarmos nas excludentes de ilicitude da lei penal, as quais admitem que, em casos extremos, como a legítima defesa ou o estado de necessidade, haja o perecimento do direito em prol de outro, igualmente equiparado.

por todos, não poderá ser por eles decifrado. Portanto, a privacidade, além de um elemento material (no caso, exposição física que a torna devassada), conta também com um elemento cognoscitivo (capacidade de conhecimento do conteúdo a ser devassado). É nessa mesma lógica que tanto o regulamento europeu, quanto nossa lei brasileira abarcam a anonimização de dados, como meio que impede a associação de determinada informação ao seu titular.¹²⁰

Devemos notar que, com a evolução gradual da ciência, as barreiras do que se compreendem essa exposição física tornam-se cada vez mais próximas: pelo oscilação de um mero sinal *wi-fi* já é possível identificar a localização de corpos em um determinado espaço, tal como mencionamos no anterior capítulo; pelo mecanismo de giroscópio de um *smartphone* (originalmente desenvolvido para reconhecer a posição espacial do aparelho), faz-se possível a captação de áudio, ainda que não contando com o auxílio do microfone. Como se faz notado pelo mais usual expectador, o próprio aumento do tráfego de dados pela rede nos expõe a novas possibilidades de limitações da privacidade, por via material – e está se dará quer sob a forma consensual (compartilhamento de dados), compulsória (análises por governos e quebra de sigilo por ordem judicial) ou de atos lícitos com origem nacional ou no estrangeiro.

Assim sendo, a privacidade comporta uma dimensão (ou elemento) material e outra cognoscitiva, sendo que ambas devem estar presentes para que a privacidade seja violada. Não sem razão, a famosa cena explorada em romances policiais e filmes, de criminosos estrangeiros que, mesmo capturados e já dentro das instalações da polícia, conversam abertamente sobre seus crimes no idioma nativo e supostamente desconhecido pelos agentes do Estado.

Note-se que o elemento material não é só a capacidade física de ser exposto, mas a efetiva exposição: um testamento cerrado pode ser fisicamente violado e aberto, mas enquanto não devassado em seu conteúdo, este permanecerá preservado, mantendo-se a validade do instrumento.¹²¹ A presença dos elementos cognoscitivos e materiais, aliás, bem se apresentam aos casos concretos: a criptografia sempre foi um meio viável a tornar que, mesmo mensagens interceptadas, não façam sentido para quem as lê:¹²² é o mesmo caso da caixa de vidro.

¹²⁰ Na LGPD: “Art. 5º, 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; XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo” (BRASIL, 2018).

¹²¹ Aproveitando nosso entendimento sobre a existência de elementos materiais e cognoscitivos, propõe-se uma peculiar indagação, que não vimos (ainda) respondida na doutrina civilista: na hipótese de um testamento cerrado que, intacto documentalente, fosse previamente violado por procedimento técnico que permitisse a leitura do conteúdo sem a abertura do documento, devassando seus termos, este manteria sua validade, face à regra do Código Civil de 2002?

¹²² Dada a importância do elemento cognoscitivo, na guerra, os códigos criptográficos eram os logo destruídos quando da iminência de captura ou do afundamento de um navio.

3.3.2 Tipologia da restrição

No que melhor nos acomoda a pretensão do presente tópico, as restrições acerca da privacidade possuem algumas construções um tanto quanto óbvias, ao passo que outras passam por demasiadamente imprecisas – até mesmo pelo rápido avançar da ciência e dos novos meios de devassa da privacidade. É sempre uma análise para o caso concreto.

Para entendermos a obviedade, aquele que beija sua amante frente aos olhos de todos, o faz ou porque pretende ser visto, ou por estar seguro em demasia sobre o desconhecimento sobre sua pessoa – por exemplo, em uma viagem para outro país distante. Assim, abre mão da privacidade referente ao ato ou, no segundo caso, socorre-se do anonimato, acreditando estar *diluído* entre a multidão. São manifestações de vontade, em que impera o consentimento. Para a última hipótese – referente ao anonimato –, a situação da vida funciona quase como um processo de anonimização de dados, presente nas mais modernas leis de dados, incluindo a brasileira. Em tal caso, quanto à privacidade do casal, o beijo, apesar de notado por todos, não lhes empresta significado que ameace a privacidade: Há ausência do elemento cognoscitivo; não se faz possível devassar-lhes a privacidade do romance secreto.

A imprecisão diz respeito justamente ao desenvolver dinâmico da ciência, a qual, autores já citados, como Daniel Solove e Stefano Rodotà salientam que repercutem nos próprios caminhos da tutela da privacidade. À medida que novas passagens se assentam e novas possibilidades se tornam concretas, as formas de mitigação da privacidade crescem novos capítulos. E, ao lado das possibilidades técnicas, ainda exsurge o Direito, pretendendo promover uma atenção dada pela norma jurídica.

Portanto, na forma até aqui então vista, além da percepção de que a devassa à privacidade abrange dois elementos (um material e outro cognoscitivo), também se faz possível estabelecer uma tipologia sobre as formas de restrição, que podem ser:

- a) Por força de norma jurídica;
- b) Pelo caminho do consentimento ou da vontade (que pressupõe, obviamente, adequação normativa, e.g. tratar de direito disponível);
- c) Por ato ilícito, que corresponderá a uma restrição de fato, a qual deve ser combatida pelos instrumentos do Direito.¹²³

¹²³ Em nosso tema de estudos, tendo em vista que observamos as possibilidades de restrição da privacidade de agentes públicos (especificamente, os magistrados) quando ocorrida por parte do próprio Estado (que tomará a posição de observador ou controlador), não nos debruçamos sobre considerações do caráter ilícito, haja vista que atentamos tão somente para a validade dos atos de restrição da privacidade que sejam dotados, ao menos em abstrato, de regularidade e licitude – uma eventual indevida intromissão, assim, só seria constatada após a

Esse âmbito de uma privacidade a restringir outorga uma importante atenção a ser tomada: se, de um lado “alguns temas relativos aos dados pessoais são tão relevantes para o cidadão que merecem ser extremamente protegidos, não podendo estar na esfera da disposição individual” (MENDES, 2014, p. 43), também é correta a constatação de que alguns temas são tão caros aos Estados que devem levar em conta a mitigação do âmbito protetivo dado ao indivíduo. O assunto faz referência à restrição dos direitos fundamentais – vista a partir da intensidade do vínculo jurídico e às próprias balizas desses direitos, no próximo tópico; e dentro de um critério de aplicação, como no capítulo seguinte.

3.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESTRIÇÃO À PRIVACIDADE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NORMATIVAS

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ, trouxe uma linha de conclusão que já é pacífica na doutrina, a de que “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”. Os debates sobre o quão relativo são os direitos, pode chegar a situações que nos aparentam extremas: na Itália, o direito de convivência entre pais e filhos tem sido mitigado, como forma de impedir o caráter hereditário de adesão à *'Ndrangheta*, ramo da máfia pautado em uma intensa estrutura familiar e com base na Calábria – tendo o Estado retirados os filhos do convívio das esferas mais íntimas da privacidade dos pais (ESTADO DE MINAS, 2017).¹²⁴ Ainda quanto à privacidade, de outra maneira, subsiste na China o sistema de escore social (GOMES, 2019) e um avançado método de reconhecimento dos indivíduos pela leitura de suas faces, ambos já mencionados.

ponderação para o caso concreto. Eventuais objetos de ilícito, por sua vez, não se inserem em uma teoria da restrição da privacidade, tal como aqui proposto, mas sim como matéria dos estudos ordinários sobre ilicitude, que desaguarão como crime, transgressão ao respectivo estatuto funcional ou mesmo na reparação civil.

¹²⁴ Um ponto a ser desenvolvido em posteriores estudos é se a privacidade possui uma dimensão positiva, além do seu claro intento ordinário (como direito) de provocar um abster. Se a privacidade, mesmo nos seus mais originais fundamentos, a propriedade e, principalmente, o direito de estar só, garantem ao indivíduo o recolhimento, também deve-se supor que em tal momento sombrio e introspectivo, exista no direito de estar só o direito de estar com os seus. Ou, nas vertentes mais modernas (da autodeterminação informativa), que o mesmo direito fundamental guarneça um ancestral desejo de que as informações sobre sua pessoa cheguem aos seus descendentes. Por exemplo, o que há de essencial em um casamento, que não os consortes desfrutarem da intimidade um do outro, do sentido físico ao espiritual? Quanto ao segundo exemplo, possível recordar o filme *El laberinto del fauno*, de 2006, em uma das finais cenas: ambientado nas reminiscências da Guerra Civil Espanhola, retratava um sádico oficial (o antagonista) que combatia um grupo de rebeldes. Ao ser derrotado e tendo um filho prestes a nascer, pede aos rebeldes que contem ao filho o quão bravo foi o pai, ao que eles respondem que negarão até mesmo a existência da figura paterna. Por certo, são situações que seriam facilmente resolvidas pela dignidade da pessoa humana, mas aparentam um tema passível de posterior estudo: se há na privacidade uma vertente positiva.

A restrição à privacidade também encontra contornos usuais em circunstâncias para as quais a comoção popular dedicou particular atenção: tem-se como um importante caso o do atentado de *San Bernardino*, na Califórnia, em dezembro de 2015, no qual houve um intenso debate público sobre a obrigação legal (e ética) de a companhia desenvolvedora do aparelho de telefone do ofensor devassar os dados ali contidos, em auxílio às investigações. No caso especificado, recusou-se a *Apple*, sob o desiderato da privacidade (que acompanhava mesmo aquele criminoso, como trouxe em argumentação) e tecnicamente apoiada no seu sofisticado sistema de criptografia (uma das bandeiras apostas por ela na publicidade junto ao mercado consumidor). O feito ainda se repetiu no ataque da Base Naval de *Pensacola*, na Flórida, em dezembro de 2019, seguido de novo pedido do *Federal Bureau of Investigation (FBI)* e de nova recusa por parte da mesma multinacional, a *Apple*, sob o argumento de que o auxílio poderia facilitar futuras vulnerabilidades na privacidade de clientes.

No que interessa para este trabalho, o estudo acompanha alguns argumentos inerentes à restrição de direitos, em especial a privacidade.

3.4.1 Elemento prévio: não há direito fundamental absoluto

O fundamento do Estado Liberal é a proteção de direitos do homem (BOBBIO, 2008, p. 11), sendo demasia dito na cultura popular o brocardo de que onde inicia o direito de um, faz-se findo o de outrem. Há tanto no ditado, quanto nos autores contratualistas já vistos, uma adequada prudência: que entende na liberdade absoluta (tanto assim que a sociedade celebra o pacto social) um risco aos outros e ao próprio indivíduo: no pensamento político, recordamos, se a liberdade da pessoa é plena (por não existir o Estado), também não haverá quem por ela olhe no momento em que a liberdade do outrem ameace a sua, como bem lembram posições como as de Locke e Paine.

Essa nota faz-se deflagrada também em um dos instrumentos basilares dos direitos humanos – e, por consequência, dos direitos fundamentais¹²⁵ – exarado na França, de 1789, a

¹²⁵ Como preceitua a doutrina, os direitos humanos dizem respeito a uma classe vista pelo prisma de uma ordem geral, universal, mundialmente reconhecida (porém, quanto a isso recordamos, com as ponderações atinentes ao relativismo cultural), como direitos inatos aos indivíduos. A diferença vem escrita na obra de Ana Maria D’Ávila Lopes, *Os Direitos Fundamentais como Limite ao Poder de Legislar*: “A expressão direito do homem (jura hominum) foi utilizada pela primeira vez na história diplomática ‘rerum Bataviarum’, de Volmerusm em 1537. Não obstante, é no dicto de Nantes de 1598 que podem ser encontradas as primeiras referências diretas a alguns direitos do homem, como a tolerância e o respeito a liberdade de consciência. Já a expressão direitos fundamentais surgiu na França em 1770, como produto do movimento político e cultural que deflagrou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, alcançando, muitos anos depois, um importante lugar no direito constitucional alemão, onde, sob o título de Grundrechte, tem articulado sistema de relações entre o

Declaração de direitos do homem e do cidadão, a qual em seu artigo quarto preceitua a limitação dos direitos:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei (FRANÇA, 1789).

Igualmente, na Constituição federal (BRASIL, 1988) vigente é medida alcunhada em uma série de incisos, geralmente seguidos das expressões *salvo* ou *desde que*. Por exemplo, ninguém será preso fora das hipóteses de flagrante delito ou ordem judicial, *salvo* quando do cometimento de crime propriamente militar ou transgressão militar (art. 5º, inc. LXI, CRFB/88). De igual forma, não haverá privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, *salvo* quando invocada para exigir-se de obrigação legal e geral (art. 5º, inc. VIII, da CRFB/88), tal como é o serviço militar obrigatório (art. 143, §1º, da CRFB/88). Os exemplos, em verdade, bem retratam duas hipóteses de relativizações em razão de um mais intenso vínculo jurídico, nota caracterizadora, tal como à frente visto, da teoria das relações de especial sujeição.

Ao ser estruturado um modelo que maximiza a interpretação dos direitos fundamentais, há um instante em que o caso concreto poderá tocar dois deles, ao pretenderem ocupar um mesmo espaço destinado a reger uma situação protetiva. Se o fazem de modo sobressalente, é maximizada a eficácia argumentativa – tal como ao pretenderem expor determinada situação de tutela da privacidade tanto com argumentos inerentes ao direito à vida quanto com outros relativos à dignidade da pessoa humana. Contudo, é comum que os direitos estejam postos em lados diferentes da argumentação, como frequentemente acontece entre a privacidade e a liberdade de expressão.

Por essa realidade, bem assim que Reis (2018, p. 173) menciona a “propensão de direitos fundamentais chocarem-se”. Pois, como bem lembra Lafer (2009, p.241), a positivação de um direito humano “não elimina, e por vezes exacerba, os problemas práticos de sua tutela. É o que ocorre quando surgem situações por força das quais distintos direitos humanos podem ser vistos não apenas como complementares, mas também como contraditórios”.

A base dessa construção é a de que, ao garantir-se aplicação de um direito, possivelmente estará o intérprete a *esbarrar* em outros tantos. De igual modo, se fossem

indivíduo e o Estado” (LOPES, 2001, p. 41). Também sobre o tema, vide José Afonso da Silva (2005, pp 176-177).

ilimitados os direitos, sua aplicação deporia a aplicabilidade dos demais (pois sem espaço para a interlocução), sendo que, na verdade, o caminho a seguir deverá ser (no caso concreto) o da prevalência de um direito, mas sem que seja negada totalmente a vigência aos demais. A lógica da limitação, aliás, advém de características das normas da Constituição e dos próprios direitos em debate.

Quanto à privacidade, esse entender (dos direitos fundamentais não absolutos) traz uma possível reflexão:

Se a liberdade de todos fosse absoluta, a isso corresponderia logicamente dizer que a liberdade de todos seria relativa. A afirmação de a liberdade ser absoluta impõe uma imediata negação a essa própria assertiva, pois estariam os indivíduos livres para subjugarem-se, uns pelos outros, pela astúcia ou pela força, eis que não haveria limites à liberdade: logo, esta seria relativa. Porém, essa confirmação poria uma relatividade deletéria, valorativamente ruim, uma vez não propiciada pelo Estado, mais sim pelo primado da força de indivíduo para indivíduo. A relativização, embora inevitável, portanto, para que seja adequada e bem quista dentro de um argumento de civilidade, é aquela propiciada pelo Direito.

Essa mesma construção lógica, contudo, não se aplica a privacidade: se esta fosse afirmada como absoluta, não incidiria em uma imediata invasão de uns pelos outros e, por consequência, na sua relatividade. A privacidade estria-se como um juízo predominantemente negativo, de recolhimento.^{126,127} Contudo, a afirmação de ser a privacidade absoluta, embora não autofágica, delimitaria consequências sobre outros mais direitos: não haveria câmeras de segurança nas ruas, tampouco em transmissões esportivas, visto que, mesmo em lugares públicos, a privacidade não se admitiria violada; o desenvolvimento de veículos inteligentes seria proibido, pois dependentes de sensores e câmeras aptos a (em potência) devassar algum fio de privacidade; toda a lógica da internet, dos *smartphones*, *wearables* e dispositivos modernos teria de ser redesenhada. A privacidade absoluta impactaria no desenvolvimento da

¹²⁶ Há, porém, vertentes positivas na autodeterminação informativa.

¹²⁷ Porém, Jean Rivero e Hugues Moutouh trazem essa mesma reflexão sobre a liberdade, a qual só teria um âmbito negativo: “A liberdade como poder de autodeterminação. Isso significa que ela é um poder que o homem exerce sobre si mesmo. Nesse aspecto, distingue-se de outros poderes que o Direito também consagra e que permitem agir sobre os outros, impondo-lhes um comportamento positivo. Assim, o direito de crédito é o poder reconhecido a um homem de exigir de outra certa prestação, em razão, por exemplo, de um contrato, ou em virtude das regras da responsabilidade. O reconhecimento jurídico de uma liberdade acarreta, por certo, consequências com relação aos outros: senão, a liberdade ficaria estranha ao Direito, que supõe necessariamente uma relação entre homens, mas essas consequências são puramente negativas: reduzem-se à obrigação de respeitar, pela abstenção, o exercício da liberdade dos outros.” (RIVERO; MOUTOUH, 2006, p. 9). Salientamos, portanto, que a liberdade a que se referem Rivero e Moutouh é aquela moldada pela ordem jurídica, e não a absoluta, a qual mencionamos em nosso exemplo.

ciência, na livre-iniciativa, na autonomia de empreendedores, cientistas, indivíduos e, em resumo, na própria liberdade, a partir de então, em demasia restringida.

Prosseguindo em nossa hipótese, se a privacidade fosse absoluta, não haveria controle de ilícitos: a privacidade da residência não poderia ser devassada nem sob flagrante delito; testemunhas não poderiam testemunhar sobre o que viram, pois diriam respeito a algo sobre alguém (ainda que sobre um criminoso e seu eventual crime); não existiria quebra de qualquer sigilo, nem por ordem judicial; processos e procedimentos seriam em totalidade reservados, mesmo para advogados que não o das partes, corregedorias e órgãos de controle – pois, se absoluta, nada poderia haver, nem dentro do Estado, que ameaçasse a privacidade. Se a privacidade fosse absoluta, seria extinto o conceito de informação pública, vez que não se poderia devassar nada que fosse fruto de atos de agentes, ainda que no seu serviço ao Estado, e estariam fadados o controle democrático e o combate à corrupção. Se a privacidade fosse absoluta, a liberdade, o desenvolvimento humano e a justiça seriam relativos. Se a privacidade fosse absoluta, em resumo, a sociedade decairia.

Portanto, a construção que acima é feita encaminha para o principal argumento: a tentativa de afirmar um direito como absoluto o transforma em um importante objeto de tutela jurídica e expõe a sua própria (e necessária) relatividade. Assim, repete-se o que já se aparenta inato: afirmar que, em Direito, não há direito fundamental absoluto.^{128,129}

3.4.2 Violação e restrição na aplicação da norma: distinções

Há casos em que a própria norma constitucional promove mitigações a direitos (palavra que, nesta obra, é usada em um sentido geral, que serve para relativização, limitação e restrição), ao passo que em outros impede uma disposição legal ou um ato concreto de avançar além do devido sobre o objeto de proteção, tal como barreiras que impedem avançar sobre um determinado espaço. Há momentos em que entrega ao legislador a regulamentação

¹²⁸ Porém, mencionando o entendimento de Pontes de Miranda, José Afonso da Silva (2005, pp.181-182) salienta a possibilidade de existência de direitos absolutos, desde que essa expressão seja usada no sentido da existência de direitos cuja validade independe da previsão na norma interna constitucional: são supraestatais. Por exemplo, a liberdade pessoal.

¹²⁹ Em nossos estudos acadêmicos, os únicos dois casos que, tal como lembramos, remetem a situações que não admitem relativismo, posto que os direitos em jogo se portam como absolutos são a não escravidão e a não tortura. No último caso, aliás, a doutrina traz o extremo caso em que uma bomba de grande poder de destruição é posta em um estádio, não havendo tempo para evacuar as pessoas. Detido o terrorista, que se recusa a colaborar, o único modo possível (nas condições postas pela situação hipotética) de descobrir a tempo o local da bomba e desarmá-la, salvando dezenas de milhares de vidas, é torturando o ofensor. Mesmo nesse caso limítrofe, a tendência é uma sinalização negativa. Bem elucidativo sobre o tema, por exemplo, o artigo de Flávio Cardoso Pereira, *A investigação do terrorismo internacional e o uso da tortura*, publicado na Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás (PEREIRA, 2011, pp.79-104).

de determinado instituto, de sorte que aquela regulamentação dará os contornos sobre o que será normativamente devido, ou não, quanto a um direito fundamental. Por fim, na análise do caso concreto, pode o aplicador verificar que determinado direito fundamental deve prevalecer perante outro, pois a situação contrária, para aquela *fattispecie*, seria uma violação.

O que é possível afirmar (segundo a lógica de que não há direitos absolutos) é que, por vezes, o texto constitucional já traz em abstrato uma situação pré-fabricada, em que dado direito poderá ser restringido (ou limitado, eis que usada indistintamente a nomenclatura nesta obra) em uma determinada ocorrência textualmente prevista: é o que ocorre com a interceptação telefônica ou com o direito de reunião. No caso das exceções ao sigilo, mais ainda, além de dispor que a ordem judicial é um instrumento válido para incidência do Estado no direito individual, ainda entrega ao legislador o papel de listar as condicionantes para tanto.¹³⁰

Há, outros casos, porém, que a Constituição não só estabelece condicionantes, como também caminhos pelos quais será inviável trilhar, seja o aplicador da norma, seja o legislador. Tais situações funcionam tais como fronteiras ou muros, em que não será possível transpassar: é o que ocorre com a proibição incondicional de tortura.

No que nos é usual sobre direitos, tomamos a seguinte interpretação das anteriores palavras: é exato afirmar que todos têm direito à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações (expressões da privacidade), as quais são reduzidas em estado de sítio (tem-se a mencionada mitigação, limitação, restrição)¹³¹; assim como, caso outro, face ao descumprimento de uma eventual norma penal, torna-se possível o decréscimo do direito de liberdade (*mitigação*), desde que não o seja por penas perpétuas ou cruéis, fronteiras do direito de punir – os limites em que não se pode juridicamente chegar.

Em imersão na privacidade, seria tomada a seguinte diferença: haverá relativização toda vez que uma situação usual de privacidade garantida sofrer decréscimo, diminuição, como no caso das interceptações judicialmente autorizadas, eis que, como regra, a Constituição (BRASIL, 1988) assegura o direito ao sigilo (art. 5º, XII); tomar-se-ão *limites* ao percebermos que o citado sigilo não poderá ser suprimido de uma pessoa ou grupo de modo indiscriminado, sem as balizas que a lei autoriza (por exemplo, de modo contínuo e irrestrito,

¹³⁰ No último exemplo a ser dado, trabalha o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal: os contornos jurídicos foram dados, pelo legislador, por meio da Lei nº 9.296, de 1996. Nessa linha de conformação (que é aferida acompanhando o processo de inovação tecnológica, como defende já mencionada doutrina), o legislador criou condicionantes para a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, além de uma norma sancionatória penal, para conduta específica que antes não estava prevista: a correspondente ao verbo nuclear de captar os referidos sinais.

¹³¹ Também no estado de sítio, o direito de reunião é suspenso e não só condicionado.

pois corresponderia à abolição). Haverá *limites* ao também observarmos que, pela norma jurídica, ao preso será assegurada a privacidade nas conversas com seu advogado, mesmo quando submetido a regimes de cumprimento de pena mais severos (por exemplo, o regime disciplinar diferenciado), nicho que não lhe pode ser retirado, por ser área em que o Estado não poderá adentrar. Mas, por outro lado, mitigar-se-á a privacidade de um detento, quando comparada com a de um cidadão em liberdade. Há, no último caso, uma mitigação.

Ainda deve ser levado em conta que as análises se resolvem na maior parte das vezes no caso concreto.

Como visto, não deve ser negada a possibilidade de um problema posto já ser respondido em abstrato, quando nele não se verifica qualquer colisão entre direitos fundamentais em jogo (quer por princípios, quer por regras) e a mera subsunção do fato à norma – ainda que feita em um caso hipotético, em abstrato – tornar crível uma imagem mental que não se faça passível de dúvidas. Por exemplo, ao ser imaginada uma interceptação telefônica, feita por autorização judicial, e (nesta dada hipótese) dentro das demais condicionantes exigidas pela norma infraconstitucional de regência. Em tal contexto, não há objeto a ser ponderado e o direito fundamental à privacidade fez-se objetivamente respeitado, ainda que tenha sido visto com uma mitigação material pelas partes.

Por outro lado, em um caso em que conflite o direito à privacidade e a liberdade de expressão artística ou jornalística, não subsiste uma resposta imediata, caracterizando-se um conflito: este será resolvido por critérios de ponderação, que considerará ser a pessoa envolvida dotada de uma vida privada ou pública.

Assim, a violação pode ser vista tanto no caso concreto, nas hipóteses de determinada aplicação normativa ferir o direito fundamental¹³² (o que se faz ponderando as normas em jogo), quanto no mero extravasamento (ainda que em abstrato) de uma fronteira expressamente estabelecida no texto constitucional.

A ponderação, por sua vez, como etapa de resolução, é tratada no próximo capítulo.

¹³² Há um exemplo interessante que, embora não se relacione com a privacidade, bem ilustra: uma senhora de poucas posses vive por cinquenta anos em um casebre e, em razão do baixíssimo valor venal do bem, é isenta do imposto predial territorial urbano por todo esse período. No curto espaço de dois anos, em razão de uma absurda valorização imobiliária do local, o valor do novo imposto municipal supera a sua renda bruta em um ano. No caso concreto, a aplicação desmedida da norma (que, à primeira vista, é adequada, pois respeitou o fato gerador em concreto e em abstrato, assim como a base de cálculo) é uma hipótese de violação: no caso concreto, além da dignidade da pessoa humana, há o princípio do não confisco (art. 10, IV, da CRFB/88).

3.4.3 A relativização dos direitos fundamentais

Significa que a relatividade provém de características próprias dos direitos fundamentais, como também de peculiares da interpretação das normas constitucionais em geral, que os fundamentam. Em tal sentir, ainda que os direitos humanos representem o vértice ético do ordenamento, as aspirações deles decorrentes intercomunicam-se com outros direitos de mesma natureza e estatura e provém de uma base constitucional (ou seja, são lidos a partir de e através da Constituição). A lógica de sua restrição considera-se advinda dessas particularidades do objeto de estudo da norma constitucional e das características comuns a tais espécies de direitos.

São relativos pela máxima efetividade¹³³ e pela unidade¹³⁴ da Constituição: o primeiro é princípio específico da interpretação constitucional que entrega ao interprete o ônus de extrair a interpretação que mais fortemente promova a constituição. Em sendo o rol de direitos fundamentais extraídos direta ou indiretamente do texto constitucional (hoje, com a EC nº 45/04, considerando também as normas formalmente constitucionais que estão fora do corpo principal), pelo dever de máxima efetividade, não poderá o intérprete negar aplicabilidade absoluta a qualquer desses direitos (há o dever de aplicar na maior medida possível). A correlação com o princípio da unidade se estabelece quando notado que a Constituição não pode estar em contradição consigo mesma. Logo, se a Constituição é vista como um conjunto do qual emana um coletivo de direitos fundamentais, cabendo a todos receber a máxima efetividade, disso decorre que, logicamente, nenhum direito é absoluto a ponto de subjugar

¹³³ “Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.” (COELHO, 2009, p. 140).

¹³⁴ Nesse sentido, André Ramos Tavares, em *Curso de Direito Constitucional*: “Assim, não se pode tomar uma norma como suficiente em si mesma. Não obstante todas as normas constitucionais sejam dotadas da mesma natureza e do mesmo grau hierárquico, algumas, em virtude de sua generalidade e abstratividade intensas, acabam por servir como vetores, princípios que guiam a compreensão e a aplicação das demais normas, devendo-se buscar sua compatibilização. Canotilho fala, neste passo, de outro princípio de interpretação da Constituição, o da ‘concordância prática ou da harmonização’. Na realidade, trata-se de uma orientação interpretativa que decorre da já propalada unidade (que remete à coerência), e que tem especial desenvolvimento no campo dos princípios constitucionais (em particular os direitos humanos consagrados). Consoante o autor, a harmonização ‘impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros’. Como derivação dessa ideia, tem-se o princípio da convivência dos direitos constitucionais. Nenhum direito, nenhuma garantia, nenhuma liberdade poderá ser tomada como absoluta. Todas sofrem restrição nas outras garantias, nos outros direitos, igualmente declarados e assegurados.” (TAVARES, 2012, pp. 109-110).

qualquer outro: todos serão relativos.¹³⁵ É tema que aproveita o princípio da harmonização, pois “em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum” (COELHO, 2009, p. 136).

Deve ser observada a natureza aberta da linguagem constitucional: as normas constitucionais possuem determinadas características que a diferenciam das normas em geral, estando entre elas a posição de maior hierarquia dentro de um ordenamento (supremacia da constituição), a natureza aberta da linguagem (sendo esperado das normas constitucionais um texto mais aberto e ambíguo, com menor grau de densificação, o que traz maiores possibilidades interpretativas) e o caráter político¹³⁶ (ao delimitar um Poder, não impede o juízo político nas normas produzidas dentro das balizas demarcadas) e moral das normas constitucionais (a Constituição contém o rol dos valores mais caros à ordem jurídica, como é o caso dos direitos fundamentais).

Por força dessas características, em sede constitucional, as hipóteses de disputas dentre direitos fundamentais são esperadas na conformação da lei ou para o caso concreto, não havendo qualquer deles que seja tido abstratamente como absoluto no texto constitucional. Da supremacia¹³⁷, aliás, extrai-se a eficácia interpretativa: a Constituição funciona como parâmetro interpretativo do texto infraconstitucional, algo que se torna relevante na análise dos casos concretos (capítulo três), eis que a privacidade é extraída expressamente da Constituição.

São relativos pela universalidade e pela historicidade: ao trabalhar as dimensões dos direitos fundamentais, a doutrina afirma que a ova leva de direitos funciona com uma lógica de acréscimo, e não de substituição – um direito não substitui outro componente de uma classe mais antiga e, portanto, defasada, tal como exara a palavra *gerações*: contudo, se dimensões se sobrepõem, em aplicação simultânea e efusiva, nisso há possíveis *choques* no caso concreto, entre diferentes dimensões, determinando que direitos não são absolutos.

¹³⁵É outrossim, uma decorrência da concordância prática, pelo qual “exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros” (MORAES, 2018, p. 50).

¹³⁶Importa salientar que a Constituição delimita o poder político (por exemplo, o Poder Legislativo), sendo que, quando da atuação desse poder (via atividade legislativa, no mencionado exemplo) há um inegável juízo político dentro das balizas apostas pela norma constitucional: em matéria de direitos de privacidade, recorde-se que algumas das leis mais relevantes sobre o tema foram produzidas em caráter reativo a duas crises internacionais: as denúncias de espionagem trazidas por Edward Snowden e o escândalo da *Cambridge Analytica* nas eleições norte-americanas: respectivamente, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados. O caráter político das normas constitucionais também atua sobre políticas públicas.

¹³⁷A supremacia, portanto, tanto é uma das características da norma constitucional, quanto um dos elementos específicos a serem levados em conta quando da interpretação.

No caso da privacidade, quando as ações de combate à violência pública e policial incluem meios como a captação ampla de imagens ambientais, para reconhecimento facial, uso de scanners corporais e de biometria, que, por sua vez, vulneram materialmente parte da esfera individual relativa àquela privacidade, há o confronto entre o direito à segurança e o direito à liberdade.

Nas políticas públicas sobre privacidade, se a necessidade da coleta de informações úteis para a consecução de políticas sociais esbarra na formação de banco de dados e nas questões referentes à privacidade como direito individual, são confrontantes direitos de primeira e de segunda dimensão.

Em um terceiro exemplo, nos estudos sobre a democracia, percebe-se cada vez mais que a vontade da maioria necessita dar lugar a grupos minoritários que, meramente pelo primado do número, não teriam voz – com as contra-argumentações a isso referidas, como a *tiranía da minoria* –, sendo que o monitoramento de grupos minoritários já é utilizado como forma de perseguição e ameaça antidemocrática (LOSANO, 2018; GOMES, 2019, p. 49; THE NEW YORK TIMES, 2019).

Por fim, cabe mencionar a *restrição face ao relativismo cultural*: a universalidade dos direitos fundamentais proporciona debate com o relativismo cultural, dentro de uma discussão sobre até que ponto valores do ocidente poder ser forjados como universais para culturas diferentes da nossa e situadas em espaços locais que não os nossos.¹³⁸ A própria admissão de uma perspectiva própria, dentro de uma leitura da dignidade da pessoa humana, já salienta que direitos humanos são relativos, pelo menos no que diz respeito à não intromissão indevida em aspectos de outras culturas que, embora estranhos para o ocidente, não constituem verdadeira ofensa ao núcleo do direito fundamental.

Essas características das normas constitucionais e dos direitos fundamentais importam em dizer que, em qualquer dos casos (mesmo nos regimes jurídicos mais intensos), a nota da

¹³⁸ Nesse aspecto, Flávia Piovesan, em *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, adere a uma forma de universalismo não radical, conhecido como universalismo de confluência, que reconhece as diversas opções relativas a direitos e, assim sendo, estabelece uma síntese universal, baseada em um mínimo ético: “A respeito do diálogo entre as culturas, merecem menção as reflexões de Amartya Sen sobre direitos humanos e valores asiáticos, particularmente pela crítica feita a interpretações autoritárias desses valores e pela defesa de que as culturas asiáticas (com destaque ao Budismo) enfatizam a importância da liberdade e da tolerância. Menção também há que ser feita às reflexões de Abdullah Ahmed An-na’im, ao tratar dos direitos humanos no mundo islâmico com base em uma nova interpretação do islamismo e da sharia. Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do ‘mínimo ético irreduzível’, alcançado por um universalismo de confluência” (PIOVESAN, 2019, p. 76). É posição que a autora esboça desde a última década, como pode ser visto na obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, de 2007, em especial as páginas 154 e 155 (PIOVESAN, 2007).

relativização dos direitos é que proporcionará encontros entre eles, constituindo colisões a serem tratadas no caso concreto.

Assim, a relativização dos direitos fundamentais não provém de uma artificialidade normativa, mas sim de características que lhe são inatas.

3.4.4 O problema da restrição pela vontade

Nas possibilidades inerentes ao original tema, faz-se uma construção iniciada com exemplo em outro direito, mais uma vez o direito à vida. É a forma de tratar da restrição à privacidade, sob os prismas da anuência e, a partir de agora, do conhecimento. Este remete à mencionada imprecisão asseverada algumas linhas acima.

Por certo, aquele que se submete a uma situação propicia à morte, e.g. uma cirurgia estética não emergencial, comumente expressa consentimento em um termo, formalizando saber do eventual risco e aceitando sua (ainda que remota) realização. Contudo, não necessariamente quer que ele ocorra, tanto que se cercará de todos os cuidados de profilaxia para evitar o evento. De igual maneira, o termo de anuência sobre a possibilidade pouco crível (mas existente) de óbito, subscrito por aquele que faz um corriqueiro teste de esforço ou um exame com a utilização de contraste, na verdade, ainda que demonstre ciência da possibilidade, também não constitui verdadeiramente seu desejo ou consentimento para tal acontecimento. Na privacidade, vemos que é o mesmo que ocorre, tendo em conta alguns serviços que solicitam acesso a dados pessoais (em termos que anuem seu uso) para fornecimento das utilidades cotidianas.

O que queremos expressar é que o consentimento para o ato não traduz necessariamente no consentimento para a sua consequência. O tema funciona quase como a reserva mental que faz aquele que deseja receber o prêmio do seguro, porém sabendo que este é inferior ao contratado, resguarda-se na intenção clara de buscar o restante pelas vias próprias. O consentimento em receber o prêmio não corresponde à anuência com o termo de quitação que deverá ser entregue à seguradora, por esta apor tal exigência.

Esses exemplos, como paráfrase, bem retratam dois problemas que acompanham a figura da privacidade e as formas pelas quais se desenvolve sua restrição pelo consentimento: (a) o consentimento dado pelo indivíduo para o uso de seus dados pessoais queda-se quase como uma anedota, visto que a vida moderna cada vez menos permite despir-se de facilidades

que hoje já constituem um direito à comunicação;¹³⁹ e (b) como desdobramento da anterior, em grande parte das vezes, não há autêntico (ou informado) consentimento para a mitigação da privacidade, que é dado apenas para uso da facilidade ou aplicação, em si.¹⁴⁰

Seria adequado afirmar que a submissão a um determinado conjunto de normas, ao qual se aderiu por ato de vontade (e.g. concurso público), é suficiente para considerar a ciência para regras invasivas posteriores? E a adesão a regras pretéritas é sempre indicativo da total ciência do conjunto de normas que poderão ser devassadas, principalmente quando aquele que adere não detém o conhecimento adequado em um mundo afeto a possibilidades técnicas (por exemplo, o julgador, que detém o conhecimento jurídico sobre a privacidade, mas não o tecnológico)?

Note-se que a compreensão do consentimento traz um relevante papel para o estudo das restrições decorrentes do vínculo jurídico, haja vista que (como será considerado em momento próprio) este último se estabelece ou por força de lei, ou por ato de vontade. No que toca à magistratura, as possibilidades de ingresso, como regra¹⁴¹, não decorrem de forma compulsória (não volitiva), mas sim por concursos de provas e títulos ou por acesso pelas normas constitucionais (e.g. quinto constitucional ou escolha de Ministros de alguns Tribunais Superiores), a que voluntariamente se submetem os interessados. A porta de entrada no estatuto jurídico, portanto, ocorre por ato de vontade.

A primeira das manifestações diz respeito à inviabilidade de resistir à troca de dados no mundo atual, sem que isso proporcione um real prejuízo ou uma intensa dificuldade ao indivíduo, pois terá de abdicar de uma série de facilidades ou serviços que constituem a vida moderna. Basta recordar que, para o mero cadastro de um moderno aparelho celular, são

¹³⁹O consentimento, cujo papel é em demasia criticado pela doutrina: Laura Schertel Mendes, por exemplo: “Sabe-se, contudo, que o consentimento, aplicado ao tema da proteção de dados pessoais, apresenta diversas dificuldades, devendo ser tratado com cautela em razão dos seguintes aspectos: i) o problema da eficácia do consentimento no tratamento de dados pessoais, em face da possibilidade do não consentimento de o indivíduo acarretar a sua exclusão do mercado de consumo e da sociedade; ii) o problema da violação da proteção de dados pessoais, após o tratamento ter sido consentido pelo titular dos dados; iii) a questão do consentimento aplicado ao tratamento dos dados sensíveis” (MENDES, 2014, p. 61). Ainda sobre o tema, a autora prossegue: “à efetividade do consentimento do cidadão e do real exercício de sua liberdade de escolha, em um contexto no qual a não disponibilização dos dados pode acarretar a sua exclusão social. Por um lado, no âmbito do Estado Social, é muito difícil assegurar-se a liberdade informacional sem comprometer as funções dessa complexa burocracia que necessita de dados dos cidadãos para planificar. Por outro, também na relação entre privados é difícil se verificar o exercício do direito à privacidade informacional, na medida em que tal exercício poderá impedir o acesso do indivíduo a determinadas facilidades do mercado de consumo, que o fornecedor está disposto a conceder somente em troca do cadastro de suas informações pessoais.” (MENDES, 2008, p. 36).

¹⁴⁰ Em algumas vezes, o consentimento do indivíduo não objetiva a entrega massificada de dados (por certo, talvez nem envolva o conhecimento da mencionada possibilidade), mas tão somente o uso da aplicação, que abrangerá – no seu intento e conhecimento – só os riscos normalmente percebidos por esse uso, tal como o moral constrangimento que haverá pelo teor de uma fotografia erroneamente publicada pelo próprio indivíduo.

¹⁴¹ A exceção, que oportunamente mencionaremos, diz respeito aos militares, quando convocados para compor o escabinato.

necessários o uso de uma conta de e-mail e a aquiescência para o tráfego de informações.¹⁴² Nesse sentido é que se posiciona Mayer-Schönberger, quanto à falibilidade (que denominamos objetiva) do consentimento:

A proteção de dados pessoais como liberdade individual pode proteger a liberdade do indivíduo. Ela pode oferecer ao indivíduo a possibilidade de não conceder informações a seu respeito que lhe são solicitadas. Mas qual será o custo que se tem de pagar por isso? É aceitável que a proteção de dados pessoais possa ser exercida apenas por eremitas? Será que nós alcançamos o estágio ótimo da proteção de dados se garantirmos os direitos à privacidade que, quando exercidos, acarretarão a exclusão do indivíduo da sociedade? (MAYER-SCHÖNBERGER, 2001, apud MENDES, 2014, p. 41)

Sobre o tema do conhecer e consentir, uma adicional forma de observar as restrições à privacidade é encontrada novamente em Berent Enç, no momento em que o autor questiona a estrutura da liberdade em Locke, o que bem nos serve à privacidade:

John Locke, em seu tratamento seminal sobre o que conta como voluntário e o que conta como livre, dá o exemplo bem conhecido do quarto fechado. Um homem se encontra em uma sala com alguém que ele sempre quis conhecer e decide ficar e conversar com essa pessoa. Desconhecido por ele, a sala está trancada. Ele não poderia ter saído se quisesse. Locke sustenta que o homem permanece voluntariamente na sala, mas que o homem não é livre. [...] No exemplo da sala trancada, claramente o homem é livre para ficar na sala. Nada impede que ele faça isso. Ele é livre para ficar. Só que ele não é livre para sair (ENÇ, 2005, pp. 230-231)¹⁴³.

O mencionado fragmento traz duas outras vertentes da restrição ao direito em estudo, que aqui desmembramos como (c) o conhecimento da restrição à privacidade¹⁴⁴ (que aparenta um desdobramento da “b”) e (d) a efetividade em negar (ou revogar) o consentimento. No

¹⁴² Sobre o primeiro caso narrado, pensemos: no mundo atual, seríamos realmente capazes de negarmos o consentimento (e conseqüentemente, o uso) a todas as aplicações existentes em um aparelho de *smartphone*, cada qual pertencente a determinada companhia que trafega nossos dados? Note-se que a resposta impactará no não uso de serviços como e-mail, aplicativos de mensagens, de foto, agenda, calendário, mapa, trânsito e até mesmo do próprio aparelho, na sua função mais simples de realizar e atender ligações, eis que todos exigem, no mínimo, o login ou a configuração de uma conta, para o uso inicial. Pela mesma sorte, não seríamos admitidos em qualquer empresa ou cargo se nos recusássemos a trafegar dados pelo computador. Mesmo o consentimento no uso de dados pessoais já constitui alguma forma de restrição à própria privacidade.

¹⁴³ “John Locke, in his seminal treatment of what counts as voluntary and what counts as being free, gives the well-known example of the locked room. A man finds himself in a room with someone he has long wanted to meet and decides to stay and talk to this person. Unknown to him, the room is locked. He could not have left if he had wanted to. Locke maintains that the man stays in the room voluntarily, but that the man is not free [...] In the locked room example, clearly the man is free to stay in the room. Nothing prevents his doing so. He is free to stay. It was just that he is not free to leave”.

¹⁴⁴ Considerado esse entorno, não raras vezes, aquele que tem seus dados tratados ou sofre alguma forma de medida invasiva deixa de ser expressamente informado sobre essa atividade: ocorrerá em casos de ilícitos, tal como no crime de violação de dispositivos informáticos (art.154-A, do Código Penal); em outros, a não informação é justamente a causa do sucesso da medida, tal como ocorre com as interceptações judicialmente autorizadas.

primeiro caso, sequer se conhece a existência mitigação ao direito; no segundo, tem-se opção pelo consentimento (ou não), mas ele não é materialmente considerado ou é dado sem se saber o que compreende. Essa efetividade para o consentimento não se confunde com o problema quanto a ele previamente já notado – de que o indivíduo que não devassa minimamente seus dados pessoais, não vive bem na sociedade moderna –, mas sim de outra situação igualmente merecedora de análise: a própria falta de ciência sobre o processamento de informações pessoais.¹⁴⁵

Note-se que, como toda autonomia, a vontade também será limitada, se o empenho para a exclusão de base de dados for direcionado àquele que detém o dever legal de armazenar dados. É a hipotética situação daquele que exige da instituição financeira a exclusão total dos movimentos que lhe dizem respeito, de modo a evitar a remessa de informações financeiras ao Banco Central. O argumento de restrição da privacidade é, antes de tudo, jurídico. É algo a se levar em conta, quando o controle ocorre por atos normativos editados por aquele que detém competência constitucional para tanto – como o Conselho Nacional de Justiça, no que refere nosso escopo para a magistratura.

3.4.5 Há uma forma pouco debatida de restrição: a fundamentada pelo vínculo jurídico

Ao dispor sobre os anteriores elementos, existe uma especial situação que se põe a reger o indivíduo, marcada por um vínculo jurídico, quer voluntariamente, quer normativamente estabelecido. O exemplo a seguir dado, ainda que não se relacione com a privacidade em seu inicial desenvolvimento, torna-se dela extremamente próxima quando o vínculo já está constituído: tanto por constar de forma expressa na Constituição, quanto por

¹⁴⁵ Por sua vez, quanto a efetividade em negar (ou revogar) o consentimento, temos em conta que as etapas do processamento de dados, em variados exemplos, ocorrem à revelia da própria vontade, anteriormente expressamente externada em sentido contrário. Também não necessariamente aquele que detém as informações pessoais está confortável em despojar-se delas, em razões que vão desde o interesse que mantem nos dados, às dificuldades econômicas (custos) ou técnicas que envolvem sua exclusão: livre para ficar, mas não livre para sair. Exemplificamos o assunto em menção a um julgamento realizado no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que determinada pessoa, após tabular uma única negociação com dada sociedade empresária pela internet, solicitou administrativamente a exclusão cadastral e da sua base de dados pessoais (no caso específico, nos termos do Marco Civil de Internet), tendo em resposta uma negativa. A pretensão só foi satisfeita após julgamento no Tribunal: em primeira instância, o magistrado compreendeu que o contrato assinado autorizava o armazenamento de dados, sendo incabível a posterior recusa. A 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em reforma, salientou que a autorização dada a um provedor de aplicação de internet para armazenar dados pessoais não revoga o direito básico de exigir sua exclusão (CONJUR, 2018). Esta é justamente uma das críticas apostas pela doutrina à terceira geração das normas de proteção de dados pessoais (o que deu azo a uma quarta), que propunha um papel de destaque para o consentimento durante todo o processo do tratamento de dados (substituição à ideia de *tudo ou nada*). Salienta a doutrina a dificuldade prática: como o consentimento fora dado em momento prévio, em caso de violação, o indivíduo estaria limitado na busca do seu direito de privacidade, haja vista a anterior anuência ao processamento (MENDES, 2014, p. 42-43).

mitigar a liberdade de autonomia de um indivíduo, tornando factível uma visão relevante sobre o tema.

“A”, jovem de 18 anos, vê-se diante da obrigação de alistamento militar, ao qual voluntariamente comparece, embora sem o real intento e com o firme desejo de que não ultrapasse a fase de seleção (mas sem demonstrar ou possuir escusa de consciência). Contudo, por ações do destino, esta é profícua e o jovem é, em sequência, designado para incorporação, passando a fazer parte de uma organização militar. Entretanto, após o procedimento solene e já como militar, recusa-se veementemente a pernoitar em alojamento coletivo ou a dividir refeitório com os demais soldados, eis que isso removeria toda sua privacidade, conforme alega. Por tal motivo, pede seja desfeita sua incorporação.

Por outro lado, “B”, de mesma idade, voluntaria-se em participar de um desejado programa televisivo, em que pessoas se confinam em um espaço físico cercado por câmeras, convivendo e tomando parte em gincanas que objetivam evitar a precoce eliminação. Tudo, com vistas a obter o prêmio final, de relevante expressão monetária. Ele é selecionado e aceito, firmando um contrato do qual constam os termos da participação. No entanto, após permanecer por um ou dois dias no mencionado espaço, compreende com dissabor o quanto devassado está sua privacidade e comunica à direção da prova que não deseja mais prosseguir.

Já tivemos em conta neste trabalho que nem todo direito é absoluto, tal como, em ambos os casos, estará mitigada a privacidade. E, descontentes com a apurada mitigação, os dois jovens revolvem não continuar. No primeiro, há o descumprimento de um estatuto; no segundo, de um contrato. Ocorre que, ao passo que toda forma de contrato é passível de ser rescindido, porém sujeitando os agentes aos ônus da rescisão (lucro cessante, danos materiais e morais, etc), o mesmo não pode ser dito quanto ao dever de origem legal (e no exemplo, também plasmado no artigo 143 da Constituição Federal de 1988). Tem-se tal exemplo porque o vínculo é obrigatório e o agente não pode dele se evadir sem o cumprimento do prazo mínimo a ele referente.¹⁴⁶

Porém, há nisso uma reflexão: O que torna em comum a limitação que sofrem ambos, que não o vínculo jurídico? O que os difere, contudo, é que no primeiro caso há um vínculo de ordem pública, ao passo que, no segundo, um vínculo de direito privado. No primeiro, um vínculo formado por origem normativa; o segundo, por ato de vontade. O segundo, que pode simplesmente ser desfeito pelo *não mais querer*, ao passo que o primeiro é imperativo, limita a vontade do agente.

¹⁴⁶O qual, nos termos da Lei nº 4.375/64 e do Decreto 57.654/66, para o caso concreto, seria ordinariamente de um ano.

Pode-se afirmar, em uma primeira leitura, que a natureza do vínculo é mais relevante do que a maneira que o forma (se por norma ou por vontade), estando aí a razão que o primeiro apresenta-se mais forte, irrevogável pelo mero argumento na liberdade: esta, no liberalismo, vista como a passada pelo filtro do conjunto de normas que regem o todo coletivo, pois a liberdade naturalmente plena, como já vimos, seria barbárie (e o serviço militar inicial representa parte desse papel de manutenção da sociedade e do Estado, ao preparar homens capazes para situações de guerra externa, com base no adestramento).

Porém, é viável substituir o segundo exemplo por outro também de ordem pública, porém pautado não mais no dever, e sim na vontade: o qual ocorre quando o mesmo indivíduo ingressa voluntariamente em uma instituição pública, não mais como militar, mas como civil, e lá recusa-se a trabalhar, por não aquiescer dividir com outras tantas pessoas um local de trabalho: argumenta que, sem uma sala exclusiva (como a que tinha, na época em que trabalhava só), não terá privacidade. Agrava-se se a recusa vier de um médico plantonista, ao argumentar que não terá privacidade noturna se tiver que dormir fora de sua casa e, por isso, ausenta-se ao serviço. É óbvio que a sujeição a um estatuto funcional (no caso, voluntariamente) sujeita o agente às conformações e medidas sancionatórias previstas no próprio estatuto: e, nos dois casos narrados (o militar e o médico), ao pretenderem um descalabro, sob a forma de tutela de um suposto direito, incorrerão em todo um nicho de sanções devidas. Para o primeiro, a depender de sua conduta, possivelmente um crime militar (e.g. art. 163 do Código Penal Militar - recusa de obediência); para o segundo, a depender do seu estatuto, falta de zelo com as atribuições do cargo, inassiduidade e pontualidade, ausência de urbanidade. No caso do médico, faz-se crível que responda como garantidor por razão de sua ausência, caso ocorra uma situação fática que se amolde à norma penal.

Em ambos, há a imposição de uma sanção por esse não querer adequar-se ao vínculo.

O estudo sobre a construção do vínculo jurídico é também visto na doutrina. Na construção proposta por Stanley I. Benn (ao dispor sobre o princípio da não interferência), verificamos que a existência de uma especial ligação se torna apta a caracterizar uma peculiar forma de dever, que não existiria em situações outras:

Imagine Alan sentado em uma praia pública, com uma pedra em cada mão, dividindo uma pedra com a outra. Betty, uma transeunte eventual, pergunta o que ele está fazendo. Ela pode ver, é claro, que ele está rachando pedras; o que ela está pedindo que ele faça é explicá-la, outra vez descrevendo uma atividade com um ponto inteligível, algo que ele poderia ter uma razão para fazer. Não há nada desagradável na pergunta dela, mas Alan não deve responder a menos que ele queira. [...] Alan não é obrigado a prestar contas à Betty por suas ações. É claro que, se Alan fosse sentinela e Betty seu comandante, ele poderia realmente estar em falta,

e ela teria o direito de chamá-lo por negligência no cumprimento do dever. Mas isso é atribuir compromissos e responsabilidades de ação especial a Alan e poderes especiais a Betty. Quem está ausente, Alan não tem obrigação de enfrentar um pedido para justificar seu desempenho até que haja uma acusação para responder (BENN, 1990, p. 87)¹⁴⁷.

No exemplo fornecido pelo autor, o papel atribuído a Betty de superior hierárquico é causa apta para que se ingresse no âmbito da liberdade de Alan, estatuidos deveres onde estes não existiriam. Dentro das relações entre Estado e indivíduo, a função descrita pelo autor, tal como imaginamos, ou se refere a um militar, ou a uma outra forma de agente público que pressupõe hierarquia, conquanto mais branda do que a exigida no seio castrense (um servidor civil estatutário ou um empregado público). O que importa, contudo, é que em todos esses casos haverá uma forma de vínculo que, se não existente, não seriam criados determinados deveres.

Uma comandante Betty no exercício da sua função, ainda que adestre seu efetivo em uma área pública, não poderá questionar Alan (se, com ela, não mantém nenhuma relação funcional) do motivo pelo qual ele brinca com as pedras, se não há um impedimento ou obrigação genericamente atribuído referente a tanto. É um vínculo jurídico específico que cria – no exemplo de Stanley I. Benn – um dever jurídico de perguntar e outro de haver uma resposta: na *fattispecie* narrada, a sentinela (militar) que deixa o posto para quebrar pedras, descumpra com o dever, e sua conduta (dada a intensidade do vínculo jurídico) é até mesmo crime¹⁴⁸, a depender do contexto. Se Allan for um servidor civil que exerce função de guarda, haverá, no mínimo (se sua conduta não ensejar a posição de garantidor, para a incidência de uma norma penal), descumprimento ao estatuto funcional, por falta de zelo e dedicação nas atribuições do cargo.

No entanto, esse vínculo a que se faz referência pode se dar de uma forma geral, ou seja, de modos a todos atribuída (ou seja, inerente a qualquer indivíduo pertencente a uma sociedade, claro, dada uma determinada situação de fato autorizadora), ou especial, quando atenta e estabelecida por determinada relação jurídica base, diferente daquela outra genérica. Assim, se Betty fosse uma autoridade de um Estado em uma sociedade em que há uma

¹⁴⁷ “Imagine Alan sitting on a public beach, a pebble in each hand, splitting one pebble by striking it with the other. Betty, a casual passerby, asks him what he is doing. She can see, of course, that he is splitting pebbles; what she is asking him to do is explain it, to redescribe it as an activity with an intelligible point, something he could have a reason for doing. There is nothing untoward about her question, but Alan is not bound to answer it unless he likes. [...] Alan is not obliged to account to Betty for his actions. Of course, if Alan were a sentry and Betty his commanding officer, he might indeed be at fault, and she would be entitled to call him to account for neglect of duty. But that is to ascribe special action commitments and liabilities to Alan, and special powers to Betty. Those absent, Alan has no obligation to meet a challenge to justify his performance until there is a charge to answer.”

¹⁴⁸ Art. 195, do Código Penal Militar: abandono de posto.

proibição de roubar pedras em uma praia, a pergunta seria plenamente cabível, com base em uma sujeição, de ordem genérica, de todos ao Estado.

Portanto, uma especial forma de restrição dos direitos fundamentais (em especial, a liberdade e seus direitos decorrentes, como entendemos a privacidade) é pela existência de um vínculo jurídico. E, nesse ponto, a teoria a especificar a natureza e a intensidade dessa forma de restrição é a teoria das relações de sujeição especial.

3.5 A RESTRIÇÃO PELO VÍNCULO: A TEORIA DAS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

A teoria das relações de sujeição especial é uma construção oriunda do Estado alemão do século XIX, que objetivava justificar a não incidência do princípio da legalidade na organização intraestatal ou, em outras palavras, no relacionamento do ente público com seus agentes e outras pessoas submetidas a uma especial regra de vinculação. Como consequência, essa teoria representou, em sua leitura tradicional, uma fuga à incidência de direitos fundamentais nas esferas de sujeição a ela submetidas, como fruto da forma de entender o Estado na monarquia constitucionalista da Alemanha oitocentista.

Ao longo do seu desenvolvimento, após um período originário, em que se afastou da ideia de reserva legal e da proteção judicial, a teoria viu seu declínio no pós-Segunda Grande Guerra, face ao nascimento de valores mais intensos, em guarnecimento aos direitos humanos. Ainda assim, após sua quase queda, sofreu importante releitura nas últimas décadas do século passado, compatibilizando-a com a proteção dos direitos fundamentais e com a inafastabilidade do controle judicial.

As teorias das relações de sujeição especial, em sua atual leitura, justificam a existência de relações jurídicas mais intensas, estabelecidas entre o Estado e pessoas que com ele detêm um especial vínculo jurídico, diferente daquele mantido com os cidadãos em geral. Há, de um lado, a sujeição especial; neste, a sujeição geral. A formação de tal vínculo ocorre com base em uma autorização constitucional, ou por comando legal conforme com aquela. Admite-se, ainda, doutrinariamente, que o ato de vontade seja constituinte de uma relação de sujeição especial.

3.5.1 O marco teórico das relações de sujeição especial

Ricardo Garcia Macho, um dos principais monografistas do tema, inaugura seu livro remetendo a teoria das relações de sujeição especial aos pactos de vassalagem da antiga Alemanha, posteriormente substituídas em forma na Alemanha dos séculos XVI a XVIII (com particularidades quanto à organização do Estado Prussiano). Finalmente, após elencar algumas propriedades da Monarquia e do Estado alemão, afirma que, com a Revolução Francesa, houve o “reconhecimento de uma esfera na qual o indivíduo tem liberdade do Estado. [...] Nesse contexto, a Lei regula as relações entre Estado e cidadão, para que a sociedade seja protegida contra o Estado por um muro legal” (MACHO, 1992, pp. 29-30),¹⁴⁹ ideia essa que não subsistiu na Alemanha exatamente de tal maneira, quando do relacionamento interno estatal.

Em síntese, a teoria das relações de sujeições especiais somente desenvolveu-se no Estado germânico por algumas condicionantes históricas que tornavam o poder do monarca menos intenso e mais flexível frente aos reinos e que, por tal habituar, permitiram que os ideais da Revolução Francesa dali se achegassem de maneira diferente, aproveitando-se da maleabilidade e sem ruptura.¹⁵⁰ Esse é seu marco histórico. Contudo, é o teórico que importará, pois apto a trazer explicações para a expressão atual e concreta do instituto.

¹⁴⁹ “La consolidación de la burguesía como clase social tiene como efecto la creciente separación entre Estado y sociedad y el desarrollo de un Derecho privado frente al público. Asimismo hay una pretensión de que las relaciones sociopolíticas sean regidas por el Derecho y los principios de justicia; en definitiva, se sitúa en un primer plano la idea del Estado de Derecho. Se pretende en aquellos momentos, en los que se está produciendo el paso del Estado absoluto al constitucional, como objetivo más importante, el reconocimiento de una esfera en la que el individuo tenga libertad frente al Estado [...] En este contexto, el Derecho regula las relaciones entre Estado y ciudadano, de tal forma que la sociedad está protegida frente al Estado por un muro jurídico” (MACHO, 1992, pp. 29-30).

¹⁵⁰ Por exemplo, mesmo em 1519, a sucessão ao império alemão, com a morte do Imperador Maximiliano I, já demonstrava uma particular organização, em que o destino do novo imperador era estabelecido por uma votação por príncipes: “a evolução no império ao longo dos últimos 150 anos havia esclarecido completamente esta questão a favor da eleição pelos príncipes eleitores” (DIRLMEIER *et al.*, 2018, p. 124). Nessa oportunidade, narra a história o desencadeamento de uma *corrida eleitoral* pelo Império, em que, temendo a eleição de dinastias de fora da Alemanha (ainda não unificada), mais precisamente, de Francisco I, rei francês, houve financiamento eleitoral por parte da associação comercial de *Augsburgo*, para compra de votos de príncipe eleitores. Posteriormente, com os embates que ocorreram na Europa, entre os anos de 1618 a 1648 (Guerra dos 30 anos, versão europeia de uma guerra de grandes proporções), restou ainda mais fortalecido o poder dos Estados que compunham o Império Alemão, reduzindo a esfera de atribuições do Imperador. “A Paz de Vestefália sancionou a ampla autonomia constitucional dos estados alemães, os estados imperiais. Estes conquistaram uma elevada capacidade de ação em termos de política externa” (DIRLMEIER *et al.*, 2018, p. 125). Receberam direito de realizar alianças políticas a nível externo (embora não pudessem ser contrárias ao Império), bem como os atos imperiais de decretação de guerra, celebração de paz e demais alianças passaram a pender da anuência de tais estados imperiais. Como esclarecem os historiadores, “se tivermos em conta que potências estrangeiras como a Dinamarca também faziam parte dos estados imperiais alemães, percebemos em que medida o imperador alemão tinha perdido qualidades essenciais da majestade, da ‘soberania’, tão desejada por todos os príncipes da altura”. (DIRLMEIER *et al.*, 2018, p. 125). Já era desenhada a figura do Monarca enquanto figura não absoluta, no seu relacionamento com a sociedade, avistada nos séculos seguintes. No mesmo sentido,

Em seu fundamento clássico, a teoria das sujeições especiais nasceu na evolução do Estado de Polícia para um modelo que não rompeu totalmente com o absolutismo monárquico, mas com ele caminhou, adaptando-o a uma monarquia constitucional. Nessa estrutura, resguardavam-se os interesses e direitos da sociedade, limitando o monarca à lei e ao parlamento. Ao mesmo tempo, era criado um vácuo de regulamentação para as relações internas ao próprio Estado, dando azo ao nascimento de peculiares sujeições, galgadas fora do princípio da legalidade formal e com mitigação a direitos fundamentais “como consequência de uma relação qualificada com os poderes públicos.” (HERRARTE, 1994, p. 25)¹⁵¹.

O fundamento teórico de tais teorias extrai-se da forma como a monarquia alemã – e o Estado alemão, outrossim – recebeu os ideais vindos da Revolução francesa¹⁵² e que se projetavam sobre a nação. Naquele momento, as compreensões advindas da Revolução Francesa caminharam para o sentido leste da Europa, porém, não com a mesma ferocidade com que a ruptura se desenvolveu na França. Na Alemanha houve muito mais uma *adequação* do papel do monarca à sociedade, do que propriamente sua deposição – ou, menos ainda, sua decapitação. A partir de então, as relações existentes entre Estado e sociedade pautavam-se sob o princípio da legalidade, como forma de expressão de uma vontade geral, excluindo-se a possibilidade de arbítrios daquele advindos.

Por outro lado, tal como necessariamente ocorria no Estado constituído, o seio da organização estatal era composto por pessoas, as quais se comportavam não como integrantes da sociedade, mas como agentes, incumbidos das mais diversas funções públicas, desde as administrativas e fiscais, às de defesa da pátria contra ameaça externas – no último caso, os militares. De igual maneira, o estreitamento dos vínculos com o Estado também abarcava aqueles que a ele se vinculavam, pelo descumprimento de uma norma prévia de conduta, de matriz penal – advinda da vontade geral –, a qual era imposta uma pena privativa de liberdade, cumprida em estabelecimentos públicos. O campo interno ao Estado abrangia, ainda, os submetidos ao braço educacional público, em resumo, os alunos de instituições

Brendam Simms salientava que tal império era “presidido pelo Imperador, escolhido por sete eleitores – os arcebispos de Mainz, Colónia e Tréveris e os príncipes reinantes da Boémia, do Palatinado, da Saxónia e de Brandenburgo. Governava em consulta com os ‘estamentos’ leigos e eclesiásticos do Império – os eleitores, príncipes, condes, cavaleiros e cidades – reunidos no Reichstag, o parlamento imperial alemão. Longe de serem um rebanho deferente, os alemães discutiam constantemente com a autoridade, fossem os príncipes com o imperador, ou os camponeses com os seus senhores, através de tribunais locais ou imperiais.” (SIMMS, 2015, pp. 35-36).

¹⁵¹ “como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos.”

¹⁵² Mariano López Benítez menciona que, ainda que o retorno a passos anteriores aos da Revolução Francesa tenha sido o objetivo almejado pelo Congresso de Viena (e, salientamos, muito mais com a Santa Aliança) “el retorno hacia atrás sin más se adivina como una empresa imposible, porque la Revolución ha alterado profundamente la faz del continente y, lo que es peor, ha dejado como estela un foco revolucionario latente en todos los países.” (BENÍTEZ, 1994, p. 45).

pública de ensino, frequentadas pelos cidadãos em geral ou por integrantes de grupos específicos já internos ao Estado – como os ingressos em academias militares ou, modernamente, as escolas de formação profissional de agentes.

Nesse período, essas relações internas ao Estado ainda recebiam o grau de influência advindo do antigo regime, quando a vontade do soberano (plasmada na ação do Estado) se sobrepunha a uma noção de vontade geral ou aos limites legais que lhe pudessem ser impostos. Em outros termos, as relações de sujeição especial, em sua origem, surgiram como uma teoria de restrição aos direitos fundamentais e à legalidade, contemporizada nas relações internas de um Estado, estabelecidas entre ele e uma classe especial de submissos. Para os demais súditos, externava-se uma monarquia constitucional pautada pelo respeito à lei: a sujeição especial caracterizava um verdadeiro nicho de retorno às antigas práticas.

Tanto assim que Pedro Adamy, em artigo publicado na Revista Brasileira de Políticas Públicas (*Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição*), inaugura seu tema e apresenta uma citação que bem define esse momento como seriam vistas as sujeições na Alemanha pós-revolução: “Eu sempre digo: quem se relaciona com a Administração sem ser Senhor e Governante, ou é um filisteu, ou é um patife, ou é um louco.” (GOETHE, 1786, apud ADAMY, 2018, p. 361).

Contudo, com a mudança dos tempos, o fundamento teórico também se ajustou: os ideais da Revolução Francesa e a ideia de adesão à lei alastraram-se por toda a Europa e passaram a ser o modo de visão universal. Essa não era mais uma *novidade* a qual um nicho do Estado alemão pretendia resistir, mas sim a regra geral que tornou oportuna uma outra forma de o particular enxergar as relações internas ao Estado.

Com o século XX e as novas compreensões sobre ética e proteção dos direitos fundamentais, advindas do pós-Segunda Guerra, a teoria das relações de sujeições especiais tornava-se cada vez mais anacrônica, por albergar justamente uma cavidade à salvo da incidência dos direitos básicos ao indivíduo. De fato, a teoria encaminhava para sua própria inanição, ao mesmo tempo em que na Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn, em 1949, e na própria Espanha – local em que a sujeição especial ganhou terreno mais fértil – eram finalmente abolidas algumas práticas violadoras de direitos fundamentais – como a pena de morte por garrote vil, a qual teve um de seus últimos suplicados o anarquista catalão Salvador Puig Antich, na década de 1970.

O fundamento teórico pautou-se na compreensão de que vínculo jurídico era capaz de gerar relações mais intensas do que aquelas existentes em situações genéricas, tal qual a sujeição de todos, indistintamente, à lei. Persistia, porém, o uso da teoria como um platô a

pretender ser mais alto do que o alcance da lei e dos direitos fundamentais – o que se tonava insustentável no pós-guerra, principalmente na Alemanha.

Contudo, em que pese o seu aparente movimento de extenuação, no mesmo século XX houve o renascimento da teoria das relações de sujeição especial. Isso ocorreu em duas oportunidades distintas (PEREIRA, 2006): a primeira, em uma reunião de catedráticos de direito público, realizada em 1956, na cidade de Mainz, em que foi reconhecido o instituto, a partir de uma nova moldura constitucional: ficou estabelecido a limitação do atuar administrativo, o respeito aos direitos fundamentais e a proteção judicial no âmbito da sujeição especial. A segunda, nas interpretações posteriormente dadas pelos estudiosos a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Espanhol, de 1972, trazendo a mesma baliza agregadora de direitos fundamentais – ainda que uma das correntes interpretativas desse precedente enxergassem nele o próprio instante derradeiro de tais sujeições.

Assim, passado o momento de sua quase completa ruptura, no pós-Segunda Guerra Mundial, a teoria em questão sofreu importante reanálise nas últimas décadas do século XX. Permitiu-se, portanto, que determinada parcela doutrinária compatibilizasse sua existência com os institutos condignos de Estados Democráticos e com o reconhecimento a direitos fundamentais, em conciliação com princípios informadores da ordem jurídica na atualidade, dentre os quais a dignidade da pessoa humana.

Essa principal releitura é trazida nos dizeres de Jane Reis Gonçalves Pereira, para quem:

[...] atualmente, o conceito de relações especiais tem sido manejado com frequência pela doutrina e pela jurisprudência em diversos ordenamentos constitucionais democráticos, fato este que demonstra que o instituto foi atualizado e desconectado dos propósitos autoritários que viabilizaram seu nascimento. Após firmar-se na tradição jurídica germânica, a noção em apreço difundiu-se para outros sistemas constitucionais – como o espanhol, o suíço e o português –, nos quais vem recebendo progressiva atenção (PEREIRA, 2006, p. 401).

No entanto, mesmo com a reinterpretção de seus dogmas, a doutrina continua sendo um instituto controvertido dentre os ordenamentos jurídicos que se propõe a estudá-la (quer na doutrina brasileira, quer na estrangeira). No Brasil, em que pese o aceno positivo de variada doutrina, além da mencionada por Reis (2006), Oliveira (2013) e Aragão (2013), Miriam Wimmer a considera uma categoria “anacrônica e desnecessária, como também perigosa” (2007, p. 50),¹⁵³ enquanto o mencionado Adamy (2018), acorde com os primeiros

¹⁵³ Para ela: “O que se discute hoje é se esse instituto, à luz das transformações por que passou após a segunda guerra mundial, tem alguma utilidade prática como instrumento hermenêutico racionalizador das decisões

autores, tenciona oferecer critérios objetivos para a análise do instituto perante situações concretas, com um teste à sua adequação constitucional – o autor problematiza, inclusive, a questão das manifestações públicas feitas por agente.¹⁵⁴ Em suma, deve-se crer que nenhuma parcela da doutrina jurídica no mundo ainda pretenda alijar (e não limitar, visto que isto é possível) direitos fundamentais ou a legalidade com base em sujeição especial: seria tal como o julgador avaliar o erro médico mediante os critérios de medicina e assepsia que eram empregados também no século XIX: os institutos, por certo, evoluem, assim como a análise jurídica que os teoriza.

Não ignorando, contudo, a controvérsia, na Colômbia, Pavajeau e López (2007, p. 13), em obra dedicada à formação do tema no Direito naquele país, lecionam:

A categoria de direito público denominada ‘relação especial de sujeição’ tem sido, sem qualquer hesitação, um dos institutos jurídicos mais controversos ao longo da evolução da função pública no Estado de direito. Esse conceito jurídico tinha e ainda tem fortes defensores, mas também, principalmente em virtude do constitucionalismo moderno, detratores significativos que parecem estar aumentando dia a dia.¹⁵⁵

judiciais, ou se o peso de seu passado, associado indelevelmente ao autoritarismo e à negação da vigência do Estado de Direito em certos domínios, torna-o inadequado e incompatível com o constitucionalismo moderno. Sobre essa questão, a doutrina se divide [...] com efeito, deve-se reconhecer o risco potencial de que o conceito seja empregado como fundamento autônomo para a restrição a direitos fundamentais, sem uma adequada análise dos fins constitucionais em jogo e da necessidade e proporcionalidade das restrições determinadas. Ademais, é questionável se a utilização da categoria possui alguma utilidade hermenêutica, uma vez que se percebe claramente o alcance de resultados muito semelhantes pelos tribunais quando recorrem aos instrumentos ordinários de interpretação para a restrição de direitos fundamentais. É questionável, também, se os cidadãos inseridos em relações especiais de sujeição podem ter seus direitos condicionados de modo qualitativamente diferente do que ocorre com os cidadãos comuns.” (WIMMER, 2007, p. 50).

¹⁵⁴ “Um policial militar usa determinada rede social para criticar duramente a corporação a qual pertence, afirmando que ‘a Polícia se assemelha a jagunços, reflexo de uma sociedade hipócrita, imbecil e desonesta’. Após o conhecimento de tais críticas por seus superiores hierárquicos, recebe 15 dias de prisão como punição. Um promotor de justiça publicou, em seu perfil em rede social, “mensagem ofensiva a manifestantes que se reuniram em um dos protestos de junho de 2013, preconizando o emprego da violência estatal contra aqueles e manifestando saudosismo dos tempos de ditadura militar”. Como consequência de tal manifestação, o Conselho Nacional do Ministério Público suspendeu o promotor de suas funções por 15 dias, punição mantida posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal. Essas situações se repetem diariamente com centenas, talvez milhares, de pessoas. Em casos normais, tais manifestações seriam encaradas como simples exercício de liberdade de expressão de pensamento, garantido no artigo 5º, inciso IV, da Constituição, ensejando, no máximo, críticas sociais aos emissores por seu conteúdo. Como manifestação de pensamento, essas opiniões dificilmente ensejariam a punição do autor, por mais infamante que seja o seu conteúdo. No entanto, alguns indivíduos, com relações institucionais específicas, recebem punição por expressar livremente sua opinião. Esses indivíduos encontram-se subordinados de maneira diferenciada perante o estado. Encontram-se em uma relação especial de sujeição.” (ADAMY, 2018, p. 362).

¹⁵⁵ “La categoría del derecho público denominada ‘relación especial de sujeción’ ha sido, sin hesitación alguna, uno de los institutos jurídicos más polémicos a lo largo de la evolución de la función pública en el Estado de derecho. Tal concepto jurídico tuvo y aún tiene furibundos defensores, pero también, especialmente por virtud del constitucionalismo moderno, significativos detratores que parecen día a día ir en aumento” (PAVAJEAU; LÓPEZ, 2007, p.13).

Passado o tempo, recuperado o viés democrático de tais restrições – com base no reexame que receberam no século XX –, a maior questão passou a dizer respeito aos limites da mitigação de direitos que elas propiciam, pois, para isso, utilizam-se princípios constitucionais ponderados sob uma análise da proporcionalidade da restrição envolvida. Tanto assim que a posição apresentada por autores como Canotilho (2003, p. 467) é que tal teoria constitui apenas a sujeição de um indivíduo a um estatuto específico, que deverá encontrar fundamento na Constituição, ainda que nela pressuposto algo que plenamente compactua como novo sentido que o direito moderno dá a teoria: sem pretender ablação de direitos fundamentais, é caminho para restringi-los. Nesses termos, aliás, que Jorge Reis Novais pondera, apresentando a utilidade da teoria face aos poucos elementos expressos de limitação constantes da Constituição de Portugal:

as relações especiais de poder raramente vêm consideradas pela doutrina na sua qualidade de fundamento de limitação imaneente dos direitos fundamentais, embora não devam, em nosso entender, deixar de integrar o conjunto desses possíveis fundamentos, tanto mais quanto, como acontece entre nós, a Constituição só prevê expressamente as restrições ao exercício de alguns direitos fundamentais dos militares e agentes dos serviços e forças de segurança e dos reclusos [...] (NOVAIS, 2010, pp. 510-511).

Na atualidade, o principal é perceber quando uma relação poderá ser enquadrada como de sujeição especial, para assim valer-se de um regime jurídico especificado. Ou, por outro foco, compreender a utilidade prática desse enquadramento, sobretudo quando a ordem jurídica do país o reconhece albergado por outros institutos (discussão que traz Rafael Oliveira, ao sinalizar que as categorias das relações especiais estão muitas vezes contidas em percepções clássicas do poder disciplinar).

Deve-se lembrar que, ainda hoje, a doutrina das relações de sujeição especial tem como principais exemplos de caracterização aceitos na doutrina os agentes públicos, os penitenciários, os militares, os ingressos em estabelecimentos públicos de ensino e, com pertinentes controvérsias, os delegatários de serviços públicos, por ato negocial.

Quanto ao objeto de estudo desta obra, ao se observar na magistratura um regime jurídico detalhadamente descrito no texto constitucional, compreende-se que a análise dos balizamentos do vínculo também pode se dar pelas citadas relações, útil ao estudo da privacidade e ao de suas restrições.

3.5.2 A formação do vínculo em Relações de Sujeição Especial

A teoria que estuda tais relações é, antes de tudo, uma teoria de limites ao vínculo jurídico por elas mesmas instituído. Muitos desses limites, no entanto, já foram retratados pela sua leitura moderna, que trouxe tais relações à luz dos direitos fundamentais. Porém, conhecidos estes, os limites gerais da teoria, importa ainda desvendar seu limite específico, isto é, as hipóteses nas quais o vínculo jurídico poderá ou não ser formado como sujeição especial.

A previsão de uma relação, tendo por base um vínculo, pode ser extraída de Pavajeau e López (2007, p. 75), para quem “estamos pois ante um protótipo de relação regida pelo direito administrativo, na qual uma Administración Pública exerce poderes sobre outro ou outros sujeitos”.¹⁵⁶ Esse exercício de poderes públicos sobre um sujeito, por certo ocorre com base em um liame, que os inclui na mencionada categoria jurídica. Por isso, cuidar dessa forma de construção jurídica é tratar, antes de mais nada, do estabelecimento de uma relação pautada por um vínculo jurídico. Esta é também a linha de Benítez (1994, p. 170): “As relações especiais de sujeição, como relações jurídicas, têm conteúdo próprio, ou seja, uma 'posição jurídica' dos sujeitos, composta por uma 'situação de poder' e uma 'situação de dever’”.¹⁵⁷

Deve-se mencionar que, acerca da formação desse vínculo, há posicionamentos na doutrina que não admitem distanciar as sujeições especiais de seu passado sombrio, quando era utilizada em um modo tão intenso para a restrição de direitos que praticamente correspondia a não os deferir (por exemplo, afastava-se a própria possibilidade de controle via Poder Judiciário).

Tratando da forma pela qual o vínculo será formado, a doutrina bem lembra que “o ingresso dos indivíduos nessas relações especiais pode decorrer de adesão voluntária ou da aplicação de lei” (PEREIRA, 2006, fl. 386). Essa compreensão é bem abastecida em toda a doutrina espanhola que constitui o referencial teórico sobre o tema: Ricardo García Macho, Mariano Lopez Benítez e Iñaki Lasagabaster Herrarte, além de, na Colômbia, Pavajeau.¹⁵⁸

¹⁵⁶ “estamos pues ante un prototipo de relación regida por el derecho administrativo, en el cual una Administración Pública ejerce potestades sobre otro u otros sujetos”

¹⁵⁷ “las relaciones especiales de sujeción, en tanto que relaciones jurídicas, tiene el contenido propio de éstas, es decir, una ‘posición jurídica’ de los sujetos, que se encuentra compuesta por una ‘situación de poder’ y por una ‘situación de deber’”

¹⁵⁸ Mesmo dentro das sujeições especiais, cada categoria corresponde, contudo, a uma particularidade de vínculo. É o reflexo de a análise ser levada para um critério de proporcionalidade que, como ponderação, exige a análise de um objeto individualizado (ainda que seja uma norma abstrata): “se é certo que se pode partir da afirmação genérica de que os direitos fundamentais valem em quaisquer relações entre Estados e cidadãos, sejam elas

Por exemplo, Herrarte, na obra *Las relaciones de sujeción especial*, ao fazer uma passagem geral sobre o instituto, traz a compreensão acima estabelecida sobre a formação do vínculo. Ademais, tecendo amiúdes sobre a teoria – incluindo as orientações jurídicas que compuseram sua origem –, apregoa que:

As Relações de Sujeição Especial contemplam como conceito jurídico aquela construção legal que fundamenta um enfraquecimento ou redução dos direitos dos cidadãos, ou dos sistemas institucionalmente previstos para sua garantia, como resultado de uma relação qualificada com os poderes públicos, derivada de um mandato constitucional ou disposição legislativa em conformidade com aquela que, em alguns casos, possa ser assumida voluntariamente ou que, por sua vez, possa ser acompanhada pelo reconhecimento de alguns direitos especiais a favor do cidadão afetado por tal situação. As instituições legais mais afetadas como resultado da existência de RSE são: o princípio da legalidade, direitos fundamentais e proteção judicial (HERRARTE, 1994, p. 25)¹⁵⁹.

Assim, por uma concepção genérica, as relações constituídas sob sujeição especial têm por base uma autorização constitucional, ou uma previsão em lei que esteja de acordo com aquela, admitindo-se, ainda, a integração à categoria por via de um ato manifestado de vontade – desde que exarado em conformidade com as anteriores, ressaltamos.

No entanto, a chegada a tal compreensão não passa por um caminho doutrinariamente pacífico.

Novamente, Pereira (2006, p.403) apresenta essa pertinente controvérsia, colocando em debate o dever do estabelecimento de tais relações no texto da Constituição: “[...] e até que ponto é necessário que a possibilidade de limitação esteja estampada de forma explícita nos preceitos constitucionais que preveem as instituições sujeitas a regimes especiais”.

Isso ocorre porque, além das balizas à intensidade da relação, desenvolvidas face aos direitos fundamentais e à possibilidade de controle judicial – fruto da releitura pela qual passou tal doutrina, no sec. XX –, observa-se a necessidade de obter um limite à própria

gerais ou especiais, mas que são também aí restringíveis independentemente de haver ou não previsão constitucional expressa, não se pode ignorar que devem ser muito diferenciadamente deduzidas as possibilidades de limitação de direitos fundamentais dos militares quando comparadas com as que serão aplicáveis aos polícias; que a sujeição especial a que está subordinado um alto funcionário público que, como diz o Tribunal Constitucional alemão, ‘está no Estado’, é muito diferente da que afeta um estudante de uma Universidade; que o sigilo profissional que obriga um funcionário de um serviço de informações não é comparável com o que possa eventualmente afetar um funcionário administrativo de uma biblioteca pública.” (NOVAIS, 2010, p. 518).

¹⁵⁹“Las RSE contemplan como concepto jurídico a esa construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previsto para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquélla, que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida, u que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales en favor del ciudadano afectado por una tal situación. Las instituciones jurídicas más afectadas como consecuencia de la existencia de las RSE son: el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la protección judicial”.

criação do vínculo: isto é, quando uma relação poderá ser subsumida à sujeição especial, com os efeitos práticos e jurídicos daí decorrentes.

A própria autora, em seguida, esboça qual o seu posicionamento, admitindo que a sujeição seja instituída apenas por um teste de pertinência constitucional, sem necessidade de sua expressa previsão ou autorização na Carta Política. Para ela:

a leitura mais acertada do problema, na linha do que se defende neste estudo, é a de que os efeitos das relações de sujeição especial têm lastro na teoria geral das restrições aos direitos fundamentais que deve ser aplicada inclusive quanto aos direitos não sujeitos à reserva legal. Assim, é suficiente que a instituição na qual se insere a relação especial de sujeição seja constitucionalmente legitimada, não sendo necessário que as restrições que possam recair sobre os direitos fundamentais estejam enunciadas de forma específica no texto constitucional (PEREIRA, 2006, p. 404).

No entanto, caminhando em sentido contrário, há linhas de pensamento restritivas, pelas quais o estabelecimento de um vínculo dessa natureza não prescinde de autorização na Constituição, ainda que genérica. É o que adota, por exemplo, Herrate (1994, p.113), para quem “As RSE têm valor quando encontram reconhecimento constitucional. Para que a RSE sirva de limite, é necessário que faça parte da ordem constitucional, que a Constituição a institucionalize”.¹⁶⁰

Portanto, uma das questões centrais afetas às relações de sujeição especial, juntamente dos seus limites de aplicação – ou seja, quanto podem criar deveres ou relativizar direitos fundamentais – é a forma e os limites à constituição do vínculo. Esse raciocínio é tão fundamental quanto a própria existência das relações.

Quanto mencionamos a forma, fazemos tanto menção aos modelos autorizadores já expressos (constituição, lei que concorde com aquela, ou manifestação de vontade), quanto às categorias que normalmente compõem uma RSE. Por outro lado, ao mencionarmos os limites, questionamos quando uma hipótese concreta pode ser formadora de uma relação de sujeição especial, passando a ser a ela submetida.

Por certo, o questionamento sobre a segunda passagem (quando uma RSE pode ser formada) insere-se, necessariamente, como um conseqüente lógico da primeira: se admitirmos que as RSE apenas serão formadas com expressa autorização em norma constitucional (não para o nome do instituto, mas para um regime jurídico particularizado, tal como traz a Constituição, quanto aos militares), as hipóteses de formação serão drasticamente reduzidas.

¹⁶⁰ “las RSE tienen valor cuando encuentran reconocimiento constitucional. Para que la RSE pueda servir de límite se exige que la misma forme parte del ordenamiento constitucional, que la Constitución la institucionalice”

E, além disso, se pretendermos que a norma constitucional detalhe todas as possibilidades e contornos do instituto, tanto o debate sobre sua existência deixará de ser necessário quanto, em privacidade, muito pouco se extrairá – em âmbito constitucional – do regime jurídico aplicável aos juízes.

De todo modo, mesmo para os autores que advogam a corrente mais tolerante, o teste para a execução dos limites decorrentes do vínculo – e, ponderamos nós, para o seu próprio estabelecimento – perpassa por princípios e regras de matriz constitucional. É, por exemplo, como pondera para o direito brasileiro já citada autora Jane Reis Gonçalves Pereira:

No entanto, cabe repisar que a mera qualificação de uma relação como de sujeição especial não é suficiente para justificar o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos envolvidos. É essencial que, em cada caso, seja efetivada uma ponderação em que sejam consideradas, de um lado, as relações entre a finalidade da instituição e a restrição imposta e, de outro, a necessidade de tutelar, na maior medida possível, os direitos fundamentais dos indivíduos que se encontram sob a relação de sujeição especial (PEREIRA, 2006, p. 405).

É da nossa impressão imediata que esse vínculo, em alguns casos, prescinde da necessidade de previsão legal estrita, bastando a qualificação de um ato de vontade; porém, em outros, discute-se se dependerá de autorização ou de ordem legal, ou mesmo constitucional, a depender do grau de exposição dos direitos fundamentais dos envolvidos. Serão balizadoras, em todo caso, as etapas estabelecidas pela proporcionalidade.

A relevância dessa compreensão é legitimar algumas relações que já são estabelecidas de longa data no Direito, porém, muitas vezes, sem assumir uma classificação que as perfilhe. Também possibilitará justificar a formação de vínculos em hipóteses de ausência de previsão legal – abarcando o estudo dos limites jurídicos desta composição –, principalmente em um sistema jurídico de família romano-germânica, basicamente imbricado à lei, como o nosso. São exemplos, respectivamente, o regime jurídico dos militares e o dos demais agentes do Estado, bem como estudantes de instituições públicas e presidiários.¹⁶¹ Em sendo os magistrados também incidentes na categorização genérica de agentes públicos, e contando com um estatuto expresso na Constituição, a eles também socorrem as ditas sujeições.

Portanto, em uma compreensão jurídica que possua toda uma dificuldade em aceitar obrigações e sanções cuja instituição não derive diretamente da lei – tal qual a brasileira –, a teoria das relações de sujeição especial ajuda a fundamentar a criação de um vínculo com o Estado, muitas vezes baseado em um ato de vontade. Como o particular não celebra o ajuste

¹⁶¹ E, sem consenso na doutrina, mesmo os delegatários de serviços públicos.

sob premente necessidade, coação, nem sob qualquer outro vício, o principal exame que se exige, além da competência, é o do grau de restrição a direitos fundamentais, dentro de um teste de proporcionalidade.

Além disso, quer neste, quer no caso dos institutos já explicados pelo nosso próprio ordenamento, a doutrina da sujeição especial permite, nos dizeres de Pereira (2006), racionalizar a interpretação dos direitos fundamentais, estabelecendo uma estrutura argumentativa articulada e coerente, principalmente quando em jogo a restrição a direitos.

Em suma, o vínculo jurídico em RSE forma-se por lei ou por esforço da vontade. Essa afirmação, aliás, aplica-se à toda a sorte de vínculos jurídicos: de um casamento, cujo regime de bens é consensualmente acordado, mas que, por vigor da lei, em determinadas situações, não cabe escolha pelo preferido; à restrição da privacidade, que se dá por um ato voluntário, como o dos que se confinam em casas, em programas televisivos, ou ainda pelo rigor da lei, para os que sofrem uma sanção penal do Estado-juiz. Tal como se percebe, a vontade é a genitora dos homens, pois quando legalmente autorizada, tudo o que é por eles pedido, ela aquiesce; a lei é a esposa, que por vezes determina, sem espaço para a vontade.

3.5.3 A compreensão crítica do instituto no Direito brasileiro

No direito brasileiro, a teoria em destaque encontra debate fértil, porém pouco numeroso em articulistas que lhe emprestam argumentos (é restrita a parcela da doutrina que a ela dedica alguma atenção). Dentre os autores que o fazem, por sua vez, são encontrados tanto olhares contemplativos quanto visões desconfortáveis, a depender da compreensão de sua adequabilidade, ou não, aos direitos fundamentais. Há de se verificar, em todo caso, que aquiescer a existência de Relações de Sujeição Especial possui vantagens significativas, como a explicação de alguns vínculos jurídicos, ou ainda, a elevação do debate acerca dos limites das restrições aos mencionados direitos.

No Brasil, a doutrina das relações de sujeição especial não encontrou suficiente espaço na construção doutrinária e jurisprudencial, relegada, em muitos casos, a categoria jurídica rejeitada ou até mesmo desconhecida, carente de uma aprofundada análise com o Direito interno. Como exemplo, Miriam Wimmer, autora já citada na apresentação da doutrina brasileira, estende duras críticas à categoria, rechaçando sua utilidade como instituto:

Assim, num país onde as decisões judiciais muitas vezes são pouco ou mal fundamentadas, parece questionável se a importação da doutrina das relações especiais de sujeição agregará qualquer utilidade prática. A utilização do conceito

em questão revela-se não só anacrônica e desnecessária, como também perigosa, pelo déficit de racionalidade nas decisões judiciais e pelo excessivo confinamento de direitos fundamentais que pode propiciar (WIMMER, 2007, p. 52).

Por certo, no Direito brasileiro, há relações jurídicas que podem ser inseridas nesse estatuto – recordando apenas duas delas, como é o caso dos militares e dos penitenciários, duas das categorias clássicas descritas em RSE. Sendo uma das categorias em doutrina descrita a dos agentes públicos, eis que submetidos a uma relação com o Estado em razão de um vínculo de ordem estatutária, pela compreensão ampla que este termo contém, nele inserimos também a magistratura: por serem agentes do Estado, os juízes também estão sujeitos a esse especial vínculo, em regra, estabelecido por um ato de vontade (ingresso via concurso público de provas e títulos, ou acesso aos Tribunais, quantos aos até então não integrantes da magistratura de carreira).

Em alguns paradigmas, há regimes jurídicos já delimitado na Constituição e nas leis (e.g. militares), os quais, por si só, justificam uma relação mais estrita, dotada de um maior grau de isolamento de direitos fundamentais (o que, por óbvio, insere-se em uma regra de proporcionalidade). Nessas hipóteses, a doutrina das sujeições especiais desenvolve uma função apenas legitimadora de papéis já conhecidos em nosso ordenamento.¹⁶²

Existem, no entanto, hipóteses não reguladas em minúcias pelo sistema jurídico, ainda que aquiescidas, tácita ou expressamente, pela Constituição. Para elas, as relações de sujeição especial encontram papel instrumental, permitindo justificar a formação de vínculos e a imposição de deveres e restrições mesmo ante a ausência de regras em lei específica, desde que respeitados os direitos fundamentais dos grupos envolvidos e as regras de competência.

Um dos exemplos aptos a demonstrar tal argumento é a relação do usuário com uma biblioteca pública: a partir do momento em que pretenda aderir às suas regras de conduta, de modo a obter o empréstimo de um livro, adentrará em uma relação regida pelo Direito, para a qual não existe um regulamento formalizado pela Casa legislativa. Descumpridas as condições acordadas – por exemplo, devolução excedendo o prazo regulamentar – o caminho natural é a imposição de uma penalidade, pois, do contrário, perderia sentido a própria

¹⁶² Por exemplo, no tocante aos militares, a Constituição estabelece um rol diverso de direitos sociais, os quais não são os mesmos revistos para os trabalhadores em geral – como a ausência do adicional noturno e da hora extra. Por sua vez, quanto aos penitenciários, a preocupação judicial com as condições nas quais ocorrem o seu encarceramento permitiu ao Supremo Tribunal Federal entender a existência de um *estado de coisas inconstitucionais* e pronunciar o dever do Estado de indenizar aqueles reclusos submetidos a uma situação degradante. Trata-se de uma narrativa compatível com aquela pela qual passaram os Regimes de Sujeição Especial (RSE), compatibilizando-os com os direitos fundamentais.

existência de uma regra¹⁶³. Em casos como esses, no entanto, se torna inacabada a expectativa por uma movimentação do Poder Legislativo para a existência de lei, em sentido estrito, a reger suspensões temporárias no empréstimo de livros: note-se que, em tal caso, não se vulneram direitos fundamentais ou, ainda que se considera este mitigado, em alguma maneira (o direito de obter livros públicos em uma biblioteca pública, faz-se adequadamente regulado por uma diretiva interna da Biblioteca, e não vemos nisso ofensa a direitos).

Descabe a espera por lei formal prevendo uma sanção de três a cinco dias sem novos empréstimos, para aquele que atrasar a restituição de livros. Se o fosse, até lá, a biblioteca pereceria. Bastará a previsão da norma sancionatória em ato administrativo, ao qual aderiu o usuário. É um caso típico em que há um vínculo – e correspondentes dever e sanção – formado sob relação de sujeição especial. Note-se, porém, que o raciocínio não se aplicaria se a sanção fosse baseada na exclusão de toda e qualquer frequência a bibliotecas públicas, ou, ainda, a previsão de obrigações pecuniárias. Isso porque, como aduz Pereira (2006), a estrutura de uma RSE deve ser galgada em uma proporcionalidade, com relação aos ônus que impõe.¹⁶⁴

Ocorre que, sob a ótica do Direito brasileiro, a figura das relações pode ser enquadrada em outros tipos de vínculo – baseados em institutos tão mais conhecidos –, como aquele existente no poder disciplinar. É nesse sentido, aliás, que se posiciona Rafael Rezende Oliveira, ao expor o entendimento segundo o qual a distinção entre “supremacia geral” e “supremacia especial”, serve como critério distintivo entre o poder de polícia e o poder disciplinar. Para ao autor, “enquanto o poder de polícia é exercido no âmbito da supremacia geral, o poder disciplinar relaciona-se com a denominada supremacia especial.” (OLIVEIRA, 2013, p. 243).

De fato, faz tempos que o direito brasileiro admite, de um lado, as características do poder de polícia (em denominação clássica, que hoje intenciona ser revista), previsto no art. 78, do Código Tributário Nacional (correspondente à sujeição geral) e, de outro, as relações pautadas no poder hierárquico e no poder disciplinar da Administração, envolvendo sujeitos que com ela possuem diferenciados vínculos (correspondente à sujeição especial). É sobre tais

¹⁶³Na expressão mais pura do modal deontico do dever-se: se fato é, deverá ser prestação; se não o for, haverá sanção.

¹⁶⁴ Buscando consolidar o raciocínio, trazemos um segundo exemplo do qual se extrai uma norma de conduta diretamente de uma relação de sujeição especial – porém, aqui, plasmada em uma advertência genérica, prevista em nossa Constituição, quanto à existência de um regime jurídico específico. É o que acontece com relação aos centros de formação militares. Nestes, inclusive, a lei aquiesce uma delegação disciplinar, que remete aos termos das normas próprias dos estabelecimentos de ensino, conforme o §2º, do art. 47, da Lei nº 6.880/1980. Trata-se de adequado exemplo de uma relação de sujeição especial.

pilares distintivos, inclusive, que estão construídas as noções de Poderes Administrativos, sobre os quais a doutrina brasileira escreve desde as primeiras décadas do século passado.

Outros institutos do direito brasileiro, aliás, também podem ser revistos a partir da noção de uma sujeição especial. Tanto assim que o mesmo autor, ao tratar do poder normativo e classificar os regulamentos em jurídicos (ou normativos) ou administrativos (ou de organização), compreende que os últimos são aqueles que dispõem sobre organização administrativa ou afetam “apenas os particulares que se encontram em relação de sujeição especial com a Administração” (OLIVEIRA, 2013, p. 233). Da mesma forma que “no âmbito das relações de sujeição especial, o poder de autoridade, que tem sido caracterizado como poder disciplinar, e não propriamente como poder de polícia [...]” (OLIVEIRA, 2013, p. 256).

De todo modo, a existência de uma tradicional abordagem em institutos já conhecidos no direito brasileiro não torna sem uso as teorias das relações de sujeição especial. Para Pereira (2006), a principal utilidade dessa categoria jurídica está na elevação, a um patamar mais alto, do debate sobre institutos potencialmente restritivos a direitos fundamentais.

Assim, com base em uma restrição especial presume-se uma maior possibilidade, em abstrato, de restrição a direitos fundamentais em virtude do vínculo jurídico. Em uma aplicação concreta, a teoria, embora imponha uma vantagem argumentativa, também situa um necessário caminho de proporcionalidade e de ponderação.

4 A PRIVACIDADE NO EXERCÍCIO DA MAGISTRATURA E SUAS RESTRIÇÕES

4.1 O REGIME JURÍDICO DA MAGISTRATURA BRASILEIRA

Este tópico se preocupa com a organização da magistratura e não do Judiciário brasileiro.¹⁶⁵ Ainda que as expressões possam parecer sinônimas, seu sentido é diverso: a estrutura do Judiciário remete à composição dos órgãos, bem como à análise de sua competência, repartida por critérios objetivo, territorial ou funcional (com repercussões na formação de Cortes constitucionais ou ordinárias). Ao contrário, a estrutura da magistratura encaminha para uma visão de seus agentes, com preocupações sobre seu regime jurídico (e o vínculo que os garante), formas de ingresso, deveres e proteções constitucionais – que, inevitavelmente, refletirão sobre a organização dos órgãos, porém, constituindo diferentes vértices.

Na Constituição Federal, o tratamento dispensado ao Poder Judiciário e à magistratura vem estabelecido em uma sequência de disposições: art. 92 (uma visão geral dos órgãos que compõem o Poder Judiciário brasileiro), art. 93 (o regramento jurídico direcionado à magistratura), art. 94 (previsão do quinto constitucional), art. 95 (garantias e vedações constitucionais), art. 96, 98, 99 (organização e autonomia dos Tribunais) e o art. 103-B (previsão do Conselho Nacional de Justiça e do seu poder normativo). Outras normas dizem respeito a competências de tribunais, como o art. 102 (Supremo Tribunal Federal), art. 105 (Superior Tribunal de Justiça), art. 124 e art. 125, §4º (Justiça Militar da União e dos estados, respectivamente), por exemplo. A matéria ainda encontra amparo (em sede não constitucional) no Estatuto da Magistratura, no Código de Ética e nas resoluções que objetivam reger a magistratura e que são emanadas do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça.

No que melhor garante a estrutura dos agentes responsáveis por exercer a jurisdição, é adequada a análise de disposições constantes dos artigos 95 e 103-B, que revelam, respectivamente, o regime jurídico da magistratura e o poder normativo de um órgão capaz de expressar meios de controle referentes ao mencionado regime, o Conselho Nacional de Justiça. No caso em debate, tem-se a atenção aos instrumentos e ações que incidem sobre a

¹⁶⁵ O estudo da organização do Judiciário brasileiro leva, por exemplo, a uma decomposição do total de órgãos, divididos em diversos critérios de fixação da competência, em variadas unidades federativas, em diferentes instâncias, com a composição de cada um deles. Por exemplo, se estudada a organização do Superior Tribunal de Justiça, seria visto a sua divisão em turmas, seções, órgão especial e Pleno, além da composição da Corte em trinta e três ministros. A preocupação sobre a forma de ingresso, vedações, garantias de cada um deles, isso é, seu regime jurídico, ficaria a cargo da estrutura da magistratura.

privacidade dos magistrados.¹⁶⁶ Semelhante importância documental é encontrada no Código de Ética da Magistratura e na Lei Orgânica vigente, a Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN) – esta, norma definida pelo STF como a responsável por regular o estatuto jurídico da magistratura¹⁶⁷ – e que também contém disposições atinentes ao vínculo jurídico que os magistrados formam com o Estado.

Portanto, o campo de análise que se desenvolve no presente trabalho é um estudo que abrange quatro sortes de normas: a Constituição Federal¹⁶⁸; a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (BRASIL, 1979), enquanto não superveniente o Estatuto da Magistratura; o Código de Ética da Magistratura (BRASIL, 2008); e as normas específicas do CNJ: a Resolução nº. 305 de 17/12/2019 (BRASIL, 2019) e, antes dela, o Provimento CNJ nº. 71, de 13 de junho de 2018 (BRASIL, 2018), que dispôs “sobre o uso do e-mail institucional pelos membros e servidores do Poder Judiciário e sobre a manifestação nas redes sociais”.

O âmbito da deferência dada pelo STF com relação à LOMAN, aliás, é bem vasto: além de salientar que a LC nº 35 foi recepcionada pela CRFB/88 (ADI nº. 1985, porém, a passar pela filtragem da atual constituição), também afirmou que (i) compete exclusivamente à LOMAN dispor sobre remoção, promoção e acesso de magistrados, na pendência do estatuto a que se refere o art. 93 da Constituição (BRASIL, ADI nº 4042, 2008); (ii) não se pode criar por provimento (BRASIL, ADI nº 2885, 2006) ou por lei complementar estadual (BRASIL, ADI nº 3227, 2006) nova forma de sanção disciplinar não prevista na LOMAN e na Constituição; (iii) lei estadual não poderá tratar do reatamento do vínculo jurídico de magistrado exonerado¹⁶⁹, eis que o rol de possibilidades referentes à sua formação são extraídas da Constituição e da atual lei orgânica (BRASIL, ADI nº 2983, 2005); (iv) norma

¹⁶⁶ Note-se que, tal qual já enunciado neste trabalho, a doutrina apresenta uma série de expressões: limitação, delimitação, conformação, etc. O que há de comum, no entanto, sem pretender (neste momento) classificar, é a necessidade de ser delimitado o alcance de um direito, para só então, a partir dessa delimitação, ser possível mencionar uma etapa de sua relativização (limitado, restringido, a depender da posição). No caso concreto, aliás, como visto, é encontrado também o uso de outra nomenclatura, como a aplicação restritiva de Canotilho e Moreira (2007), referente às aplicações concretas que dão causa a restrição de direitos, seja por ato do Poder Judiciário, seja da Administração Pública (o Estado em sua função executiva). Em todo caso, a doutrina é acorde em direcionar para a necessária proporcionalidade.

¹⁶⁷ “Até o advento da lei complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da LC 35/1979, que foi recebida pela Constituição.” (BRASIL, 2005).

¹⁶⁸ E, quanto a isso, não nos ocupamos dos magistrados estaduais, naquilo que possa constar das Constituições dos Entes Federativos, porém, cabendo salientar que o papel conferido ao Conselho Nacional de Justiça abrange o Poder Judiciário de qualquer esfera federativa, em todos os seus órgãos, exceto o Supremo Tribunal Federal (tal como decidido na ADI nº. 3.367, Relator Ministro Cezar Peluso: no caso, o Ministro enfatizou que o STF é o órgão máximo do judiciário nacional, de modo que não poderia estar sujeito ao referido conselho).

¹⁶⁹ Pretendeu-se a readmissão do magistrado voluntariamente exonerado, sem novo concurso público.

local não poderá criar restrição não prevista na lei orgânica e na Constituição (BRASIL, ADI nº 3508, 2007).¹⁷⁰

Ainda sobre o alcance da LOMAN e do estatuto que, sendo superveniente, a substituirá, além de cuidar de norma cuja iniciativa compete unicamente ao Supremo Tribunal Federal, conforme art. 93, *caput*, da CRFB/88 – havendo nisso uma fiança de que outros poderes não interferirão, pelo menos por tal porta, na autonomia do Judiciário¹⁷¹ –, tem que seu âmbito normativo “não se reduz a disciplina dos direitos e deveres funcionais dos magistrados: nele cabem normas fundamentais de um verdadeiro estatuto orgânico do Poder Judiciário, incluídas as que dizem respeito aos critérios para a substituição dos membros” (BRASIL, HC nº 68210 RS, 1991).

Quanto ao Código de Ética, tal como salienta a doutrina, ele se configura como um “elenco de normas de bem proceder. Não é uma codificação penal, com tipificação de condutas proibitivas. Seu teor é diretivo, sinalizador de como deva ser o procedimento de um juiz” (NALINI, 2019, p. 24). Contudo, ainda que não direcione *fattispecie* sancionatória propriamente dita (em uma estrutura de *tipos*), tem-se em conta que sua edição procura alicerce no art. 103-B, §4º, inc. I e II da Constituição, além do contido nos art. 35, inc. VIII, art. 36 e art. 56, inc. II da LC nº 35/79.¹⁷² Assim, a quebra do comportamento ético induz à responsabilização funcional, principalmente ao ser considerado que a tipicidade de normas sancionatórias administrativas não se porta de forma fechada como o dos tipos penais.¹⁷³ No

¹⁷⁰ No caso em análise, a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul resolveu regulamentar o exercício da função de magistério por parte de magistrados, apresentando critério restritivo não previsto na LOMAN, no tocante à impossibilidade de que a atividade acadêmica ocorresse no horário coincidente com o expediente do foro, excetuada a escola oficial da magistratura. A ação foi assim emendada: “Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento nº 004, de 25.02.2005, da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que dispõe sobre o horário em que o magistrado pode exercer o magistério. Procedência, em parte. I. Constitucionalidade do art. 1º, que apenas reproduz o disposto no art. 95, parágrafo único, I, da Constituição Federal. II. Inconstitucionalidade formal, contudo, do seu artigo 2º, que, ao vedar ao magistrado estadual o exercício de docência em horário coincidente com o do expediente do foro, dispõe sobre matéria de competência reservada à lei complementar, nos termos do art. 93, da Constituição Federal, e já prevista no art. 26, § 1º, da LOMAN.” (BRASIL, ADI nº 3508, 2007).

¹⁷¹ Contudo, não se refutam outros meios de *intercessão*: quer pelo caminho dos *diálogos institucionais*, por meio do qual há reação legislativa ao posicionamento do Poder Judiciário, em especial, do Supremo; quer pela constatação de que o rol de competências atribuídas ao Poder Judiciário não constitui, *per se*, cláusula pétrea.

¹⁷² “Art. 35 - São deveres do magistrado: VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. Art. 36 – “É vedado ao magistrado: I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista; II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração; III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério. Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado: [...] II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções” (BRASIL, 1979).

¹⁷³ Por exemplo, compreendendo que a legalidade administrativa não se iguala à legalidade penal, Alice Voronoff, em *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*, compõe que a reserva legal no direito

que impõe para o atual estudo, o Código de Ética tem caráter vinculativo e também pretende abranger âmbitos da privacidade do magistrado.

Portanto, a estrutura da magistratura constitui-se de um aparato de deveres, tendo ao lado deles zonas de defesa, de modo que esse conjunto é o que torna a tutela jurisdicional apta a desenvolver-se de modo adequada. Assim, é adensado um véu que permite proteções à magistratura, porém, também impondo a ela sujeições decorrentes do vínculo jurídico. Tais elementos podem ser expressos da forma a seguir:

- a) Deveres dos magistrados (na LOMAN e em outros textos);
- b) Vedações aos magistrados;
- c) Garantias do Poder Judiciário (institucionais e funcionais);

Como forma de fiscalização desses anteriores objetos, levam-se em conta os mecanismos republicanos de controle da magistratura, que dependerão *(i)* da formação do vínculo em sujeição especial, o que remete ao provimento dos cargos de juiz. Tal como é principalmente designado nas normas que regulam a magistratura, tais mecanismos são exercidos (quanto ao órgão) *(ii)* dentro de um sistema de controle interno do Poder Judiciário, nesta obra, dada a ênfase ao Conselho Nacional de Justiça, em razão de seu poder normativo (que lhe permitiu editar recentes resoluções que adentram no tema da privacidade); e (quanto ao meio) *(iii)* pelo controle *(interna corporis)* da privacidade: a responsabilidade administrativa dos magistrados.¹⁷⁴

Para fins do estudo relacionado à privacidade, são recompostos nos próximos itens.

administrativo “é compatível com a edição de leis de densidade normativa diversas, mas exige, no mínimo, habilitação legal explícita e remissão legal suficiente (item 5.3.4). Além disso, há de haver sempre predeterminação normativa suficiente (mas não necessariamente legal) das condutas e penalidades passíveis de serem aplicadas” (VORONOFF, 2018, p. 215). Esses critérios são presentes nas conformações dadas pelo código de ética, visto que as sanções advêm de tronco encontrado na Constituição e na Lei Complementar nº 35, assim como as condutas propriamente ditas são adequadamente densificadas no código de ética por meio de comportamentos que promovem ao menos a previsibilidade do agente que integra os quadros da magistratura.

¹⁷⁴ Em tal linha, o controle interno do Judiciário, além do Conselho Nacional de Justiça, também é desenvolvido por Ouvidorias e Corregedorias dos Tribunais: porém, esta obra se atém ao centro de onde emanado o poder normativo, eis que atos provenientes de corregedorias de Tribunais, caso criem deveres não aquiescidos na LOMAN, na Constituição e não advindos do poder normativo do Conselho, inevitavelmente não terão manutenção na ordem jurídica. Em tal respeito, aliás, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ato do Conselho Nacional de Justiça que impunha barreiras ao nepotismo, as resoluções emanadas do Conselho o seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional, são atos normativos primários. Por fim, em se tratando de uma preocupação do Estado que observa seus agentes, ou seja, o Juiz sendo visto pelo próprio Judiciário, em sua privacidade, faz-se fora de propósito a análise da responsabilidade penal ou civil, eis que estas, ainda que possuam regramento próprio quanto à magistratura (e.g. art. 143 do CPC/15), advêm de uma lógica mais ampla de uma teoria do ilícito (ainda que ilícitos penais, civis e administrativos advenham de uma mesma base ontológica), que não é tão próprio da magistratura, mas sim de diversos atores sociais.

4.1.1 Deveres, vedações e garantias sob o prisma da privacidade

O presente tópico cuida da LOMAN e de outros textos, tendo em conta as disposições que mais se relacionam com a delimitação¹⁷⁵ da privacidade dos magistrados (quando provocada pela própria estrutura orgânica que integram). Levam-se em conta os motivos pelos quais tornaria o Estado desejoso não só de proteger essa privacidade, como também de devassá-la, por exemplo, para garantir a imparcialidade da jurisdição.

De modo amplo, como todo corpo de agentes públicos, os magistrados possuem direitos, como os constantes da lei de regência, a LOMAN (férias, art. 66; licenças, art. 69; concessões, art. 72; outros afastamentos, art. 73), porém, também prerrogativas, decorrentes da autoridade que exercem (art. 33 da LOMAN). Tal conjunto de possibilidades majoram alguma forma de interesse social pelos passos tomados por magistrados, dentro e fora dos autos, estejam ou não no exercício da jurisdição. Essas peculiaridades transbordam, inclusive, na forma como são praticados alguns atos processuais, ainda que atuem não como órgão da jurisdição, mas como partes da demanda (prisão de magistrados, art. 33, inc. II, da LOMAN) ou do processo (rito para sua oitiva como testemunhas, art. 33, inc. I). Tais dispositivos, ainda que tenham por móvel o próprio resguardo das funções, indubitavelmente relacionam-se a um véu de privacidade (inegavelmente, pelo menos, quanto a poder ser ouvido de maneira diferenciada como testemunha), quando comparado a outros agentes. As peculiaridades até então mencionadas, contudo, são proteções.

Também como todos os agentes do Estado, magistrados possuem um rol de obrigações relacionadas com o cumprimento dos objetivos a eles confiados dentro de um Estado de direito – o principal dele, a tutela de direitos fundamentais. Em razão dessa dupla posição (a de agentes públicos e de responsáveis por aplicar direitos de tal grandeza), sobre eles recaem deveres, vedações, porém também lhes socorrem garantias. Estas, diferentemente das prerrogativas, ainda que ambas tenham foco nas peculiaridades do cargo, e não do agente, estão intimamente relacionadas com a própria utilidade da jurisdição: um juiz sem porte de arma continuará sendo um juiz útil – até porque, a depender da sorte de ameaça que o aguarda, em nada o auxiliará. Mas, um juiz sem vitaliciedade e inamovibilidade é apenas o ocupante de uma lotação, com muito mais receios do que possibilidades.

¹⁷⁵ Para fins desse capítulo, quando se fala delimitação ou mitigação, considera-se qualquer meio que permita uma ação estatal sobre a privacidade do juiz. A rigor, não se está a usar a diferença técnica feita por autores que se propõe a estudar as variações existentes sobre direitos fundamentais, vistas no capítulo dois. Caso se pretenda utilizar um termo com um mais preciso sentido, será feito o necessário destaque.

No que importa à privacidade, passa-se ao estudo dos deveres, vedações e garantias. As prerrogativas, referências à autoridade dos magistrados e úteis em favor do cargo (e não só do agente) deixam de ser analisadas, por não impactarem de modo sensível no estudo daquele direito, tal como impactariam se a análise fosse talvez dedicada a outro objeto: em suma, não interferem de modo relevante na jurisdição.

Os *deveres dos magistrados* iniciam-se expressos de forma concentrada no artigo 35 da LOMAN (BRASIL, 1979), porém também encontrando disposições esparsas ao longo dos diversos textos do ordenamento jurídico brasileiro. Seguindo a mencionada ordem, na forma da lei orgânica, compreendem:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - **Cumprir e fazer cumprir, com independência**, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular (grifo nosso).

Além desse artigo, são retirados da norma escrita mais alguns deveres: dever de fundamentação das decisões (art. 93, inc. IX, CRFB/88); dever de prestar contas ao órgão de segunda instância (art. 39, da LOMAN¹⁷⁶ c/c art. 93, inc. II, alínea “e”, da CRFB/88); deveres processualmente exigidos, dentre os quais o tratamento igualitário às partes (art. 139, inc. I, do CPC/15), a garantia da razoável duração processual (art. 139, inc. II, do CPC/2015 c/c art. 5º, inc. LXXVIII da CRFB/88) e a obrigação de declarar-se em suspeição ou impedimento (art. 144 e 145 do CPC/2015); dever de condução da prestação jurisdicional segundo normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (art. 5º CRFB/88 c/c art. 1º, do CPC/15); dever de frequentar cursos oficiais para vitaliciamento (art. 93, inc. IV, da CRFB/88).

¹⁷⁶“Art. 39 - Os juízes remeterão, até o dia dez de cada mês, ao órgão corregedor competente de segunda instância, informação a respeito dos feitos em seu poder, cujos prazos para despacho ou decisão hajam sido excedidos, bem como indicação do número de sentenças proferidas no mês anterior.”

As *vedações* vêm dispostas no art. 95, parágrafo único, da Constituição (BRASIL, 1988).¹⁷⁷ Ao passo que os deveres enunciam condutas que devem ser praticadas, as *vedações* entabulam chamados de abstenção:

Art. 95. [...].

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária;

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (grifo nosso).

São, em suma, de duas ordens: as que buscam favorecer a prestação jurisdicional, evitando que os magistrados se dispersem com o exercício de outros cargos ou funções, prejudicando seu principal labor (art. 95, parágrafo único, inciso I); as que visam proteger a magistratura de ingerências indevidas, como forma de garantir a independência e a imparcialidade (art. 95, parágrafo único, incisos II a V).¹⁷⁸

A observância do rol de deveres e *vedações*, pelo olhar da privacidade, permite levantar algumas questões.

Tendo em pauta o exercício da magistratura, é factível a constatação de que alguns descumprimentos de deveres ou de *vedações* têm sua margem probatória facilitada pelo uso de meios tecnológicos que constituam mitigação da privacidade (ainda que, no exemplo a seguir, possibilitada pelo próprio juiz): em se tratando de magistrado que detém o dever legal de residir na comarca e que diariamente publica em sua rede social ações que executa em sua

¹⁷⁷ É da jurisprudência do STF que as restrições devem ser consideradas restritivamente. Tal como já mencionado neste trabalho, há o exemplo da ADI n°. 3508, em que o Supremo exarou o entendimento de que, se a Constituição e a LOMAN não estabelecem limites, o ato de tribunal não poderá pretender regulamentar a atividade de ensino por magistrados. Por outro lado, a Resolução n°. 10 do CNJ vedou o exercício pelos membros do Poder Judiciário de funções nos Tribunais de Justiça Desportiva e Comissões Disciplinares. No julgamento do tema pelo STF, a Corte compreendeu que tal *vedação* era extraída do art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição (BRASIL, MS n° 25938, 2008).

¹⁷⁸ Quanto ao mencionado dispositivo, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 25938 DF, em abril de 2008, consignou na ementa: “As *vedações* formais impostas constitucionalmente aos magistrados objetivam, de um lado, proteger o próprio Poder Judiciário, de modo que seus integrantes sejam dotados de condições de total independência e, de outra parte, garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional, que é função essencial do Estado e direito fundamental do jurisdicionado.” (BRASIL, MS n° 25938, 2008).

casa, situada em comarca diversa. Por certo, o acesso a tais informações foi tornado público pelo próprio magistrado.

Sobre tal exemplo, resgatando elementos postos no anterior capítulo, há uma devassa voluntária da privacidade, tendo-se colocado o juiz em sua própria caixa de vidro (restrição material), apta de apreensão (restrição cognoscitiva à privacidade) por todos. Chegando o assunto ao conhecimento da corregedoria (por quem quer que a ela leve as imagens), esta poderá atuar, pois não houve qualquer forma de quebra ou devassa de sigilo, em razão do ato descuidado de seu titular.¹⁷⁹ A privacidade, do ponto de vista objetivo (proteção dada pelo ordenamento), permanece incólume, embora tenha sido materialmente devassada pelo próprio agente. Diferentemente, contudo, seria a hipótese de uma interceptação de dados feita totalmente ao arrepio da norma (e em um procedimento meramente administrativo, por exemplo) e que visasse o mesmo fim: reunir elementos de prova de que o magistrado não reside na comarca, para tornar possível a atuação sancionatória. No último caso, ainda que a privacidade material seja devassada pelo meio escuso, e, a partir de então, passível do conhecimento por todos, há ainda uma afronta à norma jurídica, de modo que se fez efetivamente lesada a privacidade como objeto de proteção jurídica (restrição objetiva).

Um outro exemplo em que ações sobre a privacidade encontram utilidade para a demonstração de um dever funcional está no dever de *dedicar urbanidade* às partes e a outros atores do processo (art. 35, inc. IV, da LOMAN).¹⁸⁰ Por certo, é comum que circulem em meios de comunicação em massa vídeos em que agentes públicos são vistos desprezando o dito dever de urbanidade. Ainda que tal sorte de filmagem não sejam de visualização normal na imprensa contendo atos praticados por juízes, note-se em tal forma um ingresso na privacidade do magistrado,¹⁸¹ principalmente quando a falta de urbanidade ocorrer fora do exercício da jurisdição.

Contudo, ainda que os elementos acima bem sirvam de exemplos sobre como a ação sobre a privacidade pode descortinar a violação de deveres, tomando uma utilidade como

¹⁷⁹De igual forma, torna-se factível verificar o descumprimento de uma vedação como a do inciso I, do parágrafo único do art. 95, pelo magistrado que torna pública a existência de variados vínculos jurídicos estatutários com variadas instituições de ensino. É, contudo, um exemplo cada vez menos real, pois o cruzamento de dados financeiros possivelmente encontraria a acumulação ilícita. De toda forma, serve-nos tal como o exemplo dado quanto aos deveres.

¹⁸⁰Nos meios digitais, tendo como exemplos as publicações que destinem conteúdo não cortês a advogados, em meio a adjetivações desnecessárias quanto à profissão, algo que também afina a possibilidade de o Estado observar seu juiz, dedicando-lhe uma atenção, mesmo que legal no caso concreto, dada à sua zona de privacidade).

¹⁸¹Trazendo uma reflexão sobre o mencionado exemplo, há de se discutir se o principal debate caberá à privacidade, ou, ao contrário, à publicidade dos atos pelo magistrado praticados, quando no exercício da jurisdição. Cabe lembrar que às partes é livremente assegurado o direito à gravação judicial em imagem e em áudio, nos termos do art. 367, §6º, do CPC/15.

prova em procedimentos administrativos, não é prioritariamente essa a questão posta à prova no presente item. O que importa para análise, tal como se propõe, são os deveres que, por si só já evidenciam uma busca de relativização da privacidade dos magistrados (provocada pela própria estrutura que compõe o dever), ao lado daqueles que criam um intenso anseio Estatal na busca de relativização – por constituírem bens jurídicos extremamente caros ao exercício da jurisdição – ou até de uma maior proteção da privacidade dos seus juízes.

Ao mencionar deveres que encaminham um anseio de, por si, relativizar a privacidade, é feita menção à forma como o dever é apresentado ao magistrado: paralela à obrigação deste em manter-se acorde com o dever, há aquele dispensado aos órgãos de controle interno (Corregedorias e, tal qual o foco desta obra, o Conselho Nacional de Justiça) no tocante a fiscalizar se o cumprimento é adimplido pelo magistrado. Esse controle se dá seja pelo art. 103-B, § 4º, inc. II, da Constituição Federal, que atribui ao Conselho dever de zelar pela observância do art. 37 da mesma constituição, seja pela constatação lógica que um dever ao qual não se busca cumprimento é uma incoerência jurídica.

Quanto aos deveres incluídos no *primeiro rol* (os que, por si só já evidenciam uma busca de relativização da privacidade dos magistrados, em razão da própria estrutura que compõe o dever) está o de *manter conduta irrepreensível na vida pública e particular* (art. 35, inc. VIII, LOMAN) o qual clama que o Estado observe a vida particular do juiz, ainda que única e exclusivamente no que diga respeito à qualidade de sua conduta. Trata-se da exigência de uma atuação ativa por parte do Estado. Nesse sentido, aliás, o Conselho Nacional de Justiça já se posicionou no Procedimento de Controle Administrativo nº 0000662-08.2011.2.00.0000, em voto do Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti, acompanhado por maioria, quanto ao alcance da vida particular de um magistrado e as ações passíveis de serem analisadas pelo órgão, sob a visada do dever de manter *conduta irrepreensível na vida pública e particular*:

O magistrado deve cumprir seus deveres e fazer cumprir as disposições legais e atos de ofício, não excedendo injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar, previstos nos inc. I e II da LOMAN. Portanto, deverá, independentemente de horário de comparecimento ao foro, manter em dia os feitos sob sua jurisdição, observando os prazos legais para despachar e sentenciar. Cumpridos tais deveres, o magistrado é dono de seu tempo, podendo empregá-lo como melhor lhe aprouver, **não estando obrigado a dar satisfação de sua vida privada, desde que sejam atividades as quais não violem o dever de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular** (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2011, grifo nosso).

O mencionado dever, aliás, é fundamento expresso da criação tanto do Código de Ética da Magistratura Nacional, quando da Resolução nº. 170 de 26/02/2013, que regulamenta

a participação de magistrados em congressos, seminários, simpósios, encontros jurídicos e culturais e eventos similares.

Por outro lado, no *segundo rol* (deveres que, por constituírem bens jurídicos extremamente caros ao exercício da jurisdição, criam um intenso anseio Estatal na busca de relativização ou até de uma maior proteção da privacidade dos seus juízes) posiciona-se a *independência do magistrado como órgão do Judiciário* (art. 35, inc. I, CRFB/88), questão que pressupõem a própria essência da tutela jurisdicional.

Deve-se recordar que a história não nos estabelece uma perene independência do Estado-juiz – que não se confunde com a imparcialidade, esta como uma equidistância das partes:¹⁸² na época do Brasil Colonial, tal qual consta dos escritos de Antônio Carlos Wolkmer em *História do Direito no Brasil*, “a administração da justiça, no período das capitâneas hereditárias, estava entregue aos senhores donatários que, como possuidores soberanos da terra, exerciam as funções de administradores, chefes militares e juízes” (WOLKMER, 2004, p. 58). Mesmo posteriormente, com a criação de uma estrutura mais burocrática e agentes voltados a atividades específicas de aplicar a lei ao caso concreto, ainda assim existia uma vinculação com a figura real.¹⁸³

De igual modo, na França, como expõe Gorki Gonzales Mantilla em *Los Jueces*, ao descrever um quadro em que a independência judicial caminhou apenas após a Revolução Francesa:

Contra o modelo de organização judicial que agrupou os juízes como membros de um ‘corpo de soldados’ do rei, após a Revolução Francesa, a noção de independência surge como uma reivindicação contra o monarca. No primeiro caso, reflete-se a ideia de um juiz [...] sujeito em suas decisões às influências do monarca

¹⁸² Embora intimamente relacionados, pode-se fazer uma diferenciação entre independência e imparcialidade, tal qual o faz, inclusive, o Código de Ética da Magistratura (BRASIL, 2008), tratando da primeira no Capítulo II e da segunda no Capítulo III. Para o mencionado código: “Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais. [...] Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária. [...] Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.” Por exemplo, ainda no tempo em que o ato de julgar era entregue a comandados do Rei - e não a juízes - ainda que não houvesse independência, em tese (uma construção em demasia figurativa, tendo em conta a concepção patrimonialista existente no Brasil Império) poderia aquele que julga manter-se equidistante das partes, sendo, portanto, imparcial.

¹⁸³ Tanto que a criação do Ouvidor-Geral da Comarca, a partir de 1550, além de constituir um cargo atrelado à figura régia, como funcionário real de confiança, transbordava no seu ocupante um poder ilimitado: “Por resolver as questões de justiça e os conflitos de interesses, o ouvidor-geral detinha um poder quase sem limites, sujeito ao seu próprio arbítrio pessoal; de suas decisões, na maioria das vezes, não cabia apelação nem agravo” (WOLKMER, 2004, p. 59). Recorde-se que o primeiro Ouvidor Geral Brasileiro, Pero Borges, foi nomeado mesmo após a sua condenação em Portugal pelo desvio de significativa verba destinada à construção de um aqueduto em Elvas, a qual lhe cabia supervisionar e que não ficava pronto (SOUZA, 2008, p. 19).

que, por meio dos poderes reconhecidos, influenciou os juízes de maneira diferente, de modo que estes concluirão, de acordo com cada caso, com uma decisão favorável ou contrária ao acusado (MANTILLA, 2009, p. 65)¹⁸⁴.

No exemplo apresentado, tem-se, pois, na independência uma das bases estruturais do ordenamento (quanto à atuação do Estado-juiz), tanto que Kubota (2015, p.46) proclama a inamovibilidade (vista nas garantias) como um dos pilares dessa independência – esta que se constitui em uma vertente protetiva da sociedade contra as usurpações do Legislativo, para o autor – e Ruiz Pérez, em *Juez y Sociedad* (1987) considera a justiça independente como um dos fundamentos do Estado de Direito e do desenvolvimento humano:¹⁸⁵

Alega-se que o estado de direito moderno só pode ser sustentado por um judiciário independente. A ordem e a paz social, fundamentos do processo de desenvolvimento, são valores positivos quando a justiça prevalece neles. A justiça, então, é um elemento estabilizador e equilibrador que permite o progresso dos povos (PÉREZ, 1987, p. 93)¹⁸⁶.

Assim, a possibilidade de submeter ao crivo de um Estado-juiz uma pretensão caracterizada por conflito de interesses ou mesmo um ato de jurisdição voluntária pressupõe a independência dessa instituição (ao lado da imparcialidade de seus órgãos).

Ainda nesse rol dos *deveres* que constituírem bens jurídicos extremamente caros ao exercício da jurisdição – e que criam um intenso anseio Estatal na busca da relativização da privacidade –, cabe listar o dever de o magistrado declarar-se em *suspeição ou impedimento* (art. 144 e art. 145 do CPC/2015, como notas da *imparcialidade*), quando existentes as condições para tanto. Nesse sentido, salientando o grau de importância de tal dever, o Conselho Nacional de Justiça, no julgamento do Processo Administrativo Disciplinar nº. 0005912-56.2010.2.00.0000 já teve a oportunidade de pronunciar que:

6. A conduta do magistrado deliberadamente colocou em risco sua parcialidade no processo que presidia. O magistrado não apenas deixou, passivamente, de manter distância das partes, mas foi o protagonista dessa nociva alteração topográfica. O dever de imparcialidade envolve um aspecto objetivo, segundo o qual o juiz deve

¹⁸⁴ “Frente al modelo de organización judicial que agrupaba a los jueces como integrantes de un 'cuerpo de soldados' del rey, luego de la Revolución Francesa surge la noción de independencia como reivindicación frente al monarca. En el primer caso, se refleja la idea de un juez [...] sujeto en sus decisiones a las influencias del monarca, el cual, mediante los poderes que se le reconocían, influía de diversa forma en los jueces, de manera tal que éstos concluyeran, según cada caso, con una decisión favorable o contraria al imputado.” (MANTILLA, 2009, p. 65).

¹⁸⁵ Este último, aliás, é a forma como se posiciona J. J. G. Canotilho, ao tratar da segurança jurídica (CANOTILHO, 2003, pp. 109 e 257).

¹⁸⁶ “Se ha afirmado que el moderno Estado de derecho solo puede estar sostenido por un poder judicial independiente. El orden y la paz social, basamentos del proceso de desarrollo, son valores positivos cuando impera en ellos la justicia. La justicia, pues, es elemento estabilizador y equilibrante que permite el progreso de los pueblos” (PÉREZ, 1987, p. 93).

exterminar qualquer fato que coloque em questão sua total isenção para julgar as partes. **Quando o jurisdicionado tem motivos suficientes e legítimos para desconfiar da prestação jurisdicional, é o Poder Judiciário, é o Estado Democrático de Direito que está sendo lesado pela conduta do juiz.** [...] 8. A incompatibilidade da conduta com o exercício da magistratura é inequívoca e se coaduna com a aplicação da pena mais grave prevista no ordenamento (BRASIL, 2012, grifo nosso).¹⁸⁷

Dentre as *vedações*, as que denotam esse especial rol de bens jurídicos dos mais caros são aquelas dispostas no art. 95, parágrafo único, incisos II e V, da Constituição.

As linhas anteriormente postas em estudo (que se encaminham para o relacionamento do regime jurídico da magistratura com a privacidade) também alcançam as *garantias*. Até então, mencionou-se a independência do Poder Judiciário e a imparcialidade de seus membros, porém, de uma forma extraída dos deveres e vedações referentes aos juízes frente à jurisdição. No entanto, as duas mencionadas subclasses são os meios imediatos de classificar as Garantias Constitucionais da magistratura, repartidas em garantias institucionais (independência do Poder Judiciário como instituição) e garantias funcionais (revelam a imparcialidade e a independência de seus órgãos, os juízes).

A primeira, aventada por força do artigo 2º da Constituição, que estabelece o Poder Judiciário em um papel de harmonia frente aos demais poderes (pois como visto acima, houve o tempo em que era um mero apêndice do Poder Executivo e, portanto, sujeito às suas vicissitudes), e não a eles subjugado. Contudo, pouca luz traz o art. 2º sem os meios efetivos de tornar essa independência efetiva: a forma como ela se dá é pela autonomia organizacional e financeira,¹⁸⁸ percebidas, respectivamente, nos artigos 96 e 99 da Constituição. Considerando que a federação brasileira possui três níveis, havendo órgãos do Poder Judiciário em dois deles, a autonomia organizacional deriva não só da independência, como

¹⁸⁷ O caso concreto cuidou de um magistrado que, no curso de ação de dissolução de união estável em que era parte determinada mulher, buscou assediá-la sobre o pretexto de oferecer ajuda no curso de processo. O Conselho Nacional de Justiça, por unanimidade, na forma de voto do Conselheiro Jorge Hélio Chaves, julgou procedente o pedido com a consequente aposentadoria compulsória do magistrado com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. A Ementa consignou ainda que: “O direito fundamental de acesso à Justiça foi negado à parte do processo ao ver o destino da demanda judicial em que estava envolvida à disposição do juiz que abusou de sua confiança para invadir sua vida pessoal, buscando contato íntimo. Não há acesso à Justiça quando a autoridade competente, investida do Poder Estatal, busca outro objetivo que não a prestação do serviço oferecido pelo Estado. A violação ao direito humano fundamental de acesso à justiça resta agravada por se incluir em um sistema de exclusão e de opressão histórica da mulher e pelo transporte e reprodução desse sistema dentro do Poder Judiciário.” (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2012).

¹⁸⁸ Que compõe a elaboração suas propostas orçamentárias, ainda sendo expressa em algumas outras disposições constitucionais: o repasse através de duodécimos de verbas orçamentárias, até o dia 20 de cada mês (art. 168, CRFB/88); a vinculação exclusiva das custas e emolumentos destinados aos custeios da Justiça (art. 98, §2º, CRFB/88).

também do Pacto Federativo, a ponto que os Estados membros podem decidir até pela criação, ou não, de órgãos judiciais de grande estrutura, como Tribunais.¹⁸⁹

Ao lado dela existem as garantias funcionais, direcionadas não à instituição, mas especificamente aos seus órgãos, os magistrados, e que compõem argumentos que tornam possível sua independência (como órgão) e sua imparcialidade. São compostas pela vitaliciedade (art. 95, inc. I, da CRFB/88), inamovibilidade (ar. 95, inc. II c/c art. 93, inc. VIII, da CRFB/88) – aplicável a juízes titulares e substitutos, indistintamente¹⁹⁰ – e irredutibilidade de subsídios (art. 95, inc. III, da CRFB/88). Influem de modo que o juiz não se torne refém de atuações concretas que, ingerindo sobre sua vida funcional, possam interferir na sua forma de decidir. As garantias funcionais não são apenas do agente, mas da própria sociedade, a demonstrar o quão severo é a sua falta perante o exercício da jurisdição. Além do viés acerca do processo e sob o prisma da jurisdição, a imparcialidade advém do direito fundamental ao juiz natural: ao se exigir a fixação da competência por normas abstratas e prévias e do julgamento por um órgão criado anteriormente à causa, o que se pretende resguardar é a imparcialidade.

Quanto às garantias, ainda que questões referentes à autonomia financeira ou organizacional também se estabeleçam como pilares do exercício da jurisdição¹⁹¹ – pois permite aos Tribunais a procura por uma estrutura que seja continuamente efetiva, em face das modificáveis necessidades da prestação jurisdicional –, não se vislumbra um trespasse da privacidade, por ato lícito ou ilícito, que atinja a instituição sem antes alcançar, em ações concretas, seus membros. Por exemplo, atuações sobre a autonomia financeira (por serem ações sobre orçamento) abrangem uma série muito alargada de sujeitos, que vão desde a

¹⁸⁹ Na forma do art. 125, §4º, da CRFB/88, nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes, é uma faculdade a criação da Justiça Militar Estadual, em tal caso composta, em primeiro grau, por juízes e Conselhos, e em segundo grau, pelo Tribunal de Justiça Militar. Atualmente, tal estrutura só existe nos estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo.

¹⁹⁰ “MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE CONSIDEROU A INAMOVIBILIDADE GARANTIA APENAS DE JUIZ TITULAR. INCONSTITUCIONALIDADE. A INAMOVIBILIDADE É GARANTIA DE TODA A MAGISTRATURA, INCLUINDO O JUIZ TITULAR E O SUBSTITUTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I – A inamovibilidade é, nos termos do art. 95, II, da Constituição Federal, garantia de toda a magistratura, alcançando não apenas o juiz titular, como também o substituto. II - O magistrado só poderá ser removido por designação, para responder por determinada vara ou comarca ou para prestar auxílio, com o seu consentimento, ou, ainda, se o interesse público o exigir, nos termos do inciso VIII do art. 93 do Texto Constitucional. III – Segurança concedida.” (BRASIL, MS nº 27958, 2012).

¹⁹¹ Em alguns casos, vindo expressamente até mesmo antes da independência funcional, tal como ocorreu com as defensorias públicas dos Estados membros: pela EC nº. 45/2004, às Defensorias Públicas estaduais foi garantida autonomia funcional e administrativa (art. 134, §2º). Por sua vez, pela EC nº. 80/2014 foram fixadas a unidade, a indivisibilidade e, no que importa para este exemplo, a independência funcional como princípios institucionais da Defensoria Pública. Por sua vez, quanto às garantias funcionais (traçado um paralelo com a magistratura), os membros da defensoria não usufruem da vitaliciedade, conquanto lhe tenham sido asseguradas a inamovibilidade (art. 134, §1º) e a irredutibilidade remuneratória.

formulação das necessidades de dotações pelas cortes, até a consolidação da proposta orçamentária pelo Presidente do Supremo (no caso dos tribunais federais), chegando, ao fim, pela passagem das etapas no Parlamento. Assim, as garantias institucionais atuarão apenas de modo mediato sobre a privacidade do agente.¹⁹² A independência funcional e a imparcialidade, por sua vez, referem-se diretamente ao agente, órgão responsável por prestar a jurisdição.

Por seu lado, mesmo as garantias funcionais, no que relevante ao estudo da privacidade, são merecedoras de atenção não *per se*, mas pelos princípios que representam (as já referidas imparcialidade e independência funcional).¹⁹³ Assim, por uma visão geral das garantias, apenas quando houver uma interferência imediata na independência funcional de cada juiz e em sua imparcialidade, alcançarão uma atenção apta a merecer uma proteção mais intensa (ou, a depender do caso, uma análise sobre a relativização) da privacidade: o que só ocorrerá ao atingirem um sujeito específico¹⁹⁴ eis que, abstratamente, ao contrário (principalmente como instituição, o Poder Judiciário), a empatia maior é com a publicidade e não com a privacidade.¹⁹⁵

É em razão dessa espécie de bens que pode ser imaginada uma tensão própria com a privacidade, quando em voga a independência funcional ou a imparcialidade dos julgadores. Essa tensão alcança a pergunta se a privacidade pode ser majoritariamente desbastada pelo próprio Estado quando o objetivo for a proteção desses dois bens jurídicos sem os quais a própria atividade jurisdicional pereceria (e.g. imersão na privacidade, de modo a buscar

¹⁹² Por exemplo, em uma reflexão sobre a forma como são estruturados os espaços físicos destinados a órgãos judiciais em um determinado prédio, que podem influir não só na privacidade do juiz, como também (e, neste exemplo, com maior relevo, ainda que não seja o objeto de estudo) de eventuais partes: cabe pensar, por exemplo, o quão menos devassado deverá ser o espaço destinado ao chamado *depoimento sem dano*, constante da Recomendação n.º 33/2010 do CNJ e, posteriormente, tratado pela Lei n.º 13.431, de 4 de abril de 2017.

¹⁹³ No caso, do juiz e não do Judiciário em seu conjunto.

¹⁹⁴ Por exemplo, tentativa de se devassar a privacidade de integrantes de Tribunal, de modo que, por ameaça de divulgação de atos sensíveis, haja a alteração da organização e da divisão judiciárias (por meio de proposta legislativa de iniciativa do Tribunal) com o fim que se obstrua determinado processo. Para tornar palpável este exemplo, deve-se recordar que a extinção de órgão judiciário ou alteração da competência absoluta (que abrange a fixação pela matéria, por exemplo) são justamente formas reconhecidas de exceção à perpetuação da competência (*perpetuatio iurisdictiones*), sem afronta ao princípio do juiz natural. Nesse sentido, o art. 43, do CPC/15.

¹⁹⁵ A ser lembrado que todos os julgamentos serão públicos, pela regra do 93, IX, CRFB/88. Além disso, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n.º 3902, que “a divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos na internet não viola o direito à intimidade e à privacidade” (BRASIL, 2011). No caso específico da magistratura, o STF denegou a segurança no MS 31580, em que a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) questionou o ato do CNJ que determinou a todos os tribunais do país a publicidade da remuneração dos servidores e o subsídio dos magistrados; e, mais recentemente, em 2018, julgou improcedente a Ação Originária (AO) 2367, pela qual a Associação dos Juizes Federais do Rio de Janeiro e Espírito Santo (AJUFERJES), questionando o ato do CNJ, buscou evitar que a divulgação dos vencimentos de seus associados incluísse o nome e a lotação do magistrado correspondente. A transparência, aliás, é uma das bases das democracias.

conhecer se um magistrado atua de forma imparcial ou, ao contrário, um esforço adicional do Estado para buscar protegê-lo de descobertas feitas por terceiros sobre sua vida privada, que possam gerar temeridade na sua atuação). É um ponto de toque que receberá análise em momento mais adiantado deste trabalho.

Assim, grande parte da estrutura constitucional sobre a prestação jurisdicional, deveres, vedações e garantias diz respeito à independência e à imparcialidade do juiz (até mesmo à frente da independência do Poder Judiciário como instituição, se em voga a privacidade). É em tal nicho que cabe um estudo das possibilidades que a privacidade (ou seu desbastamento) alcança.

Logo, os deveres, vedações e garantias dos magistrados, com referência à privacidade, assumem a seguinte tipologia em quatro níveis: (a) aqueles cujo avanço sobre a privacidade (principalmente com os meios tecnológicos) meramente favorecem a prova do descumprimento de um dever funcional (e.g. art. 35, inc. IV, V e VI, da LOMAN; art. 95, inc. I, CRFB/88); (b) aqueles que, por sua própria estrutura, já encaminham para uma tendência estatal de adentrar na esfera da privacidade (e.g. art. 35, inc. VIII, da LOMAN); (c) aqueles que criam um anseio Estatal na busca de uma mais intensa proteção ou relativização da privacidade, por constituírem bens jurídicos extremamente caros ao exercício da jurisdição: a imparcialidade e a independência (art. 35, inc. I, primeira parte, da LOMAN; art. 95, inc. II a V, da CRFB/88); (d) no campo das garantias, aqueles que relacionam-se com a privacidade não *per se*, mas pelos princípios que representam (novamente: imparcialidade e independência), o que só dependerá de uma verificação no caso concreto.¹⁹⁶

Alcançado o presente ponto, resta abordar a formação do vínculo jurídico, a sanção e o controle interno da privacidade dos magistrados. O tópico a seguir é tratado em uma tripla dimensão, que em sua abrangência tem em conta um assunto já visto no capítulo dois deste trabalho – e agora reavido em face de um objeto específico: a formação do vínculo, a partir de então, dentro do regime jurídico da magistratura. O tema, portanto, inclui (i) a forma pela qual dado agente torna-se órgão do Poder Judiciário (vínculo jurídico); (ii) o controle interno da privacidade que, a partir de então, o atinge (dado o enfoque ao Conselho Nacional de Justiça, em razão das produções recentes sobre a matéria) e (iii) o mecanismo de repreensão interno aos descumprimentos dos magistrados às regras postas.

¹⁹⁶ No anterior parágrafo, a mencionada proteção é aquela vista no sentido do atuar do Estado para impedir ingerências externas que, devassando a privacidade, constituam risco à imparcialidade e à independência funcional. A mencionada relativização, por outro lado, ocorre a partir do momento em que, em razão da necessidade de defesa a esses bens mais caros (imparcialidade e independência funcional), o próprio Estado passe a pretender adentrar na privacidade do seu juiz, para descobri-lo (por exemplo) parcial ou coagido. Na alínea “c”, segunda parte, aliás, a questão é até que medida isso se torna possível.

4.1.2 Sujeições dos magistrados: a formação do vínculo jurídico

Também postas no capítulo dois, as formas de sujeição (que se relacionam ao vínculo) são retomadas quanto a tais agentes do Estado: no âmbito da *sujeição geral*, revelando o agente público (magistrado) como cidadão, nas obrigações referentes a todos da sociedade, indistintamente, em que terá o juiz parcela de sua autonomia (privacidade como liberdade) também mitigada como qualquer outra pessoa – com as *exceções qualitativas que seu regime jurídico lhe acresce*, por exemplo, a forma diferenciada como prestará depoimento como testemunha, ainda que por fato estranho ao exercício da jurisdição.¹⁹⁷ E, no que nos importa, no âmbito da *sujeição especial*, pelo vínculo de ordem específica formado pelo provimento do cargo na magistratura,¹⁹⁸ com as considerações já postas quando do estudo das vedações, garantias e deveres, no tópico anterior.

A esse respeito, enquanto o vínculo da sujeição geral é formado pelo mero pertencimento do indivíduo à sociedade – ainda que possa necessitar, no caso concreto, da adequação a alguma hipótese fática abstratamente prevista, para torná-lo perceptível sob a forma impositiva¹⁹⁹ –, o vínculo da sujeição especial ocorre no instante em que o agente passa a fazer parte de determinada classe detentora de uma relação mais intensa com o Estado. No caso deste trabalho, os juízes. Tal vínculo, por sua vez, lhes traz um rol de peculiaridades – quando comparado com os demais agentes do Estado –, que permite o exercício da jurisdição. Em termos semelhantes ao aqui descrito, posicionou-se o Conselho Nacional de Justiça, na Consulta nº. 0004482-93.2015.2.00.0000:

O regime jurídico diferenciado justifica-se pela natureza da função que os magistrados exercem: trata-se de agentes políticos do Estado, titulares de prerrogativas que lhe asseguram a liberdade de atuação, às quais correspondem responsabilidades proporcionais ao cargo que ocupam (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2018).

O nicho de garantias que salvaguarda o agente, portanto, é uma proteção não para o próprio juiz, mas para toda a sociedade.

Evoluindo no tema referente às formas de provimento na magistratura, como ponto imediato, a Constituição é expressa no sentido de que a formação do vínculo dependerá de

¹⁹⁷ Portanto, as sujeições especiais também apresentam acréscimos no rol de direitos, e não apenas supressões.

¹⁹⁸ Essa duplicidade entre uma sujeição geral e outra especial.

¹⁹⁹ Apenas sofrerá a sanção do poder de polícia aquele que descumprir uma obrigação que é a todos imposta: no momento do descumprimento, contudo, concretiza-se um ofensor e a necessidade do comando sancionatório se afirma.

aprovação em concurso público de provas e títulos, em que ingressará o interessado no cargo inicial de juiz substituto, havendo ainda como requisito constitucional ao bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica (art. 93, inc. I, da CRFB/88). Porém, sendo esta uma regra geral, o próprio texto constitucional põe a seu lado outras específicas, como as formas de ingresso nos tribunais, seja pela via do denominado *quinto constitucional* (art. 94, da CRFB/88), seja pelos outros caminhos constitucionais previstos em dispositivos próprios da Constituição (STF, STJ, etc), cada qual com seu rol de requisitos, mais abertos (e.g. o STF) ou fechados (o STJ). Envolve, ainda, juízes abarcados por um critério de temporalidade (art. 121, §2º, da CRFB; art. 10, da LC nº 35/1979).^{200,201}

E, nesse sentido, a Constituição ainda prescreve o vínculo jurídico permanente e específico com a magistratura para agentes públicos não originalmente provenientes das carreiras jurídicas, no caso, os Ministros militares do Superior Tribunal Militar (art. 124, da CRFB/88). Quanto aos últimos, vê-se estabelecida uma situação peculiar, eis que sujeitos simultaneamente a dois regimes jurídicos de sujeição especial: conquanto permaneçam na condição de militares, em quadros especiais da Marinha, Exército e Aeronáutica – art. 3º, §2º, da Lei nº 8.457/92²⁰², são integrantes da magistratura, conservando prerrogativas a esta inerentes, mesmo após a aposentadoria.²⁰³ Compõem a Corte, segundo a lógica do escabinato^{204,205}, porém, sem a temporalidade (que se vê nos militares que atuam perante a primeira instância), pois ostentando efetivamente a condição de magistrados.

²⁰⁰ Em tal sentido, aliás, para fins disciplinares, o art. 1º, da Resolução CNJ nº 135/2011.

²⁰¹ Quanto aos componentes da Justiça Eleitoral, note-se que há um regime jurídico também com notas de diferença, como bem expõe, quanto a uma delas, Roberto Moreira de Almeida: “Ao Juiz Eleitoral também se aplica a vedação de exercer outro cargo, emprego ou função pública, salvo uma de magistério. No entanto, advirta-se que aos magistrados eleitorais da classe dos advogados (membros dos tribunais eleitorais - TSE e TREs) não se aplica a restrição sob decepção, pois, além do exercício da função jurisdicional, tais magistrados podem ocupar sim outros cargos ou funções públicas, desde que compatíveis com a magistratura, além do magistério. Ademais, como sói acontecer, podem continuar no exercício da advocacia, exceto, durante o período de atuação judicante (biênio), perante a Justiça Eleitoral” (ALMEIDA, 2016, p. 225). De modo a exemplificar tal diferenciação, vide, ainda, no TSE, a Questão de Ordem na Petição nº 3.020, Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior (Data de Julgamento: 08/06/2010, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 04/08/2010, Página 142).

²⁰² Lei nº. 8.457/92: “Art. 3º O Superior Tribunal Militar, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de quinze ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército e três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. [...] § 2º **Os Ministros militares permanecem na ativa, em quadros especiais da Marinha, Exército e Aeronáutica.**” (grifo nosso).

²⁰³Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (BRASIL, 2019): “Art. 10. Os Ministros têm prerrogativas, garantias, direitos e incompatibilidades inerentes ao exercício da Magistratura; receberão o tratamento de Excelência, conservando o título e as honras correspondentes, mesmo depois da aposentadoria.”

²⁰⁴ Em síntese, a união da experiência do meio militar com a técnica jurídica do juiz togado, em um sistema de voto paritário. A melhor apresentação, pela completude e viés histórico (embora alcunhado para a primeira instância, cabendo adaptações quanto ao Tribunal), é a extraída de Cícero Coimbra para *escabinato*: “colegiado composto pelo juiz togado (magistrado) e por leigos integrantes da carreira militar, denominados juízes militares,

De toda sorte, em todas as hipóteses constitucionais citadas, há em comum que o agente apenas será provido em um cargo do Poder Judiciário por um ato seu de vontade.

Tratando do regime jurídico discutido no tópico anterior, a estrutura da Justiça Militar traz um peculiar debate para o alcance do vínculo jurídico dos magistrados, pois tanto admite juízes *temporários* (não integrantes da magistratura, propriamente), quanto advoga uma importante exceção referente à formação desse vínculo por um caráter volitivo. Na Justiça Militar da União^{206,207}, além da possibilidade de julgamento por juiz monocrático togado, o escabinato é constituído de duas maneiras: por Conselhos Permanentes de Justiça, formados para um trimestre (art. 16, inc. II c/c art. 24, da Lei nº 8.457/92), ou por Conselhos Especiais de Justiça, que perduram enquanto não findo um processo (Art. 16, inc. I, c/c art. 23, *caput* e §1º, da Lei nº 8.457/92), ambos compostos por oficiais de carreira, logo, militares (art. 18, da Lei nº 8.457/92).²⁰⁸

compondo os Conselhos de Justiça (especial ou permanente). Os Conselhos de Justiça, assim, conduzem um processo penal militar de forma bem peculiar, unindo técnica jurídica e conhecimento das armas, simbiose muito bem traduzida pela feliz expressão ‘Sabres e togas’, cunhada pelo diplomata e jurista mineiro Hélio Lobo, título de sua obra de 1906. O magistrado da Justiça Militar (a toga) julga ao lado de profissionais das armas (os sabres), possuindo voto paritário, de modo que a união do Direito com o conhecimento técnico-militar instrumentaliza o Conselho de Justiça, para bem julgar a questão submetida a apreciação” (NEVES, 2014, p. 397).

²⁰⁵ Há outra importante referência a esse imbricamento entre os papéis de magistrado e de militar: um normativo (hoje, de recepção duvidosa pela atual Constituição Federal, em razão da independência funcional e do regime próprio da magistratura, previsto na LOMAN e na Lei Suprema) e outro histórico, por razão da participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial. O primeiro, a redação do art. 710 do Código de Processo Penal Militar, nas disposições relativas à Justiça Militar em tempo de guerra: “Art. 710. Os auditores, procuradores, advogados de ofício e escrivães da Justiça Militar, que acompanharem as forças em operação de guerra, serão comissionados em postos militares, de acordo com as respectivas categorias funcionais”. O segundo, tal como retratam José Carlos Couto de Carvalho e Alessandra Ferreira Couto de Carvalho em *A atuação da Justiça Militar na Segunda Guerra*: “[...] na ocasião, um membro do Ministério Público Militar foi comissionado no posto de General de Brigada e dois Juízes-auditores (anterior denominação, hoje constante como Juiz Federal da Justiça Militar, pela Lei nº. 13.774, de 2018) como tenentes-coronéis.” (CARVALHO; CARVALHO, 2016, pp. 31-32). Para maiores informações, vide o Decreto presidencial nº. 6.509, de 18 de maio de 1944, que criou, na reserva do Exército, um quadro especial para membros da Justiça Militar da União na Força Expedicionária Brasileira.

²⁰⁶ Embora a estrutura seja diversa da Justiça Militar dos Estados, é na esfera federal que se faz pautado o exemplo em estudo.

²⁰⁷ Corte mais antiga do Brasil: “Findo o período colonial, com a forração do Reino Unido de Brasil, Portugal e Algarves, surge a Justiça Militar em abril de 1808, por iniciativa de D. João VI, pouco depois da chegada da família real portuguesa no Rio de Janeiro e a instalação do Reino Unido, do qual a Terra de Santa Cruz, inicialmente colônia de Portugal, passava a constituir a base da novel organização política. Nesse momento, o ‘Rei do Brasil’ inaugurava o Conselho Supremo Militar e de Justiça, aqui definido como nosso primeiro órgão de ‘Justiça’ na seara militar, pois, à época, não compunha qualquer estrutura judiciária, embora exercesse verdadeira função jurisdicional. A partir da Proclamação da República, o Conselho Superior Militar e de Justiça transformou-se, sob a égide da Constituição de 1891, no Supremo Tribunal Militar, mas ainda não integrava o Judiciário e sim o Poder Executivo. [...] Durante a vigência dessa Constituição houve calorosos debates sobre a submissão ou não de civis a julgamento perante a Justiça Militar. [...] Entretanto, a Constituição de 1934 admitiu, inequivocamente a hipótese de julgamento de civis pela Especializada Castrense. Referida Lei Suprema estatuiu a Justiça Militar da União, que passou a integrar o Poder Judiciário.” (CASSEB, 2011, pp. 92-93).

²⁰⁸ “Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça: I - Conselho Especial de Justiça, constituído pelo juiz federal da Justiça Militar ou juiz federal substituto da Justiça Militar, que o presidirá, e por 4 (quatro) juízes militares, dentre os quais 1 (um) oficial-general ou oficial superior; II - Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo juiz federal da Justiça Militar ou juiz federal substituto da Justiça Militar, que o presidirá, e por

Ainda que os juízes militares (com referência aos atuantes em primeira instância, com viés temporário) não sejam magistrados em sentido estrito^{209,210}, são julgadores integrantes do Poder Judiciário pelo menos no tempo em que exercerem funções no processo, perante o Conselho, por isso, mesmo sem o véu de proteções destinados à magistratura previsto na LOMAN, são passíveis de intromissões externas em sua privacidade causadoras de mácula à sua imparcialidade e à independência do Judiciário.

Portanto, em razão da formação do vínculo jurídico, é da posição extraída neste trabalho que os juízes militares (ou seja, aqueles sorteados para a composição dos Conselhos da Lei nº. 8.547/92) não respondem na forma da LOMAN quanto à violação a deveres nela descritos, mas sim aos seus estatutos.²¹¹ Porém, mesmo assim, há vicissitudes a serem observadas, não em razão do vínculo do agente enquanto magistrados (pois não o são), mas sim pelo papel de efetivo exercício da jurisdição: por exemplo, o sistema os resguarda com garantia da imparcialidade.

Assim, se uma das consequências dos deveres, vedações e garantias dos juízes é possibilitar (como até então aqui exposto), ações de defesa da privacidade do agente pelo Estado, a peculiaridade dos agentes militares traz à tona que o véu de proteção a eles assegurado, advém não dá LOMAN ou do art. 95 da Constituição, mas da própria existência

4 (quatro) juízes militares, dentre os quais pelo menos 1 (um) oficial superior; Art. 18. Os juízes militares dos Conselhos Especial e Permanente são sorteados dentre oficiais de carreira, da sede da Auditoria, com vitaliciedade assegurada, recorrendo-se a oficiais no âmbito de jurisdição da Auditoria se insuficientes os da sede e, se persistir a necessidade, excepcionalmente a oficiais que sirvam nas demais localidades abrangidas pela respectiva Circunscrição Judiciária Militar; Art. 23. Os juízes militares que integrarem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade. § 1º O Conselho Especial é constituído para cada processo e dissolvido após conclusão dos seus trabalhos, reunindo-se, novamente, se sobrevier nulidade do processo ou do julgamento, ou diligência determinada pela instância superior; Art. 24. O Conselho Permanente, uma vez constituído, funcionará durante três meses consecutivos, coincidindo com os trimestres do ano civil, podendo o prazo de sua jurisdição ser prorrogado nos casos previstos em lei. Parágrafo único. O oficial que tiver integrado Conselho Permanente não será sorteado para o trimestre imediato, salvo se para sua constituição houver insuficiência de oficiais.” (BRASIL, 1992).

²⁰⁹ Nesse sentido, Cícero Coimbra Neves: “os juízes militares, obviamente, não são magistrados, razão pela qual não ocupam cargo no Poder Judiciário, apenas desempenham a função judicante, com base em permissivo legal.” (NEVES, 2014, p. 398).

²¹⁰ Note-se, contudo, que o art. 1º da Resolução CNJ nº 135 determina aplicação irrestrita aos “juízes militares”, sem exercer distinção entre os togados e os provenientes do escabinato.

²¹¹ Em sentido contrário, porém, Foureaux (2019), ao considerar que estes respondem irrestritamente ao CNJ, inclusive por meio das sanções previstas na LOMAN: “Como o juiz concursado pode ser posto em disponibilidade e aposentado compulsoriamente, a depender da gravidade da infração cometida, o juiz militar pode ser afastado da função, seja por determinado período (à semelhança do que ocorre com a disponibilidade) ou de forma definitiva (à semelhança do que ocorre com a aposentadoria compulsória). Tome como exemplo o juiz militar que profira voto no Conselho de Justiça para absolver um militar que lhe pagou determinada quantia em dinheiro. O Conselho Nacional de Justiça poderá afastá-lo provisoriamente das funções de juiz militar e proibi-lo, definitivamente, de exercer as funções de juiz militar.” Não se corrobora, contudo, com tal entendimento, como também com o que considera a possibilidade de alargar o âmbito de aplicação de sanções eventualmente impostas ao militar pelo CNJ com base na LOMAN, para que tenham efeito dentro do regime castrense, eis que não há previsão legal para tal forma de transcendência.

do Poder Judiciário enquanto instituição. Terão por base não regras específicas, mas os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e do juiz natural, os quais, por óbvio, não sobrevivem com um agente parcial. Vista a situação dos militares, o véu de proteção que o Estado pretenda lançar sobre a privacidade dos seus julgadores, ao contrário dos magistrados, não é estipulado em razão das garantias atribuídas aos juízes, mas por motivo da tutela, em abstrato, da própria jurisdição.

Salientando que as bases para a imparcialidade nos julgamentos da Justiça Especializada, embora existentes, são diversas daquelas trazidas pela Constituição e pela LOMAN para a magistratura, sejam notados os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar:²¹²

DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI Nº 8.457/1992. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da constitucionalidade da Lei nº 8.457/1992, tendo em vista que ao organizar a Justiça Militar da União criando os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) e confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal, não viola a Constituição da República ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porquanto assegura a seus respetivos membros garantias funcionais idôneas à imparcialidade do ofício judicante, ainda que distintas daquelas atribuídas à magistratura civil. Precedente. [...] 3. Inocorrência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão de habeas corpus de ofício. 4. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, AgR ARE: 801391, 2018).

A constituição dos Conselhos de Justiça, com a participação de Oficiais das Forças Armadas, tem amparo constitucional (pará. único do art. 124 da CF) e está materializado nos vigentes arts. 16 e 18 da Lei n.º 8.457/1992 (LOJM). Os aspectos

²¹² No âmbito do Superior Tribunal Militar, vide os termos constantes do voto da relatoria na Apelação nº. 0000088-12.2011.7.05.0005, acolhidos por unanimidade quanto à rejeição preliminar arguida pela defesa: “Segundo argumenta o Apelante, a Lei de Organização da Justiça Militar da União omitiu a previsão das garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade aos membros militares do Conselho de Justiça, os quais teriam recebido tratamento diverso do dispensado aos demais membros do Poder Judiciário. Ademais, os juízes militares não exercem a atividade jurisdicional de modo exclusivo, permanecendo vinculados à atividade militar na caserna. [...] Entretanto, tais alegações carecem de respaldo jurídico. O art. 122 da Constituição Federal define como órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar, os Tribunais e os Juízes Militares instituídos por lei. Do mesmo modo, o parágrafo único do art. 124 da Carta Magna estabelece que a lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar. Essas autorizações constitucionais permitem que a Lei nº. 8.457/92 institua os Conselhos de Justiça, dispondo inclusive sobre sua composição. Uma vez convocado para integrar o Conselho Julgador, o militar se reveste tanto quanto o Juiz togado do manto estatal para julgar seus semelhantes, amparado pela lei ordinária (LOJM) e pelo art. 124 da Constituição Federal. O comportamento do militar, edificado nos pilares da hierarquia e da disciplina, traz ao Juiz-Militar a independência para julgar de acordo com sua consciência, de forma séria e desvinculada, respeitando sempre o devido processo legal, a igualdade das partes e as garantias constitucionais do jurisdicionado. A Lei nº. 10.455/2002, que alterou os artigos 18 e 31 da lei 8.457/1992, assegurou as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade aos Juízes Militares integrantes dos Conselhos de Justiça. [...] Ademais, a vitaliciedade dos oficiais das Forças Armadas decorre de norma constitucional (art. 142 da CRFB), assim como acontece com os juízes e membros do Ministério Público.” (BRASIL, 2013).

inerentes aos fundamentos castrenses da hierarquia e da disciplina associados à experiência militar são predicados que instrumentalizam o Juiz Militar para, com independência, conhecimento de causa, consciência, seriedade e de forma desvinculada, exercer com imparcialidade sua atividade de julgador. Para além, não se distanciam dessas suas funções o resguardo aos princípios de direito que norteiam o processo penal militar, tais como, o devido processo legal, a igualdade das partes e demais garantias constitucionais do jurisdicionado. O fato de os juízes militares não terem os mesmos patamares de garantias estabelecidas para o magistrado de carreira (como as prerrogativas da magistratura estabelecidas no art. 95, incisos I a III da Constituição Federal) não redundam em ocorrência de nulidade. Pelo contrário, o torna merecedor de admiração e elevado respeito pelo desempenho de sua valorosa e nobre função. Desse modo, não se sustenta a tese defensiva de nulidade do feito por ausência de jurisdição válida do Conselho de Justiça. Preliminar de nulidade rejeitada. [...] Recurso defensivo desprovido (BRASIL, Apelação 0000027-09.2009.7.02.0102, 2012).

Além disso, tal como já visto, as situações que envolvem a privacidade, quanto em foco bens jurídicos mais críticos da jurisdição (independência e imparcialidade), pode ser apta a demandar não só uma maior proteção do Estado à privacidade do agente,²¹³ como também abrir portas para o debate sobre a relativização desta mesma privacidade pelo próprio Estado, no intuito de salvaguardar-se: a controvérsia também aproveita os juízes militares, contudo, tendo em conta diretamente os princípios da jurisdição, e não o regime jurídico da magistratura, que não os acolhe.

Após tais reflexões, pode-se distinguir as seguintes formas de formação de vínculo de um indivíduo com a magistratura: por concurso público (volitivo), por acesso (volitivo) e em caráter transitório (não são propriamente magistrados, mas exercem a jurisdição) e compulsório (no caso, os oficiais de carreira sorteados para a composição de Conselhos Especial e Permanente de Justiça).

4.1.3 O controle orgânico dos magistrados: sanção e controle interno da privacidade

Passado tal ponto, adentra-se na estrutura orgânica de controle dos atos dos magistrados. Não com referência àqueles exarados no curso de um processo, uma vez que, como regra, são sujeitos à disciplina dos recursos, mas sim aos que dizem respeito a expressões externas aos autos (ainda que relacionadas à jurisdição) ou ao compromisso de o juiz portar-se *adequadamente* também em sua vida privada, no que se torna viável debater o tema de estudo, a privacidade. Trata-se, tal como o tópico anterior, uma fase desdobrada da formação do vínculo jurídico.

²¹³ Por exemplo, por ações preventivas ou responsivas, como adequação de equipamentos, mobilização de setores para monitorar ameaças, capacitação etc.

O que se pretende abordar no presente tópico é o aparato orgânico capaz de executar essa aferição da privacidade, ou seja, os órgãos responsáveis por tal forma de controle dentro da estrutura da magistratura. O estudo esperado tem em voga os sistemas de controle interno do Poder Judiciário, compostos pelas ouvidorias (art. 103-B, §7º, da CRFB/88), pelas corregedorias (art. 39, art. 103, §2º da LOMAN) e pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, da CRFB/88). Este, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tem ampla capacidade correcional e normativa sobre o Poder Judiciário,²¹⁴ como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura.

A própria auto-organização dos Tribunais permite-lhes dispor de corregedorias, órgão apto a verificar eventual falha no comportamento ético e estatutariamente previsto para magistrados, dando azo ao respectivo processo sancionatório. Também como decorrência da possibilidade de organizar os serviços, ainda que os juízes sejam funcionalmente independentes – isto é, não condicionados quanto ao seu decidir em processos, excetuadas as mais recentes teorias que apresentam precedentes vinculantes em nosso ordenamento, como influência de matriz norte-americana –, devem obediência a determinadas regras estatuídas pelos tribunais, como rotinas cartorárias, ou mesmo modelos de conduta que não inovem nos deveres e vedações previstos na LOMAN e na Constituição, mas tão somente os especifiquem.²¹⁵

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, houve a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão controlador da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, §4º, da CRFB/88), dotado de poder normativo para baixar resoluções que funcionem como norma primária no ordenamento (inc. I, do art. 103-B, §4º) e capaz de adotar providências de índole correcional e disciplinar em complementação às já existentes corregedorias – porém, não como fase suplementar, mas autônoma, capaz até de avocar autor de processo em curso ou rever de ofício os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano – aos órgãos dos tribunais estaduais e federais²¹⁶ (art. 103-B, §4º, incisos II, III, V).

²¹⁴ Apenas em atividade administrativa, sem serem capazes de revisitar atos decorrentes da atividade jurisdicional, propriamente dita (BRASIL, MS 28.611 MC-AgR, 2011).

²¹⁵ Como já foi mencionado, há dois precedentes que merecem atenção: o primeiro, em que o Supremo entendeu como indevido o ato de tribunal local que estabeleceu regras para o magistrado exercer a docência – foi compreendida uma restrição a maior do que aquela prevista na Constituição e na Lei orgânica. O segundo, por sua vez, compreendeu adequada a vedação imposta pelo CNJ ao exercício de cargos, por magistrados, nas Justiças Esportivas.

²¹⁶ Ressaltando-se sempre, exceto o STF, não sujeito ao controle pelo CNJ, tal qual decidido pela própria Corte Suprema.

Contudo, ainda que seja possível a verificação de descumprimento de deveres por parte dos próprios tribunais, inclusive quanto aos atos advindos do Conselho Nacional de Justiça e direcionados à magistratura como um todo, no que diz respeito à privacidade, tem-se notado uma mais intensiva atuação do Conselho, diretamente, em razão do seu poder normativo. Recentemente, pela Resolução n. 305 de 17/12/2019 e, antes dela, o Provimento CNJ n. 71, de 13 de junho de 2018, que dispôs “sobre o uso do e-mail institucional pelos membros e servidores do Poder Judiciário e sobre a manifestação nas redes sociais”. Em sendo a possibilidade de responsabilização dos magistrados verificada em três vias (administrativa, penal e civil), a análise da privacidade, quando observada pela via do Estado que analisa seu próprio juiz, terá relevância quando desenvolvida na primeira das três esferas, a administrativa.

As ouvidorias constituem órgãos permanentes na estrutura dos tribunais e do próprio Conselho Nacional de Justiça, como canal direto entre o Judiciário e a sociedade, na forma do §º7º do art. 103, “competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça”. Expressamente incluídas pela alteração imposta pela Emenda Constitucional nº 45/2004, são obrigatórias em todos os tribunais, com exceção do Supremo Tribunal Federal, em face do entendimento de que este não se sujeita às disposições e ao controle pelo CNJ.²¹⁷ Note-se que, por vocação normativa, as ouvidorias não são órgãos de apuração e instrução de procedimento, cabendo-lhes tão somente a remessa às instâncias de controle, incluindo o próprio CNJ.²¹⁸ Não possuem competência para a apuração de fatos criminosos, ainda que relacionados à privacidade (art. 7º da Resolução CNJ n. 103/2010).

Por seu turno, as corregedorias são órgãos de fiscalização, controle e orientação normativa, existentes nos tribunais, com também no Conselho Nacional de Justiça. Naqueles,

²¹⁷ Em tais termos, aliás, a Resolução CNJ n. 103, de 24 de fevereiro de 2010, que “dispõe sobre as atribuições da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça, determina a criação de ouvidorias no âmbito dos Tribunais e dá outras providências”.

²¹⁸ A Resolução CNJ n. 103, de 24 de fevereiro de 2010, atribui as seguintes competências às ouvidorias, dentre outras que entenderem compatíveis com a sua finalidade: “I - receber consultas, diligenciar junto aos setores administrativos competentes e prestar informações e esclarecimentos sobre os atos praticados no âmbito do respectivo tribunal; II - receber informações, sugestões, reclamações, denúncias, críticas e elogios sobre as atividades do tribunal e encaminhar tais manifestações aos setores administrativos competentes, mantendo o interessado sempre informado sobre as providências adotadas; III - promover a apuração das reclamações acerca de deficiências na prestação dos serviços, abusos e erros cometidos por servidores e magistrados, observada a competência da respectiva Corregedoria; IV - sugerir aos demais órgãos do Tribunal a adoção de medidas administrativas tendentes à melhoria e ao aperfeiçoamento das atividades desenvolvidas, com base nas informações, sugestões, reclamações, denúncias críticas e elogios recebidos; V - apresentar e dar publicidade aos dados estatísticos acerca das manifestações recebidas e providências adotadas”

em geral, têm suas competências dispostas em regimento interno, ao passo que no Conselho existe o Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça – CNJ²¹⁹. No âmbito federal, há base normativa em lei para a Corregedoria-Geral da Justiça Federal, prevista em diversos artigos da Lei nº 11.798, de 29 de outubro de 2008. Por força da LOMAN, os corregedores têm mandado de dois anos, sem reeleição (art. 102), e ficam afastados das Turmas, Câmaras (art. 103) e da Justiça Eleitoral (art. 122).

São os órgãos que obrarão na análise dos ditames estabelecidos pelo Provimento CNJ n. 71, de 13 de junho de 2018 e, posteriormente a ele, da Resolução n. 305 de 17/12/2019. Ou, caso admitida uma ação mais invasiva à privacidade de tais agentes, com fundamento em bens jurídicos críticos, como a imparcialidade da jurisdição (conclusão que será analisada em momento mais futuro deste capítulo), os responsáveis por executar tal pretensão.

A guisa de exemplo, um ato de um juiz que afronte as normas do Conselho que pretendam regular sua esfera de privacidade, passará por um caminho apto a envolver os órgãos anteriormente mencionados, nos termos da LOMAN e da Resolução nº 135/CNJ (norma atualmente vigente, que dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades): a ouvidoria recebe uma comunicação de ato de magistrado que é descrita como violadora do dever funcional, encaminhando-a à corregedoria, para a pertinente análise. Da análise realizada pelo corregedor, são caminhos o arquivamento imediato, no caso de o fato narrado não configurar infração disciplinar ou ilícito penal (art. 9º, §2º, da Res. nº 135), a instauração de sindicância ou a proposta de instauração de procedimento disciplinar (art. 8º, parágrafo único, da Res. nº 135). Havendo propositura pelo Corregedor, levada ao Pleno ou Órgão Especial, funcionará ele como relator (art. 13 e §2º), sendo caminhos a instauração do procedimento, designando-se nova relatoria (§5º), ou o arquivamento da proposta. Tanto a mencionada instauração, quanto a punição estabelecida ao final do procedimento ocorrerão pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do Órgão Especial (art. 14, §5º e art. 21). O Conselho Nacional de Justiça poderá avocar o mencionado procedimento disciplinar, quando ainda em curso (art. 103-B, §4º, inc. III, da CRFB/88), assim como rever a punição aplicada, desde que não exceda um ano (art. 103-B, §4º, inc. V, da CRFB/88).

Sobre a natureza das sanções, em uma atuação de um juiz que seja violadora de uma norma – e tendo em voga o controle que Estado exerce sobre seus magistrados em razão de

²¹⁹ Competente para expedir atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça). É uma consequência dos poderes do próprio Conselho, de fiscalização e de normatização dos atos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4º, inc. I, II e III, V da CRFB/88);

um vínculo específico –, o tema em estudo (privacidade) traz especial atenção para a responsabilidade administrativa – por ser aquela que será aplicada dentro do próprio vínculo jurídico específico. Nesse sentido, um magistrado que atue fora das diretrizes emanadas do CNJ e delineadas como deveres ou vedações, incidirá em conduta passível das sanções do art. 42 da LOMAN, reproduzidas no art. 3º da Res. nº 135/2011, sem prejuízo de seu ato desencadear em responsabilização civil ou criminal (CPC/15, art. 143 e art. 26, inc. I e art. 49 da LOMAN).

Note-se, por fim que, com referência ao estudo da privacidade, as consequências práticas do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça vão além do ditame de medidas invasivas (realizadas pelo Judiciário em prol da jurisdição) ou protetivas (engendradas com o mesmo fim, mas contra a ação de terceiros) a âmbitos de liberdade dos magistrados, em que juízes assumiriam postura meramente passiva quanto a captação de seus dados, talvez sem nem ter ciência dos momentos de intervenção em sua privacidade. O tema diz respeito à obrigatoriedade de os magistrados inserirem informações pessoais em banco de dados diversos, por ordem do Conselho Nacional de Justiça. Na origem, cuidou da ordem exarada pelo CNJ para que todos os juízes com função executiva efetuassem o cadastro no denominado *Sistema BACEN JUD*, tal como decidido no Pedido de Providências n. 2007.10.00.001581-8, julgado em 2008, pelo Conselho. Essa decisão regulatória foi impugnada por magistrado, por meio de Mandado de Segurança, com ordem denegada no Supremo Tribunal Federal, que considerou que os magistrados não poderiam se opor à entrega consciente e voluntária de dados, mediante cadastro, uma vez que

O CNJ pode, no lícito exercício de suas funções, regulamentar condutas e impor a toda a magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa. A determinação aos magistrados de inscrição em cadastros ou sítios eletrônicos, com finalidades estatística, fiscalizatória ou, então, de viabilizar a materialização de ato processual insere-se perfeitamente nessa competência regulamentar (Brasil, MS 27.621, 2012).

4.2 ELEMENTOS DE ANÁLISE DA PRIVACIDADE DOS JUÍZES

O estudo da privacidade dos magistrados ainda perpassa por alguns elementos, pelos quais se faz possível conhecer o melhor alcance dos espaços públicos e dos reservados, referentes aos agentes, quando em voga a jurisdição.

4.2.1 O Estado e a observação inata aos seus agentes

O ato de vigiar é decorrente do uso dos sentidos pelo homem, que em tempos primitivos observava a natureza ao seu entorno, no intuito de proteger-se. No cotidiano, são naturais as tarefas de observação: do construtor, que observa se o empregado responsável pela empreitada a executa a contento; do mestre, que observa os passos dados pelo aprendiz, para aprimorá-lo ou puni-lo; e do agente público, que percebe tudo aquilo que compõe o seu dever, com vista a que seja bem realizado – neste último caso, em especial, grande parte das vezes a partir de base normativa específica.²²⁰

Por essa ordem, há o momento que o observar inerente à natureza e ao labor humano que põe outros às ordens do seu ofício (público, ou não), também expande para uma noção ampla de vigília por parte do Estado. Este, que assim o faz perante a sociedade em geral, para o exercício das funções de segurança pública, ou de modo *macro*, no planejamento e avaliação de políticas públicas – por exemplo, com a coleta de dados estatísticos que facilitam etapas da *policy*. No caso dos agentes públicos, a observância alcança intentos de aperfeiçoamento e correição.

Os magistrados são apenas alguns dos variados agentes estatais. Isso importa para antever que, mesmo existente uma disciplina específica a reger as relações dos juízes com o Estado – em razão do importante papel que exercem, como órgãos da jurisdição –, há diversas outras espécies de agentes públicos que, como é trivial e intuitivo destacar, também se submetem a alguma forma de regulamentação de seu regime jurídico e, por consequência, ao controle de seus atos (de forma ampla, e não só os relacionados à privacidade).

A ação do Estado ao observar agentes caminha por uma construção teórica que determina uma postura concretizadora das disposições previstas no texto constitucional e protetiva a direitos fundamentais. Como se extrai da teoria organicista, o Estado não atua sozinho, mas o faz por seus agentes, que o apresentam como seus membros, órgãos que encaminham o funcionamento do todo. Tal qual de longa data reconhece a doutrina jurídica, atuam os agentes sob a forma de verdadeiros *braços*, de sorte que “a ideia de representação é substituída pela noção de imputação volitiva: a atuação dos agentes públicos, que compõem os órgãos públicos, é imputada à respectiva pessoa estatal” (OLIVEIRA, 2013, p. 72). Para concretização dos seus desideratos, o Estado necessariamente em algo observará seus agentes,

²²⁰ No exemplo extraído do texto, se aquele que observa a obra é um servidor público para tanto incumbido em um órgão federal, sobrevém dever legal (de base específica) pela Lei nº 8666/93, e não só a norma genérica de exercer com zelo as atribuições do cargo, da Lei nº 8.112/90.

tanto como forma de evitar o mau proceder, quanto como maneira de avaliar sua ação e garantir-lhes eficiência. Com os juízes, não há diferença.

Em uma concepção política de seu papel perante a sociedade, a observação também encontra argumento na doutrina do liberalismo (porém, sob uma óptica geral, e não só de agentes), pelo qual a essência do Estado assume uma forma de vigilância, de modo a funcionar como veículo da liberdade. Considerando que deve prevenir o arbítrio, o mal de uns contra os outros, na busca das variadas configurações de segurança à sociedade (da material à jurídica), a vigília é um adequado caminho. Nesse sentido, os homens somente se socorrem da existência do Estado porque não são livres sem ele (PAINÉ, 2012, pp. 27-28), havendo na submissão ao império da lei a finalidade de “conservar e ampliar a liberdade” (LOCKE, 1998, p. 431). Se a liberdade é o caminho pelo qual a paz é buscada, cabe ao Estado fazê-la cumprida.

No âmbito interno ao agente, a atuação em vigília se fundamenta nas construções já clássicas do poder hierárquico e disciplinar, tidas nos estudos de direito administrativo, aos quais se acresce a existência de um regime jurídico específico (a sujeição especial). Também decorre de uma criação com base em princípios, dos quais serão vistos a eficiência e a impessoalidade (que, na magistratura, desdobra-se em uma atuação imparcial). Como terceira via, encontra argumento na própria doutrina do liberalismo político (em sua face interna ao Estado), pois o mencionado veículo da liberdade se materializa em braços atos estatais, de vocação orgânica e realizados por agentes.

O papel de observância também se assenta com base em princípios que são comuns à atividade administrativa em geral, tanto quanto à jurisdição. Pelo primeiro deles aqui elencado, há o dever de eficiência²²¹ (inserido ao art. 37, *caput*, da CRFB/88 pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998), que em sua visada jurisdicional (positivado no art. 8º, do CPC/2015), “consiste em administrar todo o processo com excelência, de modo a conceber que a tutela efetiva, célere e adequada chegue com o menor tempo possível e com o mínimo de dispêndio ao jurisdicionado” (DONIZETTI, 2017, p. 94). Para José dos Santos Carvalho Filho, após explicitar que o princípio (em uma vertente ampla, ainda que posto em livro dedicado ao direito administrativo) traduz “a procura de produtividade e da economicidade e,

²²¹ Para Maria Sylvia Di Pietro (2013, p. 84), “O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”. A primeira concepção é a que defendemos como um dos motivos pelos quais a atividade do agente público é usualmente acompanhada pelo Estado. A segunda, aproveitando dentro do âmbito do presente trabalho, diz respeito à organização administrativa e jurisdicional dos tribunais, por meio da repartição de competência entre diversos órgãos, como forma de maior eficiência da jurisdição.

o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional” (2009, p. 32), salienta a significação do mesmo, especificamente para o Estado-juiz:

No âmbito A Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 (denominada de ‘Reforma do Judiciário’), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, estabelecendo: ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’. O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça (2009, p. 33).

Não sem razão que os diversos estatutos de agentes públicos exigem o aprimoramento profissional constante: os servidores públicos civis da União, por meio das diversas disciplinas previstas na lei;²²² os militares, cuja ausência de capacidade técnico-operacional é tão sensível que torna apta a incidência de uma norma penal;²²³ e, no âmbito de nosso estudo, os magistrados, cuja frequência em escolas oficiais constitui pré-requisito constitucional para o vitaliciamento.

Quanto ao tema, um dos novos pontos a serem observados é a necessidade de aprimoramento do corpo de agentes do Estado, de modo que estejam aptos a analisar a grande carga de demandas decorrentes das várias dimensões de direitos.²²⁴ Como enunciam Howlett, Ramesh e Perl, ao mencionarem a burocracia:²²⁵ no papel de atores domésticos na geração e aplicação de políticas públicas, “a burocracia é o repositório de uma ampla gama de habilidades e expertises, recursos que a tornam uma organização de máxima importância na sociedade. Ela emprega um grande número de profissionais de quase todos os tipos, contratados por sua expertise especializada” (2013, p. 74). Assim, tem-se cada vez mais incompatível a atuação do agente do Estado detentor de um conhecimento geral, não

²²² Licença capacitação (Art. 87, L. 8.112/90), Estudo no exterior (art. 95, L. 8.112/90), Participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* no País (art. 96-A, L. 8.112/90), ações de capacitação regularmente promovidas pelo órgão (Art. 102, IV, L. 8.112/90) e, em exemplo de legislação específica, a licença sabática, no âmbito do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Medida Provisória n. 341/2006, que alterou a lei nº 11.355/2006).

²²³ Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), “art. 27. São manifestações essenciais do valor militar: [...] VI - o aprimoramento técnico-profissional”. No Código Penal Militar: “Omissão de eficiência da força. Art. 198. Deixar o comandante de manter a força sob seu comando em estado de eficiência: Pena - suspensão do exercício do posto, de três meses a um ano”.

²²⁴ Indo além de uma linha genérica de guarnição de direitos, é razoável observar que o papel do Estado se transmutou ao longo do tempo, abarcando a efetivação de direitos sociais, fruto de uma nova estrutura nas constituições no Século XX. Ao lado dos direitos individuais de índole positiva – como o aparato necessário para se prover uma eleição –, a abertura do rol desses outros direitos demanda ações que são executadas por meio de planejamento estatal e, notadamente, de políticas públicas. Nesse sentido, um dos novos pontos a serem observados é a necessidade de aprimoramento do corpo de agentes do Estado, de modo que estejam aptos a analisar a grande carga de demandas decorrentes das várias dimensões de direitos.

²²⁵ Ou seja, o corpo de funcionário do Estado, diverso do Legislativo e do Executivo político e de seu Gabinete – estes, denominados de políticos eleitos.

especializado, mas que seria capaz de cuidar de diversos setores da vida pública, nos moldes existentes no início do século XX. Passou-se a demandar um aprimoramento constante, quer para as funções gerenciais, quer para as funções técnicas específicas.²²⁶ A concretização dessa melhora na configuração da *burocracia* também pressupõe uma atenção do Estado com relação ao agente, como mandamento de eficiência e de observância do seu cumprimento (uma forma de vigilância).²²⁷

Nesse sentido, aliás, especificamente quanto à jurisdição, caminha a norma constitucional ao afirmar que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão” (art. 93, inc. II, “e”, da CRFB/88), incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004; ou a LOMAN (art. 49, inc. II) e o CPC/15 (art. 143, inc. II), ao admitem a responsabilidade civil do magistrado quando “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”. Por certo, a verificação de tais ocorrências pressupõe que as instituições mantenham atenção a seus agentes, como mandamento de eficiência.²²⁸

O segundo princípio do qual se extrai o dever constante de monitoramento é a impessoalidade, pelo qual “a atuação do agente público deve basear-se na ausência de subjetividade, ficando esse impedido de considerar quaisquer inclinações e interesses pessoais, próprios ou de terceiros” (MARINELA, 2010, p. 34). No âmbito da jurisdição, este se transmuta na exigência de que todos os jurisdicionados sejam mantidos a uma distância equânime do Poder Judiciário quanto a oportunidade e deferências, em tal vista que o juiz deverá atuar com base nas páginas dos autos, e não nas faces dos demandantes. Pelo Código de Ética da Magistratura, é um dos princípios que estrutura o proceder dos julgadores, sendo visto como imparcial aquele que busca “nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e

²²⁶ Note-se, nesse sentido, que mesmo as ações referentes as facetas abstencionistas contemplas necessário avaliar técnico adequado por parte dos agentes do Estado: por exemplo, haverá na privacidade (por decorrer na liberdade) uma face negativa, no sentido de o Estado não incidir além do necessário sobre a vida do cidadão. Porém, há também o compromisso de impedir que todo social ignore o mesmo dever: em suma, a tutela da privacidade hoje é uma política pública e, por seu apurado grau de tecnicismo (que envolve sua concepção hodierna, com os avanços tecnológicos), exige uma também apurada técnica no atuar estatal: tanto para saber corretamente protegê-la, quanto para aplicar os novos meios tecnológicos, naquilo que for possível, na verificação da conduta de seus agentes.

²²⁷ Essa ordem de aptidão anteriormente referida passa a exigir do Estado que zele não só pelas dadas funções ordinariamente previstas na normatização constitucional, legal ou regulamentar (atividades fiscalizatórias ou de jurisdição), mas, a partir de então, pela capacitação de seu corpo funcional, como mandamento de eficiência. A verificação da aptidão funcional pressupõe acompanhamento e, portanto, uma forma de vigilância.

²²⁸ No âmbito do Poder Judiciário, são ainda expressões da eficiência à delegação de atos à serventia (EC nº 45/04) e o Processo Judicial Eletrônico.

evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito” (BRASIL, 2008).

Na linha de um processo constitucional, Humberto Theodoro Júnior compreende a imparcialidade com um dos elementos do denominado *processo justo*, em que se transformou o que era o *devido processo legal*, como meio concreto de efetivar o processo judicial previsto nos moldes da Constituição. Ao lado da imparcialidade e da independência (a qual já debatida nesta obra como importante alicerce da atividade jurisdicional), compõe no plano procedimental uma série de outros direitos, garantias e princípios, nos moldes do Estado Democrático de Direito, como o próprio acesso à justiça (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 68).

Dentre as associações que faz este trabalho, a imparcialidade pode ser vista também por uma noção do liberalismo, como uma das razões de existência do próprio Estado, e não só do juiz. O tema novamente caminha por uma teoria da liberdade, porém, com uma deferência específica ao papel da jurisdição. Note-se que um dos pressupostos básicos de tal teorização é o de que o indivíduo abre mão de sua liberdade irrestrita em prol de uma que seja vinculada à lei, porém aplicada a todos os homens, erradicando o arbítrio da antiga condição natural e instaurando uma vivência galgada na segurança jurídica.

Nesse sentido, além das considerações já postas no capítulo referente ao liberalismo político, deve-se recordar que no estado de natureza não cabe ao indivíduo contar com a proteção do Estado, tendo como ônus imposto por essa existência o de ser o seu próprio juiz,²²⁹ cabendo-lhe solver autonomamente suas contendas perante outros homens que com ele disputem espaço na vivência social. Em tais casos, contudo, essa resolução poderá caminhar pelo primado da destreza ou da força, pois nem sempre o objeto da divergência admitirá ser negociado ou os contendentes aquiescerão negociar. Na acepção de Locke sobre o Estado natural, o homem seria nele realmente livre, porém livre o suficiente para perder sua própria liberdade pelas mãos de outro homem, e de temer ordinariamente por ela – uma concepção de liberdade caótica também vista em outros liberais, como Milton Friedman. Por essa razão, a teorização do Estado existiria como uma forma de paz, que permitiria ao homem garantir sua liberdade, e mais do que ela, outros direitos de elevada importância (como a vida, a propriedade e a privacidade), sendo capaz de buscar objetivos próprios e sem que existisse

²²⁹ Nos mesmos termos, ao mencionar o contrato social em Hobbes, Pierre Manent salienta que “tal como o príncipe de Maquiavel, na certeza e nas violências da existência política, cada um, no estado de natureza, é juiz, e é o único juiz da conduta necessária à sua conservação” (MANENT, 2018, p. 52).

um medo generalizado de um pelos outros.²³⁰ Em resumo, a utilidade de um julgador imparcial é veículo para a liberdade e (nas leituras atuais dessa construção) argumento para a própria existência do Estado.

A impessoalidade, na jurisdição, é consectário da imparcialidade, principal pilar da prestação jurisdicional, também encontrando argumento no princípio do Juiz Natural. Note-se que a fiscalização da correta distribuição de processos judiciais (forma de garantia do juiz natural) é uma das atribuições entregues regimentalmente às Corregedorias Gerais de Justiça.

O último dos princípios que gera um dever de observação dos agentes por parte do Estado é a moralidade, que caminha em conjunto com os anteriormente citados – como enuncia Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao cuidar “da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, que guardam entre si íntima conexão” (2014, p. 100). É expresso no artigo 37 da Constituição, de modo a exigir do agente público “não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta [para] não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 23).²³¹ É termo que exorta a corrupção e a improbidade no atuar público, pois quando presentes tais manifestações, o bem comum cedeu espaço ao interesse escuso e particular. Dentre todos os anteriores princípios, exige intensamente uma atuação de vigília do Estado e, dentre todos os já citados, é o mais atrelado à privacidade dos juízes.

Do ponto de vista do Poder Judiciário, aliás, constou expressamente da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31

²³⁰ Mesmo em diversos liberais, como Friedman (porém, devotados mais ao aspecto econômico do que, propriamente, ao político), um algo de ruim haveria encontrado no estado natural, propenso a violar a liberdade, e por consequência dela, os demais direitos: “a situação típica da humanidade é de tirania, servidão, miséria” (FRIEDMAN, 2019, p. 12).

²³¹ Por serem expressões próximas, cabe salientar que não há uniformidade na doutrina sobre a coincidência, ou não, dos termos moralidade e probidade. Para alguns autores, há hipótese de afronta à moralidade sem que constitua improbidade dos agentes, como apresenta Eurico Bittencourt Neto: “A título de ilustração, um exemplo: remuneração excessivamente alta fixada em lei, para determinada classe de servidores públicos, cumpridores de tarefas elementares, em Município miserável no interior do País, em tempos de crise financeira, poderá ser considerada ofensa à moralidade administrativa, mas não configurará, necessariamente, afronta à probidade, por parte dos beneficiários, desde que tenham sido regularmente aprovados em concurso público e investidos no cargo” (2005, p. 105). Por um critério normativo e gramatical, o art. 14, §9º da CRFB/88, na redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994, põe lado a lado os dois termos, o que permite apresentá-los (ao menos em uma interpretação literal) como diferentes. Para Maria Sylvia Di Pietro “Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública” (2014, p. 899).

de outubro de 2003, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e internalizada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.²³²

Artigo 11

Medidas relativas ao poder judiciário e ao ministério público

1. Tendo presentes a independência do poder judiciário e seu papel decisivo na luta contra a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico e sem menosprezar a independência do poder judiciário, adotará medidas para reforçar a integridade e evitar toda oportunidade de corrupção entre os membros do poder judiciário. Tais medidas poderão incluir normas que regulem a conduta dos membros do poder judiciário

Embora não trate diretamente da moralidade, o atual Código de Processo Civil, em diversos dispositivos refere-se ao dever de boa-fé, diluído entre os sujeitos do processo: “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

No âmbito da Jurisdição, a ideia de visibilidade quanto ao atuar dos agentes, com fito na moralidade, decorre também dos princípios da inafastabilidade ou proteção jurídica integral (art. 5º, inc. XXXV), do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII) e do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), que reputam a criação de meios de Controle Interno do Poder Judiciário, tais como corregedorias, ouvidorias e, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, do próprio Conselho Nacional de Justiça.

Sobre essas linhas acerca da impessoalidade, da eficiência e da moralidade como noção de monitoramento ou vigilância estatal, note-se que, até então, não se detalhou em qual nível está ocorreria. O debate quanto à privacidade mergulha em meandros mais profundos do que o mero dever de observar o agente pela eficiência ou impessoalidade no atuar funcional. Até então, pretendeu-se tão só demonstrar que o ato de vigília é muito mais frequente do que a menção à privacidade torna aparente – causadora de repulsa, como se o Estado jamais tivesse observado seu agente. O que varia, portanto, é a intensidade do que for proposto.

Há a ciência, logo, que as ações afetas à privacidade, por partirem de notas gerais, como as que enunciam a retidão de comportamento na vida pública *e privada* (conceitos jurídicos indeterminados, em que há duas zonas de certeza e uma de penumbra), ou da defesa de princípios caros ao Estado, como a independência e a imparcialidade – tal como neste

²³² Nos *considerandos* do documento: “Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito, [...] Convencidos de que o enriquecimento pessoal ilícito pode ser particularmente nocivo para as instituições democráticas, as economias nacionais e o Estado de Direito; [...]Tendo presente que a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si [...] Chegaram em acordo ao seguinte:”

trabalho exposto –, trazem contornos próprios para o diálogo entre agente (sujeito de direitos fundamentais), jurisdição e privacidade.

4.2.2. Magistratura e a expansão do rol de direitos sociais

O presente tópico trata de uma questão que se relaciona com o papel dos magistrados e que interfere no quanto estes serão expostos em sua privacidade, quer por ações de terceiros estranhos ao Estado, quer por este, no intuito de proteger ou de monitorar seus agentes.

Do ponto de vista dos *direitos sociais*, deve-se antever que formação básica do Estado objetiva a organização da coletividade e a garantia de direitos fundamentais. Pelas concepções jusfilosóficas e políticas que o aquiescem, pode ser visto como uma função de salvaguarda de direitos individuais. Ou, nas linhas mais recentes, provenientes do Estado de bem-estar social que passa a existir com definição no século XX, como caminho de efetivação de direitos sociais. Para os autores do liberalismo, em comum – dadas as diversas linhas que compõem essa corrente de pensamento –, haverá no Estado o papel de proteção da liberdade.

No que se faz relevante, essa transição do Estado puramente liberal ao Estado de direito social impulsionou mais e mais o número de assuntos entregues à atribuição daquele. Antes, tal como havia, o mesmo assumia um papel tão só de defesa contra perigo internos e externos, como exposto nas funções de exército, segurança e justiça, cabendo à sociedade sua autogestão e ao cidadão, como membro dessa sociedade, perceber-se livre em face da atuação estatal.²³³ Contudo, com as infirmações percebidas por esse modelo, tornou-se necessária uma modificação na atribuição do Estado, pois como se refere a doutrina acerca da sociedade da guerra e do pós Primeira e Segunda Grandes Guerras, “das duas vezes se mostrou que o particular está fundamentalmente dependente de medidas, instituições, distribuições e redistribuições do Estado; que a sua liberdade tem condições sociais e estatais que ele próprio não consegue assegurar” (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 73).

Como salienta Maria Paula Dallari Bucci,

o papel dos direitos fundamentais evolui no sentido de garantir a liberdade em face das ameaças perpetradas não mais pelo Estado, mas pelos poderes não estatais (como o poder econômico interno, além das forças econômicas e políticas exteriores

²³³ Lothar Michael e Martin Morlok, na obra *Direitos Fundamentais* (2016, pp. 59-60), ao tratarem sobre as duas variantes da interpretação dos direitos fundamentais, existentes por ocasião da Constituição de Weimar, mencionam a doutrina *liberal-apolítica*, que pressupunham os direitos os direitos fundamentais como direitos de defesa; e o entendimento *político-social*, que descreve os direitos fundamentais como um *sistema de valores*. É a da primeira visão que falamos, como direitos fundamentais com argumento exclusivo de defesa.

ao Estado). Evolui também para a ampliação do seu sentido, que agrega às liberdades fundamentais os direitos de participação ou de prestação (2006, p. 8)²³⁴

A revisitação da estrutura do liberalismo²³⁵ e do papel do Estado ocorre simultaneamente – inter-relacionando-se, em realidade – ao desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais²³⁶, na expressão que adquiriu no pós-Segunda Grande Guerra, além da expansão dos direitos sociais, por influência do apurado nas constituições Mexicana de 1919 e de Weimar, de 1929. Como consequência da Guerra, os princípios tomaram força normativa (como fator de humanidade); e por motivo das constituições posteriores ao período, somou-se a tradição das constituições dirigentes europeias com a supremacia da constituição e a compreensão do controle de constitucionalidade, de matriz norte-americana. Abriu-se, por tudo, caminho para um maior controle da Administração, pelo Judiciário, de modo que aquela deveria, ao menos em tese, melhor atuar. Essa melhor atuação teve em vista a efetivação de direitos fundamentais e, como posteriormente pôs-se a ter, um mandamento de eficiência e de respeito a direitos fundamentais, a ser materializado também por prestações positivas, determinadas judicialmente.

Nessa lógica, com os direitos de primeira geração (ou dimensão), abrangendo os civis e os políticos, a estrutura é, em regra, negativa, abstencionista, sendo certo que ainda restam exemplos de uma toar positivo – repetindo-se o exemplo, como o aparato necessário para realizar uma eleição –, este que, por sua vez, denota não só a aptidão do Estado para agir (sempre por agentes), como também a existência de custos a serem adequadamente administrados. Na óptica dos direitos de segunda dimensão, por seu turno, a lógica é inversa e precipuamente prestacional, embora também por exceção, haja nestes uma outra face abstencionista (a dimensão negativa dos direitos sociais). Todas, a serem planejadas e

²³⁴ Também seguindo a autora, “os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista de Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais” (2006, pp. 2-3).

²³⁵ Para José Guilherme Merquior, narrando o que entende como fases do liberalismo, há uma terceira denominada de liberalismo social, que floresceu por meio de John Hobson (1858-1940) e Leonard Hobhouse (1864-1929), autores que viveram grande parte de suas vidas ainda no século XIX e que descreveram sobre essa doutrina nos primeiros anos do século XX, deprecando que o Estado garantisse oportunidades favoráveis para todos ou opondo-se ao imperialismo (pois visto por eles como uma consequência da má distribuição de renda). Para Merquior, “o novo liberalismo de 1880 ou 1900 consistiu em três elementos essenciais: uma ênfase na liberdade positiva, uma preocupação com a justiça social e um desejo de substituir a economia do *laissez-faire*”. (MERQUIOR, 2014, p. 259).

²³⁶ Note-se que as noções de direitos fundamentais, direitos humanos e direitos constitucionais não são mutuamente excludentes, como se extrai pela doutrina de Pablo Marshal (2017, p. 98), no capítulo *Clasificación de los derechos fundamentales*, constante do livro *Manual sobre Derechos fundamentales: teoría general*. No mesmo sentido, Osvaldo Canela Junior, na obra *Controle Judicial de Políticas Públicas*, (2011, pp. 38-40).

executadas pela máquina pública, em suas diversas possibilidades de quando deverá atuar, ou mesmo deixar intencionalmente (e por escolha de uma direção) de fazê-lo.

Assim, no novo momento, o Estado é o responsável pela tutela de direitos fundamentais, o que subsiste tanto por via de prestações positivas (direitos sociais ou ações concretizadoras de direitos civis e políticos) quanto de abstenções (enquanto respeito) à esfera jurídica do indivíduo, tal como ocorre com os direitos tipicamente de liberdade. É nesse sentido que para Osvaldo Canela Júnior, “os atos legislativos, administrativos e judiciais, por conseguinte, devem ser produzidos em conformidade com o princípio de efetivação dos direitos fundamentais, mediante impulsos e diretivas de atuação” (2011, p.41)

Esse compreender do Estado, em uma estrutura precipuamente voltada para direitos, ainda encaminha para uma nova linha de abordagem do estudo da máquina estatal, ordenada no desenvolvimento de políticas públicas:²³⁷ para o fim que se pretende, é adotado o conceito expresso nas linhas iniciais deste trabalho, como “tudo que governos decidem fazer ou deixar de fazer” (DYE, 2016, p. 1).²³⁸ Estas, fundamentalmente exposta a atores externos, que pretendem ditar como os Estados irão responder a determinados estímulos, e detentores de alto grau de influência política e de conhecimento técnico. Como enunciam Howlett, Ramesh e Perl, “a policy-making trata fundamentalmente de atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (policy goals) com meios políticos (policy means), nem processo que pode ser caracterizado como ‘resolução aplicada de problemas’” (2013, p. 5). A partir do momento em que o Poder Judiciário se encontra apto a atuar em direitos sociais e em políticas públicas, pode esse nicho de novos atores (até então estranhos ao cotidiano do Poder Judiciário) direciona seus olhos e sua influência para os gabinetes, edifícios e demais locais onde se localizam magistrados.

²³⁷ Essa particularidade integrativa daquilo que são políticas públicas é muito bem encontrada no trabalho de Pierre Muller e Yves Surel, “*O desafio da análise das políticas públicas vai, portanto, muito além da compreensão dos resultados de decisões do Estado. Trata-se, definitivamente, de interrogar-se sobre o funcionamento da democracia, a partir do momento em que a dimensão técnica (no sentido mais amplo do termo) da ação pública aumenta fortemente, a tal ponto que termina por colocar-se o problema da reintegração do cidadão na ‘rede da decisão’ [boucle de la décision]*” (MULLER; SUREL, 2002, p. 11). A decisão pela retomada dos testes atômicos é um ato político, mas que, em direito administrativo, tenciona uma subjetividade, sob a forma de conformação. E todos os procedimentos e normas técnicas que antecederam a explosão em si, em algum momento detêm um quê de ação discricionária e, talvez, até muito menos (dado ao rigor das normas que regem tal tipo de teste, fechando balizas para decisões não previstas em norma, para o caso concreto, como acreditamos) apreciativa. Ademais disso, ponderamos que tal atuar técnico, sem sombra de dúvidas, denota uma qualidade de ações que necessitam de um aprimoramento do agente na mesma (ou em semelhante) velocidade em que se desenvolve a ciência: tão certos que, em 2019, as informações e técnicas acerca das ações nucleares – com queremos crer – sejam mais avançadas do que aquelas que existiam em 1995. E, nesse contexto, é impossível esperar que a atualização técnica não tenha sido seguida de perto pelos agentes públicos. Tem-se, pois, também nesse exemplo, uma conformação entre subjetividades e aprimoramento técnico.

²³⁸ Porém, ponderamos: uma omissão volitiva e finalística, que não se confunde com a simples omissão.

Logo, um dos primeiros pontos a serem observados é que o alargamento das funções do Estado exige que este tome mais esforços e recursos direcionados a mais áreas carecedoras de atuação. Nesses termos, tem-se em conta que as ações estatais se caracterizam por diferentes opções disponíveis (ao menos, a nível macro) quanto à *forma*, ao *momento* ou a *intensidade* de sua atuação (e até mesmo, em determinados casos, quanto à escolha de uma *não ação*), como fruto das diversas formas de dar cumprimento a determinado compromisso normativamente previsto. Ao que são adicionadas contingências técnicas, orçamentárias, que impedem que todas as escolhas sejam tomadas a um mesmo tempo.

Adiciona-se a isso formatos de políticas públicas precipuamente especializados, como as classificações que apresentam as denominadas *políticas de sala de reuniões*, pautadas por um elevado grau de tecnicidade, aliada a um baixo apego popular (o que não significa a exclusão de grupos de interesse), ao lado de *políticas de sala de cirurgia* que aliam a mesma tecnicidade a uma elevada comoção social. A importância do fator técnico dá-se não só em razão do alargamento da área de possibilidades em que o Estado deverá atuar – em atenção ao rol de direitos fundamentais –, como também aglutinando elementos referentes ao próprio desenvolvimento das ciências, que tomou passos largos em momento coincidente ao abandono do modelo precipuamente liberal. No âmbito do Judiciário, quando chamado a julgar políticas públicas de alto grau de técnica em matérias específicas, há um deslocamento das pressões exercidas, que incidem simultaneamente sobre os juízes (de modo a aproveitar seu olhar leigo sobre temas muito específicos) e sobre os peritos do juízo designados para analisar determinada matéria.

No seio do Estado, essa exigência de adequação dos agentes (de um lado) e do cumprimento de um alargado nicho de deveres postos sobre os ombros da máquina pública (de outro) estabelece um caminho para subjetividades, quer em um, quer em outro caso. Embora em atuação não discricionária, caberá ao Estado-juiz interferir essa equação de políticas e direitos sociais, quando chamado a intervir em determinado processo, ainda que de cunho extremamente técnico.

Estabelece-se, pois, uma relação entre as ações do Estado como um processo eletivo, que passará desde a construção de proclamações maiores – uma agenda formal em políticas públicas a nível macro – ao exercício das diversas formas de subjetividade na atuação administrativa mais concreta, do qual efetivamente participa o Poder Judiciário, por meio da *judicialização de políticas públicas*. Há, em quaisquer das origens, formas de subjetividade. Portanto, a percepção é que o atuar estatal subsiste como formas de escolha sobre *o que, como*

e quando fazer, em um atuar dependente de atores políticos e da habilidade técnica dos agentes estatais²³⁹. E que o Poder Judiciário interfere ativamente nesse processo.

Essa ordem de aptidão anteriormente referida passa a exigir do Estado que zele não só pelas dadas funções ordinariamente previstas na normatização constitucional, legal ou regulamentar (atividades fiscalizatórias, por exemplo), mas, a partir de então, atente às ordens seguidamente vindas do Estado-juiz. Aproxima-se, por uma segunda vez (antes, em direitos sociais; agora, em políticas públicas), o atuar público de decisões tomadas em gabinetes do Poder Judiciário.

Ao lado disso, do ponto de vista processual, alia-se à existência hodierna de mecanismos de tutelas coletivas em sentido *lato*, que maximizam o poder de alcance de questões postas em face do direito de ação. Tornam o Judiciário apto a resolver uma quantidade elevada de relações jurídicas com base em uma única decisão, o que expõe os julgadores a ação de grupos de interesse além das políticas públicas (exemplo, tutela do consumidor). Mais ainda, a expansão além dos direitos sociais dentro do Estado, acompanhando os de terceira dimensão, trouxe ao judiciário o poder de interferir em questões além da liberdade e da igualdade, que se tornam caras não só a indivíduos ou grupos tipicamente de direitos sociais, como a novas faces de conglomerados políticos e econômicos, em matérias como a defesa do meio ambiente

Assim, o Judiciário passa a controlar políticas públicas, interferindo em processos políticos e impondo a efetivação de direitos sociais não só em relações entre Estado e indivíduos, mas em relações laterais – em que naturalmente haveria, no mesmo momento em que lança mão a mecanismos de resolução de demandas coletivas *lato sensu*. O maior nicho de poder traz também responsabilidades, capacidades maiores de influir em processos econômicos e políticos com uma única decisão e, por consequência, uma maior sujeição de

²³⁹ Necessário notar que mesmo as ações referentes as facetas abstencionistas contemplam necessário avaliar técnico adequado por parte dos agentes do Estado. Os exemplos são vários: em um deles, haverá na privacidade (que pode ser a educacional), por decorrer da liberdade, uma faceta negativa, no sentido de o Estado não incidir além do necessário sobre a vida do cidadão. Porém, há também o compromisso de impedir que o todo social embarace o mesmo dever: em suma, a tutela da privacidade hoje é uma política pública e, por seu apurado grau de tecnicismo (que envolve sua concepção hodierna, com os avanços tecnológicos), exige uma também apurada técnica no atuar estatal. Transpondo esse exemplo para a área de abrangência desta obra, as normas que tutelas a privacidade do cidadão, também impedem formas de devassa em relações horizontais (não públicas), como o caso que ocorreu nos Estados Unidos, em que um software espião foi implantado por uma escola em computadores fornecidos aos alunos, de modo a monitorar seu comportamento fora da classe, ou seja, em suas vidas privadas. A criação do marco civil da internet e da lei geral de proteção de dados, contudo, inegavelmente exigiu um nível de conhecimento especializado dos *policymakers*, tanto pela densidade de termos e entendimentos técnicos existentes na mencionada lei, quanto pela influência de atores (e.g. grandes provedores de conteúdo), tecnicamente hábeis na área, que desejavam influenciar no sentido normativo, sem que fossem, necessariamente, desinteressados ou devotados ao bem comum. Somente agentes estatais capacitados podem transitar com propriedade nessa arena de interesses.

pressões de agentes externos que encontram um dos meios de entrada na devassa à privacidade.

4.2.3 O papel democrático da magistratura

De tal ponto de vista, assim como ocorre com os direitos sociais, o papel democrático exercido por magistrados também convida à inclusão de arenas estabelecidas para a disputa de poder e para a busca de influência dentro de um Estado, estabelecendo mais uma tensão entre o dever da magistratura e a privacidade, por tanto que passa pelo poder dos magistrados. O Código de Ética da Magistratura Nacional, preocupado com essa constatação, já inicia por afirmar que “o magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando [...] a plena realização dos valores democráticos”. Tais valores também se encaminham pela efetivação dos direitos fundamentais, que são caros a qualquer democracia

Nos registros de Alain Touraine, sociólogo francês conhecido pelo estudo de movimentos sociais, o tema muito se assemelha a algumas ponderações feitas em sua obra *O que é a Democracia?*, em que cuida dos elementos fundamentais de uma sociedade democrática, destringindo a representatividade, a cidadania e a limitação do poder do Estado. (TOURAINÉ, 1996). Para ele, as três dimensões da democracia – que se complementam e, possuem interdependência – são: (1) a representatividade dos governantes, de modo que a sociedade civil é feita por uma pluralidade de atores, e a democracia só pode ser representativa se for pluralista – todos os democratas resistem à imagem de uma sociedade unânime e homogênea, diz; (2) a cidadania, em que os eleitores são e se consideram como cidadãos, sendo esse um pressuposto para termos uma sociedade democrática; (3) e, por fim, o respeito aos direitos fundamentais, de modo que a livre escolha não pode existir se o poder dos governantes for ilimitado. (TOURAINÉ, 1996).

Nesse sentido, o papel dos magistrados, exercido pelos meandros democráticos, bem chama a atenção para quatro questões centrais: (i) a sua relação com políticas públicas (que em algo se relaciona com o tópico anterior), forma de efetivação de direitos fundamentais (e não só sociais, haja vista a existência de políticas regulatórias) e que, portanto, estabelece a já mencionada tentativa de influência do poder – a qual adentra não só em uma das etapas cruciais do ciclo, que é a formação da agenda (*agenda setting*), mais a partir de então, na tentativa de influência ao Judiciário; (ii) a participação de magistrados no processo eleitoral, em que se alinha o princípio representativo (uma das bases da democracia) com as possibilidade da jurisdição (nesse caso, exercida como forma de acompanhamento e de

controle); (iii) a atribuição da magistratura de defender direitos fundamentais em uma forma mais ampla, e não relaciona a grandes etapas de políticas públicas; e, por fim, (iv) o inato papel do judiciário de ser instância contramajoritária, sopesando o atuar do parlamento com a necessidade de fazer cumprir a Constituição (o que remete quer a políticas públicas, quer a direitos fundamentais, em geral, bem como à noção de representatividade).

Todas elas, que encaminham ao Judiciário o poder de decidir questões de grande interesse de diferentes grupos e encontram na devassa à privacidade uma das formas destes de influenciar na atuação jurisdicional. No campo do debate eleitoral, mais ainda, envolve um recente acautelamento do Conselho Nacional de Justiça quanto à exposição de preferências partidárias de seus magistrados, tal como se fez visto na Resolução nº. 305 de 17/12/2019 (BRASIL, 2019) e, antes dela, no Provimento CNJ nº. 71, de 13 de junho de 2018 (BRASIL, 2018).

Democracia e políticas públicas: no primeiro dos citados pontos, uma das usuais iterações que se estabelece quanto a políticas públicas (*policy*) é sua inter-relação com o conceito de políticas (*politics*), o que, por sua vez, nos remete ao debate democrático: formas de representatividade que garantem a presença de atores eleitos (e, dependendo do sistema jurídico, meios de exercício direto e semidireto da democracia) e, em último norte, a satisfação de demandas sociais pela consecução das primeiras. Um dos relevantes exemplos da manifestação política há no equilíbrio entre democracia e privacidade.

Ao descrever as razões pelas quais são feitas as coletas e catalogações de dados pessoais de indivíduos, Stefano Rodotà salienta a existência de três objetivos básicos: a preparação e gestão de programas de intervenção social (políticas públicas), o controle de comportamento político e o desenvolvimento de estratégias empresariais (RODOTÀ, 2008). Quanto ao último, se insere nas relações de trato consumerista, bem cuidadas na obra de Laura Schertel, também representativa de grandes grupos de interesse – mas que não constitui a razão do presente tópico. Os dois restantes, no entanto, trazem conotações relevantes para o debate democrático.

No que diz respeito à captação de dados para fins de gestão e planejamento de programas sociais, considera-se que tais ações tem origem no Estado, em seu viés de proporcionar direitos de segunda dimensão²⁴⁰, com os esforços referentes ao reconhecimento

²⁴⁰ Em que pese o debate de doutrina, note-se que o art. 5º, §1º, da Constituição garantiu a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, indistintamente, não se limitando aos direitos individuais e, nisso, como reconhece o conhecimento doutrinário, toma a Constituição brasileira uma vanguarda em relação às normas internacionais que, em geral, costumam reconhecer a tese da aplicação imediata apenas para os direitos individuais, deixando aos direitos sociais o papel meramente programático.

dos problemas, à formação da agenda e à implementação das políticas públicas futuramente seguidas, buscando, igualmente, avaliar os resultados obtidos com sua implementação. Ressaltadas as etapas do ciclo de políticas públicas (*policy cycle*) – em que pese algumas diferenças de fases apontadas nas obras de Leonardo Secchi²⁴¹ (SECCHI, 2013) e de Howlett, Ramesh e Pearl²⁴² (HOWLETT; RAMESH; PEARL, 2013) –, por si enunciam a utilidade da captação de dados, as quais, *a priori*, são feitas para fins comumente democráticos, por parte de Estado interessados em melhor aplicar suas políticas sociais.

No entanto, com o escândalo que preencheu os meios de imprensa no ano de 2018, referente ao vazamento de milhões de dados de usuários do *Facebook* para a finalidade de marketing político pela *Cambridge Analytica* – que atuou na campanha eleitoral do atual presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump –, tornou-se extremamente oportuna a ressalva feita por Rodotà, no sentido de que dados pessoais são importante fonte de informação para fins de controle do comportamento político. Em Estados autoritários, como forma de conhecer os opositores do regime; porém, em Estados *democráticos*, com maior perspicácia, como maneira de obter vantagem nas regras do jogo eleitoral e transformar eleitores em verdadeiros consumidores de conteúdo – que poderá ser favorável ou contrário a determinado candidato, a depender de quem seja o contratante das informações.

É, em suma, uma generalização do ponto de ver a ingerência do Judiciário na *policy making*, porém, tornando-o não só restrito aos direitos sociais.

Democracia e eleições: nessa lógica dos parágrafos anteriores, outra das vertentes da atuação democrática da magistratura – e que também torna seus membros sujeitos a interferências – diz respeito à presença do Estado-juiz no controle democrático das eleições: o exercício da jurisdição pode criar diferente estabilidade nas relações de poder exercidas entre grupos do debate político e, mais precisamente, entre candidatos em disputa de determinada campanha eleitoral. Tal controle democrático se dá pelos mecanismos tradicionais,²⁴³ a serviço do Judiciário, para manutenção da lisura e conformidade das eleições em face a meios

²⁴¹ Leonardo Secchi reconhece que há várias versões para o ciclo de política, mas ele restringe em 7 (sete): (1) identificação do problema; (2) formação da agenda; (3) formulação de alternativas; (4) tomada de decisão; (5) implementação; (6) avaliação; (7) extinção

²⁴² Para eles, por sua vez, o ciclo de políticas públicas inclui: (1) montagem da agenda; (2) formulação de políticas; (3) tomada de decisão política; (4) implementação da política e (5) avaliação da política.

²⁴³ Tais instrumentos, por exemplo, incluem: a ação de impugnação de registro de candidatura, a ação de investigação judicial eleitoral, a ação de impugnação de mandato eletivo, a representação por captação ilícita de sufrágio, a representação do Artigo 96 da Lei 9.504/97, a representação do artigo 81, da mesma lei (doações irregulares aos comitês financeiros), a representação para apuração de arrecadação e gastos ilícitos – captação ilícita de recursos (artigo 30, da Lei das Eleições), os recursos contra a diplomação, a ação rescisória eleitoral e os recursos eleitorais em espécie.

usuais de manipulação e de abuso de poder econômico ou político, tais como as condutas vedadas aos agentes públicos, previstas na Lei de Eleições.

Essa troca de expressões entre eleição e democracia, atendo-se ao valor que detém a representatividade, é bem tida na doutrina, vista a posição segundo a qual “o processo eleitoral é o liame que une a eficácia social da República à eficácia legal da Constituição que lhe dá forma jurídica. A soberania popular é a pedra angular da República.” (TORQUATO, Jardim, 1993, pp. 45-46).

Como já visto no estudo de Rodotà, a privacidade de dados é considerada uma expressão da cidadania (RODOTÀ, 2008), ao passo que, em todos os demais autores, é compreendido tal direito como um direito fundamental, do qual se extrai também a característica de limitação ao poder do Estado. Portanto, na apropriação e manipulação de dados pessoais de milhões de pessoas como instrumento (indevido) de campanha política, todas essas características são simultaneamente vulneradas. Há no Estado-juiz, por sua vez, o papel de garantir a retaguarda, pondo-se em ação quando provocado.

Voltando em Touraine, é possível considerar que a nova matriz já iniciada para o jogo democrático mundial aparenta uma evolução tecnológica para práticas antidemocráticas do passado, e quanto a isso, o papel de proteção democrática dos juízes tende a aparecer. Há algumas reflexões do autor que merecem menção (TOURAINÉ, 1996): em uma passagem, nomeando expressamente o Brasil, menciona o termo (de alcunha italiana) *partitocrazia*, que corresponde aos anseios da sociedade política (os partidos) de aumento não medido e arbitrário do próprio poder; em outra, novamente figurando a Itália, em que denuncia a crise de representação política e a aliança da democracia cristã e do partido socialista, em caminho para a corrupção (o que traz semelhança a um modelo patrimonialista existente no Brasil); e, por fim, faz uma crítica a apropriação das massas, quando os partidos ditam prontas as ações, face a atores sociais incapazes de propô-las (e de serem críticos quanto a elas).

Em tal sentido, deve-se recordar que, pelas aspirações do jogo democrático, o Direito brasileiro (e de todo o mundo) se sujeita a determinadas regras, as quais dão especial valor à representatividade democrática. A convicção da escolha, contudo, deve ser resguardada, sob pena de a sociedade da informação quedar-se em um experimento mais moderno de práticas eleitorais perversas já reprimidas no passado, como aquela que impede determinado candidato de se lançar em campanha legítima, ou que impõem previamente ao eleitor qual será o seu voto.²⁴⁴

²⁴⁴ Nas questões mais modernas da interação entre democracia e privacidade, as *fake news* que, embora constituam tema interessante, não são o objeto deste trabalho. Por curiosidade, contudo, dentre algumas

No Brasil, juízes não são eleitos para mandatos, como ocorre em outros países, o que, em princípio, tornaria os grupos políticos (legítimos e ilegítimos) existentes dentro de uma democracia desinteressados em tomar ações perante agentes que não possam nomear e que são resguardados por balizas como a inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios – que, para Flávio Hiroshi Kubota são as base da imparcialidade e da independência do Judiciário em relação aos demais poderes no federalismo (2015, pp. 45-49). Contudo, tanto há magistrados cujo provimento no Judiciário não acontece por sistemas de provas e títulos, tal como visto – oxigenando o debate político, propriamente dito, em suas interações com o Poder Judiciário – quanto há a possibilidade de aproximações inoportunas a julgadores, tidas por uma tripla forma: coação, corrupção (a que se reputa como o recebimento de vantagem indevida, aproveitado o conceito da lei, pela rubrica do tipo penal) ou quebra *gratuita* da imparcialidade (no comprometimento do julgador com um posicionamento político).

A coação, que é forma já conhecida em diversos ramos do conhecimento jurídico (sob a forma física ou moral), é meio pelo qual tanto o poder dos magistrados quanto o papel da jurisdição podem ser canalizados para meios antidemocráticos. Em geral, é a maneira como ocorrem as ações (realizadas por terceiros, e não pelo Estado) que vulneram a privacidade de juízes para, objetivando a coleta de informações relevantes sobre a vida do magistrado ou de terceiros a ele próximos²⁴⁵, trocar o silêncio por determinada inação ou direção no processo. É um dos motivos pelos quais as normas que regem a magistratura exigem um elevado padrão ético na vida pública e privada: não só porque atos dos juízes refletem na visão e na credibilidade tidas pela sociedade no Judiciário, como também porque a retidão dos comportamentos ao menos diminui a porta para uma das formas de perigo à jurisdição.²⁴⁶

Tal risco à jurisdição tanto interage com a privacidade pelo ponto de vista do terceiro estranho ao Estado, quanto pela óptica estatal, que será apta (em potência) a adotar uma dupla vertente: a aplicação de medidas para proteger a privacidade de seu magistrado ou a utilização

pesquisas já feitas, o primeiro precedente histórico de *fake news* é apresentado por Gaudêncio Torquato, quanto à disputa do senado em Roma: em 64 a.C, a disputa do Consulado, envolvendo Cícero e o General Catilina. O primeiro, apoiado pelas elites; o segundo, pelo proletariado. Segundo o autor, Quintos, próximo a Cícero, aconselhou-o à prodigalidade em promessas e palavras, assim como o levantamento de notícias desabonadoras sobre seu adversário. Cícero ganhou a disputa ao acusar o general de ser corrupto e pervertido. (TORQUATO, 2014, p. 135).

²⁴⁵Usualmente, por questões desabonadoras, visto que ninguém se importa com o divulgar do trivial, por mais reservado que seja.

²⁴⁶Não se negue, contudo, que ainda existe a possível chantagem a partir de fato inverídico, que pode balançar determinado agente, a depender de sua condição pessoal e do teor da mentira a ser irrogada. Ou, ainda, a hipótese de coação física ou a ameaça de mal, que não o externado por falsas verdades (e.g. ameaça de morte de parente, em tom ou circunstâncias que tornem relevante o temor).

de providências invasivas a essa mesma privacidade, para se antecipar a situações de risco à tutela jurisdicional.

Democracia e ação contramajoritária: em gerais termos, é usual para a doutrina identificar a importância da magistratura relacionando-a com o equilíbrio do poder, com os direitos humanos e com a própria manutenção da ordem e do contrato social, de sorte que “uma sociedade implica uma organização e regras que governam as relações entre seus membros. A violação deste contrato social implica necessariamente a intervenção da autoridade judicial” (PÉREZ, 1987, p. 155).²⁴⁷ Porém, ao ser notada a possibilidade de o Estado-juiz ir além ou em oposição ao que decidiu o parlamento (em razão da estrutura constitucional, com fundamento teórico na possibilidade de ativismo e caindo em defesa de direitos fundamentais), abre-se um novo leque não só para os debates sobre o quanto isso soa adequado ou antidemocrático, porém, mais ainda, pela possibilidade de abertura de uma nova porta para a revisão de assuntos já decididos pelo parlamento, sendo que a entrega dessa chave é feita ao Estado-juiz.

Nesse sentido, há, porém, posições de retaguarda, tal como a apresentada por Canotilho em seu livro, em que explica as posições interpretativistas, pelas quais o controle judicial dos atos legislativos “tem dois limites claros: o da própria constituição escrita e o da vontade do poder político democrático” (2003, p. 1195). Por outro lado, Osvaldo Canela Júnior, em uma posição de ensejo ao atuar mais intenso do Estado-juiz (como fundamento do próprio Estado de Direito), apresenta que o

Juiz independente e imparcial é aquele que, no exercício de sua função, adota um sistema ético de referência, estabelecendo a pessoa humana como valor supremo, característica do Estado Democrático de Direito.

A partir do momento em que todos os órgãos jurisdicionais adotarem o mesmo sistema ético de referência, o Poder Judiciário, como corpo organizado, atingirá a plena independência preconizada na Constituição. (2011, p. 99).

A atuação contramajoritária – e, a partir dela, discussões sobre ativismo, autocontenção, interpretativismo e não interpretativismo –, além de trazerem foco ao Judiciário sobre o quão legítimo é rever (ou não rever) posições firmadas pela representação popular de maioria, traz as já tão citadas ações de grupos de interesse, que veem no Judiciário um meio – algumas vezes, o último. Contudo, um dos possíveis riscos que há para a magistratura na questão contramajoritária é o magistrado pretender substituir-se aos poderes constituídos, ingressando em um desvio democrático, por exemplo, por crê-los ineficientes.

²⁴⁷ “una sociedad supone una organización e unas reglas que rijan las relaciones entres sus miembros. La violación de este contrato social implica, necesariamente, la intervención de la autoridad judicial”. (p. 155)

Democracia e direitos fundamentais: por fim, em um das relações entre magistratura e democracia, é viável notar que além das alargadas possibilidades que a jurisdição possui no direito brasileiro – por exemplo, cabendo ao Judiciário exercer o controle da validade das leis tanto de maneira concentrada, quanto pelos órgãos em atividade jurisdicional, de forma difusa, para uma situação concreta –, a Constituição trouxe um amplo rol de dispositivos, que revelam a posição topográfica dos direitos fundamentais no ordenamento nacional.

Assim, desde o instante da promulgação, em 1988, constam do rol de CRFB (a) a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (Art. 1º, inc. III); (b) o intento em garantir o bem estar humano dentre os objetivos fundamentais do Estado (art. 3º); (c) a prevalência dos Direitos humanos como princípios regentes das relações internacionais do Estado brasileiro, também sinalizando a intenção do Constituinte de que o Brasil participe das discussões internacionais sobre direitos humanos (Art. 4º, inc. II); (d) a positivação de um amplo rol de direitos e garantias topograficamente localizadas logo no início do texto constitucional, ao passo que constituições antigas iniciavam pela organização do Estado (Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais); (e) a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, como um todo, e não só os direitos individuais (Art. 5º, §1º); (f) o reconhecimento do rol meramente exemplificativo da declaração de direitos fundamentais contida na CRFB/88, em razão do regime e dos princípios por ela adotados – no que a doutrina costuma denominar de abertura do catálogo de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §2º); (g) a expressa afirmação dos direitos sociais como direitos fundamentais, como um capítulo do Título II, ao passo que em constituições anteriores eram postos como vetores da ordem econômica (Título II, Capítulo II, da Constituição); (h) a positivação dos direitos e garantias individuais, como cláusulas pétreas – nicho imune ao intento de abolição pelo constituinte derivado, mas não de restrição, visto que, na mesma ordem lógica debatida neste trabalho, nenhum direito é absoluto (Art. 60, §4º, inc. IV); (i) a posição do Estado brasileiro pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos, que, embora tema afeto à ordem internacional, reforça o compromisso interno com os direitos fundamentais (Art. 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)

Com a Emenda Constitucional nº 45/2015, o tema assumiu mais alguns adicionais contornos, eis que foi prevista (j) a alteração do status com que os tratados de direitos humanos são recebidos pela ordem jurídica brasileira, passando a valer como normas constitucionais fora do corpo da Constituição (Art. 5º, §3º); (k) a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional que, embora não relacionado imediatamente com o tema da privacidade, densifica o cuidado do sistema jurídico com os direitos humanos e os direitos

fundamentais (Art. 5º, §4º); (l) a inclusão do instituto processual do incidente de deslocamento de causas em trâmite na justiça estadual para a justiça federal, Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, (Art. 109, §5º).

Por fim, com o Código de Processo Civil de 2015, houve (m) o reconhecimento do dever de o processo ser ordenado, disciplinado e interpretado em atenção à tutela dos direitos fundamentais (art. 1º) – ainda que tal dever já fosse admitido pelo ordenamento, como decorrência da própria irradiação da Constituição sobre as normas do processo; e (n) com aptidão específica ao tema deste trabalho, a depender do êxito da tramitação parlamentar, o exposto reconhecimento da proteção aos dados pessoais como direito individual, tal qual pretende a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019.

Assim, muito além de afirmações sobre o papel da magistratura em democracias e sobre como os juízes apresentam forma de garantia (dada a sua imparcialidade e a possibilidade de apreciar os bens jurídicos mais caros de um ordenamento) à sociedade, é por uma questão meramente normativa que se verifica a ínsita ligação entre a magistratura e os direitos fundamentais. É possível adicionar alguns pontos de contato: (i) pela constituição extremamente analítica, que possibilita um amplo leque de interpretações em dispositivos, com a extração de normas garantidoras desses direitos; (ii) pela forma como se apresenta a leitura do direito constitucional no Brasil, assimilando o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, com a atuação concretizadora de princípios.

Com base nisso, ignorar a ligação da magistratura com os direitos fundamentais, como grande garantidora de sua aplicação nas causas postas em face da tutela jurisdicional, apenas teria sentido plausível em uma situação concreta de *non liquet*, com a negativa do Estado-juiz de prestar a jurisdição. Menciona-se isto, pois, da forma como estruturado o pensamento constitucional brasileiro e a série de dispositivos expressos em nossa Lei Fundamental com atenção a tais direitos, é impossível um magistrado, em uma situação concreta de embate entre cidadão e Estado, não analisar a passagem por direitos fundamentais – ainda que seja tão somente para verificar a não incidência de afronta, no caso posto à prova.

Portanto, com base em uma interpretação atenta do texto constitucional – e sem que seja necessário um grande esforço hermenêutico para essa construção –, nota-se que o labor tomado por magistrados no Direito brasileiro – ao menos quando estiver em voga o cidadão frente ao Estado –, tem por uma de suas principais características a proteção de direitos fundamentais, havendo, dentre eles, também a privacidade.

4.2.4 A Privacidade na sociedade em que vivem os juízes

Outro elemento a ser considerado na análise da privacidade dos magistrados é o contexto social que envolve o mencionado direito, assim como a existência de cada vez mais novas e desafiadoras tecnologias. Tal como dito em momento anterior deste trabalho, a privacidade existente no atual tempo não é a mesma de décadas atrás; de igual forma, o que se entende por privado e íntimo em um movimentado bairro carioca não corresponde ao entendimento da população de um vilarejo longínquo. As tecnologias, de igual modo, avançam a passos largos, constituindo novos desafios para a privacidade. O magistrado que existe hoje não é mais aquele que redigia sentenças em máquinas de escrever e que teria em seu enalço, como real possibilidade de afronta à sua privacidade, um repórter com uma máquina de fotografia. Os tempos mudaram no mesmo passo que também foram alterados os desafios para quem presta a jurisdição.

A privacidade está em constante movimento, ao mesmo tempo que também se movimentam os meios de alcançá-la e, assim o fazendo, as possibilidades de intromissão em uma esfera jurídica de terceiro. Abrem-se frequentemente caminhos até então não descobertos, mas que, uma vez traçados, repercutem em uma discussão para o Direito. Os atualmente conhecidos, saliente-se, já são vastos.

Tal como alinha este trabalho, em nosso século, os meios tecnológicos têm cada vez mais espaço no cotidiano. É uma realidade que, se por um lado, é benéfica e traz facilidades para a vida, por outro, envolve problemas sequer imagináveis cinco décadas atrás. Questões que, em nosso tema, não vivenciadas há um século, período da primeira grande publicação a respeito do tema, nas mãos de Warren e Brandeis, em 1890.

É presenciada uma década de cada vez maior exposição de dados e da privacidade: não mais há escolhas de guardar as lembranças importante (como fotografias ou cartas) e as informações sensíveis em gavetas ou em gabinetes, mas em banco de dados do Facebook, da Microsoft, da Google, da Amazon. Quanto aos limites dessa afirmações, ainda que seja pouco imaginável entes públicos e grandes companhias guardando seus principais arquivos no *Google drive*, deve-se recordar variados casos em que informações governamentais relevantes ficaram ao alcance de grande provedores de dados e de toda a internet, quer por contratos, quer pelo acesso indevido: como exemplo de vazamento involuntário, há o incidente sueco de 2015, no qual o governo fez o *upload* (remessa ao sistema) de milhares de dados de pessoas físicas para servidores não confiáveis; ou da Turquia, em 2016, em que *hackers* acessaram dados de milhões de cidadãos.

Como exemplo da entrega de dados por via contratual, no Brasil, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2018, celebrou um acordo para armazenar todo o acervo de processos digitais em bancos de dados da Microsoft e quanto a isso, deve-se lembrar que, por força de dispositivos da Constituição e das leis do Brasil, vários processos tramitam sob sigilo de justiça, quando envolvem crimes sexuais ou questões relacionadas a crianças e adolescentes. O intento só não foi levado a cabo por posicionamento contrário do Conselho Nacional de Justiça, em sua função de controle as atividades não jurisdicionais dos órgãos do Poder Judiciário.²⁴⁸

Nessa ordem de ideias, a inovação tecnológica potencializa inúmeras facilidades (geolocalização, uso de aplicativos de transporte, comunicação em tempo real, dentre outros), algo inimaginável faz poucas décadas. Porém, também desenvolve preocupações com as quais não conviviam os antepassados mais recentes: no âmbito da soberania dos Estados e dos seus assuntos internacionais, afloram temas como a *cyberwar* – um dos desdobramentos do conceito de guerra moderna, que por sua vez inclui a guerra tradicional – e o combate ao terrorismo; na órbita interna, autoridades policiais têm preocupação com os crimes praticados por meio da internet, cuja amplitude e potencial lesivo podem ser maiores do que os laborados por criminosos há cinquenta anos. No seio privado, corporações e pessoas temem pelo uso indevido de seus dados.

Descobriu-se que a fácil devassa à privacidade é também um útil e valoroso caminho de proteção e de prevenção tanto a ilícitos comuns quanto ao terrorismo – em um movimento que alguns autores sugerem ter iniciado com o atentado de setembro de 2001 – ou de eficácia de investigações policiais, que abarca o exemplo da submissão de mais de 16 mil indivíduos a exames de DNA, tal como aconteceu na Holanda, em 2018, com vistas a solucionar um crime de duas décadas.

Cabe lembrar o emblemático caso em *Bentoville*, Arkansas em que um crime foi desvendado com base em uma ordem judicial para a queda da privacidade de um dispositivo *Echo* da linha *Alexa*, da Amazon, basicamente constituída por uma torre de som e microfone,

²⁴⁸Além da afronta à Resolução nº 185/2013, que objetiva a adoção do PJe como sistema oficial de processamento de atos processuais por todos os Tribunais do país, a decisão do Conselho considerou a segurança dos dados dos usuários do Poder Judiciário, tendo em conta as notícias de vulnerabilidade em semelhantes sistemas. Também foi asseverado que tramita no próprio Tribunal de Justiça de São Paulo um processo contra a Microsoft, pelo compartilhamento de dados de usuários com a sua sede no exterior. Nos termos da decisão de fevereiro de 2019, posteriormente ratificada pelo Plenário: “potencialmente falando, empresa estrangeira, em solo estrangeiro, manterá guarda e acesso a dados judiciais do Brasil, onde a intensa judicialização reúne, nos bancos de dados dos Tribunais, uma infinidade de informações sobre a vida, a economia e a sociedade brasileira, o que, ressalvadas as cautelas certamente previstas, pode vir a colocar em risco a segurança e os interesses nacionais do Brasil, num momento em que há graves disputas internacionais justamente acerca dessa matéria” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019).

conectada à rede, que funciona como assistente pessoal, com o registro de trechos da voz do indivíduo, como forma de torná-la apta a reconhecer e a obedecer a comandos (CNN, 2017). No caso em análise, um convidado e o morador estavam em seu apartamento bebendo, até que um deles recolheu-se para dormir. Ao despertar, descobriu que o outro estava morto por afogamento na banheira, de bruços. Uma das linhas de defesa alegou o afogamento involuntário da vítima, em razão de embriaguez. Após o acesso dos registros vocais constantes do sistema da *Amazon*, a acusação solicitou o arquivamento do caso, por considerar mais de uma possível explicação para a morte.²⁴⁹

Em situação semelhante, atualmente em debate no Direito brasileiro, são exemplos os pedidos de quebra de dados telemáticos, efetuados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e direcionados à Google Brasil Internet Ltda. e à Google LLC, referentes à morte da Vereadora Marielle Franco, os quais chamam a atenção pela generalidade: em duas diferentes decisões, deferiu-se o acesso (i) a dados de todos os *smartphones* que passaram pela região do pedágio da via Transolímpica (via expressa que liga bairros da zona oeste do Rio de Janeiro) em um intervalo de quinze minutos do dia 02 de dezembro de 2018, bem como (ii) a dados de todos os usuários que realizaram buscas em um determinado conjunto de palavras-chave (dentre elas: *Marielle Franco*, *vereadora Marielle*, *Rua dos Inválidos 122* e *Rua dos Inválidos*), nos cinco dias que antecederam o crime. Entendendo que o pedido deferido pela Corte local era desproporcional e genérico, apto a vulnerar a privacidade de usuários, a Google recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, pelo RMS nº 62.143/RJ (2019/0318252-3), autuado em 22/10/2019 e pelo RMS nº 61302 / RJ (2019/0199132-0), autuado em 09/07/2019. Os casos ainda pendem de decisão.²⁵⁰

O estado de compreensão da privacidade é amplo em alcance, como bem salienta Losano (2018, pp.35-38), expresso no fragmento que finaliza seu artigo sobre guerra híbrida:

²⁴⁹ No cenário norte-americano, houve situação semelhante, também envolvendo um dispositivo *Alexa* da mesma empresa, desta vez ocorrida na Flórida, em meados de 2019. O caso em análise disse respeito a uma morte havida no âmbito de uma discussão entre namorados, ocorrida em seu quarto – historicamente, o reduto mais enclausurado da privacidade. O homem argumentou que tentava puxar a mulher para fora da cama, enquanto está se segurava em lanças que constituíam a cabeceira: até o momento que se ouviu um estalo e, ao olhar, ele notou uma das lanças fincadas no peito da jovem. A alegação de morte acidental foi subordinada, na investigação conduzida pela polícia, à verificação do dispositivo da *Amazon*, que pode ter captado trechos de falas (NBC NEWS, 2019).

²⁵⁰ Nota: os dois processos citados correm em segredo de justiça no Superior Tribunal de Justiça. No RMS nº 62.143/RJ (2019/0318252-3) não há registro de decisões (os autos foram conclusos para julgamento do Min. Relator em 06/12/2019), apenas de Parecer do Ministério Público Federal. No RMS nº 61302 / RJ (2019/0199132-0), houve conclusão para julgamento em 19/11/2019. Não se fez possível o acesso a qualquer peça já cadastrada, mesmo com a utilização de perfil de acesso de advogado com certificado digital. Assim, as informações trazidas neste trabalho incluem também o que foi difundido na imprensa, nos veículos Conjur (2020) e Correio do Povo (2020).

Com o advento do terrorismo internacional e das guerras híbridas, a proteção de dados pessoais tornou-se vital não apenas para a esfera privada ou comercial, mas também para a segurança nacional. Desde os anos 90, o debate sobre a prevalência da segurança (bem público) sobre a confidencialidade (bem privado) tornou-se cada vez mais intenso, ou vice-versa. Desde então, tem havido uma crescente erosão das regras para proteger a privacidade em favor daqueles que protegem a segurança.

[...] Pela opacidade, estamos nos movendo para a escuridão, e o coração das trevas do estado está se expandindo cada vez mais. O cidadão não pode perceber se a extensão da escuridão se deve à defesa do estado ou à intromissão do estado na esfera privada. As gigantescas coleções de dados pessoais podem servir, por um lado, para tornar o desempenho do estado de bem-estar cada vez mais individualizado ou para afetar indivíduos que trabalham contra o estado. Mas os últimos podem ser terroristas ou dissidentes políticos. [...] Essas gigantescas coleções de dados pessoais (big data) podem ser criadas para fins democráticos, mas uma mudança de governo pode gerenciá-las na direção oposta. [...] todos os nossos dados circulam além do nosso controle e podem ser usados contra nós; não há mais distinção entre paz e guerra, entre a frente e a retaguarda, portanto, entre civis e beligerantes; cada um de nós é um alvo em potencial (em qualquer lugar da guerra) e cada um de nós está sempre sob ataque.²⁵¹

Assim, há uma afirmação que, além de adequada, é fácil de ser compreendida: hoje, falar de privacidade, é discursar sobre absolutamente tudo: do âmbito da residência ao do local de labor. Das organizações aos Estados nacionais ou estrangeiros. Todos, aptos e atentos para tomar do indivíduo o leque mais amplo possível de informações e, por consequência, a própria privacidade.

A constatação mais óbvia é que os meios que facilitam a vida (todos aparatos tecnológicos) tornam pessoas cada vez mais expostas em sua privacidade. E repercutem em esferas como a segurança e a democracia. E, como resposta a esse risco, também é crescente o uso de técnicas e de conceitos que enfrentem as novas ameaças, em prol da proteção à privacidade. Ou seja, o ponto a que se deve chegar é: devassa-se a privacidade, com o intuito de protegê-la, de proteger a democracia ou o Estado.

²⁵¹ “Con l’avvento del terrorismo internazionale e delle guerre ibride la protezione dei dati personali è divenuta vitale non solo per l’ambito privato o commerciale, ma anche per quello della sicurezza nazionale. Dagli anni ’90 è divenuto sempre più intenso il dibattito sulla prevalenza della sicurezza (bene pubblico) sulla riservatezza (bene privato), o viceversa. Da allora si constata una crescente erosione delle norme a tutela della privacy a vantaggio di quelle a tutela della sicurezza. Il problema poco trattato è questo: nella generale tendenza (nell’ambito del neoliberalismo) a estendere progressivamente il potere esecutivo a scapito del potere legislativo, il pretesto della sicurezza viene usato per scardinare le tutele individuali a vantaggio di un crescente controllo dello Stato sui cittadini. [...] Dall’opacità si sta passando all’oscurità, e il cuore di tenebra dello Stato si estende sempre più. Il cittadino non può rendersi conto se l’estensione dell’oscurità è dovuta alla difesa dello Stato oppure all’invasione dello Stato nella sfera privata. Le gigantesche raccolte di dati personali possono servire, da un lato, a rendere sempre più individualizzate le prestazioni dello Stato sociale oppure a colpire gli individui che operano contro lo Stato. Ma questi ultimi possono essere terroristi, oppure dissidenti politici. [...] Queste gigantesche raccolte di dati personali (big data) possono essere create per fini democratici, ma un cambio di governo può gestirle nella direzione opposta. [...] In esso, tutti i nostri dati circolano fuori dal nostro controllo e possono essere usati contro di noi; non c’è più distinzione tra pace e guerra, tra fronte e retrovia, quindi tra civili e beligeranti; ognuno di noi è un potenziale obiettivo (everywhere war) e ognuno di noi è sempre sotto attacco.”

Portanto, a privacidade hoje enumera-se como um complexo que inclui a vida material (assim denominamos a conhecida desde muitos séculos), inserida no proteger-se de olhos e ouvidos curiosos, mas também de câmeras, dispositivos de geolocalização e de monitoramento em tempo real. E que introduz no seu atual contexto também a vida virtual, não só contendo uma *versão da identidade* da pessoa (como o constante de redes sociais), como também o enorme fluxo de informações que os provedores de serviços, os gestores de banco de dados e governos nacionais e até estrangeiros detêm sobre todos.

É nesse caminho que magistrados devem exercer seu ofício, aplicando a lei ao caso concreto, em meio ao emaranhado tecnológico pronto a devassar sua privacidade.

4.3 ALGUMAS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA PRIVACIDADE DOS JUÍZES

A literatura traz alguns exemplos que bem acenam para o tema de um futuro distópico e uma sociedade baseada em uma devassa à privacidade, não só dos indivíduos em geral, mas, na forma como assume este estudo, também dos agentes do Estado.

No título *1984*, George Orwell (1948) evidenciava uma sociedade vigiada em um romance futurista, em que cada passo era acessível pelos agentes do Estado: toda ação da vida permitia o olhar pelo Grande Irmão, de modo a garantir que todos rumassem a direção socialmente predeterminada. Em *Fahrenheit 451*, de Ray Bradbury (1953), a obra nos apresenta uma sociedade padronizada, que reprimia sentimentos com soluções químicas e aspirações por livros com a sua queima: como forma de manutenção da estrutura em equilíbrio, equipamentos eletrônicos tornavam o Estado onipresente e a privacidade vigiada. O futuro sombrio destinado à humanidade é também a pauta constante de *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley (1932), sobre o qual Mário Losano (2018), em discurso quanto à privacidade, ponderou o avanço da informática e seus meios de vigilância e riscos à privacidade era uma versão do texto de Huxley.

Ainda que nossa sociedade não tenha alcançado a distopia, o acesso a dados pessoais, tal como proporcionado pelo avanço da informática, torna constantes as possibilidades de monitoramento e cada vez menos provável o intento inicial da privacidade, de estar só. Assim como nos mencionados romances, a questão da privacidade também alcança os agentes do Estado.

O que se pretende abordar no presente tópico é justamente o próprio debate sobre a aferição da privacidade, no caso do atual estudo, quanto aquela de que se socorrem os magistrados.

Como dito nos parágrafos anteriores, há alguns riscos inerentes à magistratura, e a visão de que determinados grupos de interesse podem pretender devassar a privacidade de agentes, de modo a sobre eles obter domínio. E, em resposta, há tanto a possibilidade de o Estado estabelecer o papel de proteção – aliás, como já o faz na magistratura, quando a máquina pública investe em instrução de pessoas e em sistemas de segurança – quanto o de tomar a dianteira das ameaças, com vistas a saber quando determinado juiz passa a ser parcial, seja por corrupção, por coação, ou por gratuita parcialidade (por exemplo, uma preferência política).

Do ponto de vista teórico – ainda que mais facilmente verificável pela análise das decisões do magistrado, em sua fundamentação – também o risco à magistratura no agente que atua em um excesso contramajoritário, não necessariamente por ser corrupto, coagido ou tendente à parcialidade gratuita (mesmo a de índole política), mas sim por acreditar que o Poder Judiciário melhor atuará, se comparado a outros poderes constituídos. Quanto a essa perspectiva, aliás, a devassa à privacidade (operada pelo Estado) não servirá para obter informações que pelos autos já não sejam obtidas.

Do ponto de vista dos deveres, garantias e vedações ao magistrado, toda a lógica se embasa em um dever de independência e de imparcialidade, sendo que daí defluem tanto o adequado comportamento na vida privada e pública, quanto as preocupações recentes do Conselho Nacional de Justiça (iniciadas por ocasião das eleições de 2018), materializadas no Provimento CNJ nº 71, de 13 de junho de 2018 e, posteriormente, na Resolução nº 305 de 17 de dezembro de 2019.

Assim, por força da mencionada resolução, o estudo da privacidade do juiz passa a prever não só as intervenções que o agente sofre (por ato de terceiro ou do Estado), mas também uma preocupação constante quanto às manifestações tomadas pelo próprio indivíduo dentro de espaços mais contidos de sua convivência, quando poderá relacionar-se e dialogar com aqueles que aceita de maneira mais próxima em seu convívio. Tal convivência, que no passado estabelecia meios por correspondências (invioláveis, nos termos da Constituição) ou do contato físico, hoje pode ser vista no ambiente eletrônico, sendo que neste se diferenciam as manifestações dedicadas a uma audiência ampla e aberta, aquela dedicada a parcelas mais reservadas, bem como aquelas que repetem os grupos mais restritos do indivíduo (uma conversa entre o magistrado e seus filhos), porém, tido na modernidade pela rede digital. Mesmo quanto a esses, aliás, o Provimento CNJ nº 71, de 13 de junho de 2018 já era apto em ressaltar: “a divulgação exponencial e permanente de conteúdos pelas redes sociais, ainda que compartilhados inicialmente com grupo restrito de usuários”.

É fato que quaisquer das comunicações mantidas pelos meios eletrônicos pode ser quebrada, como também é exato afirmar que uma conversa presencial entre duas pessoas pode ser por uma delas gravada (processo técnico), contada (meio humano) ou até mesmo captada por terceiros, ilegalmente, sem a menor ciência dos interlocutores.

Aponta-se nesse sentido porque, pretendendo estabelecer uma consideração, até os atos de fala (a manifestação em si), ainda que usualmente analisados dentro da liberdade de expressão, caminham bem guarnecidos dentro do estudo da privacidade, quando levado em conta as palavras ditas nos âmbitos mais restritos da convivência humana, tal como acima mencionado: uma conversa reservada entre um marido e sua esposa, tomada nos aposentos do casal e sobre assunto afeto à sua intimidade, não é afeto à liberdade de expressão, mas à sim privacidade. A mesma nota de construção transborda para as relações entre o mesmo casal e seus filhos, acompanhando as palavras ditas à mesa, enquanto aguardam o café.

É uma construção facilmente aquiescida na construção do direito de ser deixado só, de cunho isolacionista (1890), pois de nada adiantaria o direito de ser deixado em paz, se isso significasse a absoluta solidão: o homem é um ser social, e não um sozinho. O direito de recolhimento pressupõe isolar-se com os seus. Não sem razão que a essência do estudo foi o vazamento, pela imprensa, de fatos sobre a festa de casamento da filha de Samuel Warren, advogado (MOREIRA, 2010, p. 135). E, por uma questão lógica, nem o caso concreto que motivou esse estudo da privacidade admitiria a solidão extrema (ao casarem-se, um festejar em isolamento).

Chega-se a mesma metáfora de Mayer-Schönberger, do eremita, no exemplo dele, sendo a única forma de o indivíduo viver sem trafegar dados. Porém, no aqui apresentado, se toda palavra dita, mesmo nos âmbitos mais reclusos da convivência – e em meios pessoais ou digitais – caminhar pela leitura de uma manifestação, e não no da privacidade, haverá no absoluto silêncio a única forma jurídica de se garantir esta (e não é o que se espera)

O que se está a dizer, portanto, é que entre a privacidade e a liberdade de expressão há uma zona intensa e próxima ao íntimo dos sujeitos, em que interagem. Há uma zona de interseção que é analisada pelo estudo da privacidade e não pelo da liberdade de poder falar.

Feitas tais conclusões, são apresentadas as teorias que em algo auxiliam no estudo na privacidade dos juízes.

4.3.1 A teoria das três esferas

É possível estabelecer um relacionamento entre as esferas da privacidade – expressa, dentre outras, na obra de Teresa Alexandra Teresa Moreira (2010) e no livro Teoria dos Direitos fundamentais, de Robert Alexy (2008) – e o princípio da exclusividade, extraído da obra de Hannah Arendt com base em Kant – princípio citado nas obras de Celso Lafer (2009) e de Tércio Sampaio (1993).

Inicia Tércio Sampaio (1993) salientando que a privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, este desdobrado (como seus atributos) na *solidão* (estar só), no *segredo* (o sigilo) e na *autonomia* (a possibilidade de decidir sobre si mesmo). A exclusividade que protege a integridade moral do indivíduo, tanto em face da sociedade, quanto do poder do Estado. Em Lafer (2009), ao debater sobre Hannah Arendt, menciona que ela, em razão da privação da cidadania, avaliou de forma cuidadosa a esfera da intimidade (a vida íntima), pondo-a ao lado da esfera pública e da esfera social. Na esfera pública há o princípio da igualdade (um princípio que iguala pessoas que por sua natureza são diferentes), e na esfera privada, o princípio da diferenciação (a especificidade de cada indivíduo). A esfera social, para ela é uma esfera híbrida no qual os indivíduos adentram em razão das necessidades sociais (ter um trabalho, construir família), de modo que, embora exista nele também algo do princípio da diferenciação, coexiste um risco referente ao nivelamento social, a homogeneidade: e, em razão desse, é necessário garantir ao indivíduo uma esfera de intimidade. A pauta da esfera social é a em que predomina o princípio da exclusividade, a que alude Tércio Sampaio. “É, portanto, o princípio da exclusividade o standard que Hannah Arendt sugere como limite ao direito de informação através da ponderação de que a vida íntima não é de interesse público” (LAFER, 2009, p. 266).

Portanto, tal qual se extrai da construção acima referida, um princípio de exclusividade apenas existe pois o indivíduo tem de sair da sua esfera privada para tabular interações que digam respeito à sua vida com outros (por exemplo, em razão da necessidade de sustento por meio do trabalho): como o nível mais crítico ou intimista da esfera social – pelo princípio da exclusividade – é a *solidão*, o *estar só*, e tendo em conta que nele Tércio Sampaio (1993) encontra exemplo do direito à inviolabilidade do domicílio (ao passo que a inviolabilidade de correspondência haveria no *segredo*, no *sigilo*), pode-se estatuir que a esfera privada, nesse

entendimento, seria indevassável (como regra) juridicamente, pois compõe o âmago mais restrito de uma pessoa.²⁵²

Seguindo uma essa linha, Tércio Sampaio (1993, p. 442) propõe uma diferenciação entre a intimidade e a vida privada,

pode-se vislumbrar um diferente grau de exclusividade entre ambas. **A intimidade** é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que **o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia**. Nestes termos, é possível exemplificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. **Já a vida privada** envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, e m princípio, são excluídos terceiros. **Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também a autonomia e, eventualmente, o estar-só com os seus**. Terceiro é, por definição, o que não participa, que não troca mensagens, que está interessado em outras coisas. Num a forma abstrata, o terceiro compõe a sociedade, dentro da qual a vida privada se desenvolve, mas que com esta não se confunde (grifo nosso).

O âmbito da intimidade, do estar só, para o autor, é o mais introspectivo, em que sequer há relações aproximadas (como as da família), que estariam no âmbito da vida privada.

Nota-se pela referida menção, que ele associa tanto a intimidade quanto a vida privada com a *esfera do social*, mencionada em Lafer sobre Hanna Arendt, tornando-se implícito que, aquém da intimidade está um nível ainda mais intimista do indivíduo que corresponde à *esfera privada* de Hanna Arendt. É de se questionar, até mesmo, se essa última esfera seria passível de cognição externa, isto é, se constituiria uma etapa sequer material ou ao menos cognoscível de limitação da privacidade.

Trazendo o tema para a teoria das esferas de privacidade, as quais percebidas como círculos concêntricos de raios de tamanhos diferentes. Moreira (2010, p. 211) as classifica em *esfera interna* (o âmbito intangível de uma pessoa), a *esfera privada* (representa o âmbito mais amplo, que não pertença à esfera anterior) e a *esfera social* (abarcando todos os comportamentos não abrangidos pela esfera anterior). Por tal teoria, o nível de proteção é mais intenso o quanto mais se chegue perto da menor esfera, a mais íntima. Porém a própria autora menciona uma falibilidade que a fez ser abandonada com o tempo, e que diz respeito à dificuldade de delimitar corretamente o momento de passagem dentre tais esferas e, além

²⁵² Por exemplo, um diário íntimo é posto na doutrina de Tércio como uma expressão do segredo. E, por um raciocínio comparativo, o segredo é juridicamente protegido, mas também passível de ser devassado, dadas as condições expressas no ordenamento.

disso, “qual das esferas é atingida no caso concreto e das garantias que se lhe aplicam” (2010, p. 212)

Quanto às repercussões para a magistratura, há alguns elementos práticos: as interferências por *grupos de interesse* tentarão acessar sempre as esferas mais internas, em busca das informações mais ocultas de um sujeito, ao passo que os órgãos de Controle do Estado ordinariamente tenderiam a permanecer em esferas mais altas, dentro do possível para observar o comportamento social (pessoal) e profissional do indivíduo, mas sem devassar-lhe a essência da privacidade.

Contudo, ao ser pretendido traçar uma abrangência mais intensa sobre a privacidade dos magistrados, há um desdobramento apto a incidir até mesmo sobre relações mais íntimas, o qual deve ser considerado: por exemplo, o âmbito de comunicação estabelecido pelo uso de um canal informático (e.g. rede social, aplicativo de troca instantânea de texto; em tal caso, pelas mensagens reservadas) com um filho que resida em outro país, pode ser o único meio que tenha o pai-juiz de tabular conversas sobre assuntos que usualmente abordaria à mesa do café da manhã, como um momento de intensa instabilidade política da nação (o qual possa ser de inteira responsabilidade de determinada liderança ou partido, em sua opinião) ou seus conselhos sobre a forma de não proceder na vida pública, dados os exemplos que estampam capas de jornais. Atua na condição de pai, não na de magistrado.

Nesse ponto, a ação de eventuais normas acaba incidindo em meandros que são próprios às relações familiares. Ainda que não tocada a mais íntima das três esferas, ao menos a intermediária será alcançada – para García-Huidobro, a que se materializa no direito de estar só, pelo círculo da *tranquilidad* (2014, p. 128), ou, na classificação tomada em Tércio Sampaio Ferraz, com base no princípio da exclusividade, se não no âmbito da *solidão* (estar só) ao menos no do *segredo* (*o sigilo*).

Aplicando-se o anterior exemplo, nos moldes do Provimento CNJ nº 71, de 13 de junho de 2018, do CNJ, uma conversa que traga opiniões firmes, porém realizada pelo ambiente digital (pela absoluta impossibilidade de uso de meio físico, como no caso), potencialmente adentraria na vedação típica a seguir descrita. A nota do tom, tal qual se percebe (e que bem serve ao exemplo do pai zeloso), está no fim de agir que move a ação do agente, afastando a implicação da norma no referido caso hipotético.

Art. 2º, § 3º Não caracteriza atividade político-partidária a crítica pública dirigida por magistrado, entre outros, a ideias, ideologias, projetos legislativos, programas de governo, medidas econômicas. **São vedados, contudo**, ataques pessoais a candidato, liderança política ou partido político **com a finalidade de** descredenciá-los perante a opinião pública, em razão de ideias ou ideologias de que discorde o magistrado, o

que configura violação do dever de manter conduta ilibada e decoro. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2018) (grifo nosso)

Há de se considerar, contudo, por uma segunda visada, um outro elemento. Embora não haja no mencionado exemplo uma declaração aberta ou pública – visto que, pelos parâmetros postos na situação narrada, haveria uma *conexão ponto a ponto* fechada, da qual participariam só o pai-juiz e o filho residente no estrangeiro – a parte preliminar da norma lança alguma dúvida interpretativa ao mencionar a *divulgação exponencial* e risco existente também em *grupos restritos de usuários*: “considerando a divulgação exponencial e permanente de conteúdos pelas redes sociais, ainda que compartilhados inicialmente com grupo restrito de usuários” (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2018).

Se tomada em um campo estrito, essa alusão feita em norma impediria veiculações tais como a narrada no caso hipotético, eis que ocorrem por meio de redes sociais, mesmo que tendo por abrangência grupos mínimos de familiares, por exemplo. Em tal caso, há uma intromissão nas esferas mais baixas da privacidade.

Note-se que, no mesmo caso referenciado, se as opiniões do pai fossem encaminhadas para o filho por meio de uma carta, haveria o sigilo de correspondência a guardar o trajeto e até mesmo a inutilidade prática de se questionar o teor do documento, após sua abertura. Tal qual é notado, a principal questão não está, muitas vezes, cingida ao conteúdo, mas à utilização de meios digitais.

Por certo, como ponderou MOREIRA (2010), um caso como o apresentado pouco se resolve integralmente pela teoria das três esferas, dada a necessidade de compreender os limites dentre elas, na aplicação para o caso concreto.

De todo modo, permanece como adequada para esta análise a compreensão de que, quanto maior a intensidade da restrição ao direito, maior resistência esse mesmo direito deverá opor, dentre da construção do debate para a aplicação da norma.

4.3.2 A ponderação no STF (caso da bibliografia não autorizada): entre a liberdade de expressão e a privacidade.

Em abril de 2015 o Supremo Tribunal Federal trouxe a debate um tema que, embora não diretamente relacionado à privacidade dos juízes, considerou uma tensão entre direitos. Especificamente relacionados (entre alguns outros), o direito à privacidade em lado oposto à liberdade de expressão. O tema disse respeito à interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, pelos quais, em leitura tradicional, seria necessária a aquiescência do biografado ou de

seus herdeiros (no caso de pessoa falecida). Vedava-se até então, portanto, biografias não autorizadas.

No ano de 2012, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com objetivo de submeter à Corte Constitucional a interpretação dos mencionados artigos, sob o argumento de que a forma como aplicados interferiria em direitos fundamentais como a liberdade de expressão. O intento de tal ação direta era, mediante a declaração parcial de inconstitucionalidade, permitir a publicação de obras sem a necessária aquiescência do biografado ou de quem o sucedesse. A ação recebeu o número 4815.

Em junho de 2015, a Corte se posicionou sobre o caso, julgando procedente a Ação Direta, pela técnica da interpretação conforme sem redução de texto, encontrando base no texto constitucional tanto no art. 5º, IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988), quanto no art. 220, § 2º – “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, 1988).

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, foi inaugurado clamando que as sociedades contemporâneas são abertas, complexas e plurais, o que produz que usualmente determinados direitos entram em vias contrárias, sendo que, quando dessa ocorrência usa-se o veículo da ponderação, em face da colisão entre direitos fundamentais. “A ponderação pode ser feita pelo legislador, na elaboração da lei, ou pelo juiz ou tribunal, ao decidir um caso concreto” (BRASIL, ADI 4815, 2015)

No caso em análise, ao ponderar os dois direitos em jogo, verifica-se uma nota particular ao caso concreto que, embora não possa ser aproveitada para solver de modo uniforme todos os conflitos sobre a privacidade, serve de parâmetro para aquele envolvendo o Provimento CNJ nº. 71, de 13 de junho de 2018 (BRASIL, 2018) e Resolução nº. 305 de 17/12/2019 (BRASIL, 2019), especificamente no que diz respeito ao nicho que conforma a liberdade de expressão.

Deve-se recordar, quanto a esse ponto, que o citado provimento veio a lume justamente com o intuito de disciplinar a manifestação de juízes quanto à atuação partidária, tendo em conta a vedação existente no art. 95, parágrafo único, inc. III, sob o argumento de que a manifestação feita contra ou a favor de determinado candidato apresentaria a nota de toque a mencionada vedação constitucional.

Na ação direta julgada pelo Supremo, o Ministro considerou que a liberdade de expressão deveria ser tratada como uma *liberdade preferencial*, isto é, ainda que não

reconhecendo hierarquia entre direitos fundamentais, haveria alguns elementos de índole histórica e outro de cunho normativo, respectivamente: os períodos em que tal liberdade foi suprimida em diversos veículos de comunicação, a sua utilidade para conhecer da história e a liberdade de expressão vista como o pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais.

Como consequência de tal reconhecimento haveria um maior peso na ponderação, quando em jogo (para aquele caso) o mencionado direito, haja vista que a liberdade de expressão é uma garantia da democracia e “a democracia assegura a liberdade, mas nem sempre previne a injustiça”. Para ele,

V. QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS DA POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1. Primazia *prima facie* da liberdade de expressão no processo de ponderação. Seu afastamento há de ser a exceção e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto.

2. Forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas da liberdade de expressão, sejam legais, administrativas e mesmo judiciais. Restrições privadas, também e sobretudo, devem ser vistas com suspeição.

3. A regra geral é a proibição da censura (CF, art. 5º, IX e o art. 220, § 2º. Como consequência, no caso de abuso da liberdade de expressão, deve-se dar preferência à responsabilização a posteriori, que podem incluir a retratação, a retificação, o direito de resposta, a indenização, a responsabilização penal ou outras vias legalmente previstas.

VI. SERIA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO UM DIREITO ABSOLUTO?

1. A resposta é negativa. Como é lugar comum afirmar-se, nenhum direito é absoluto. A vida civilizada depende da conciliação de muitos valores diversos.

2. Se a informação sobre determinado fato tiver sido obtida mediante extorsão, invasão de domicílio ou interceptação telefônica clandestina, por exemplo, a ilegalidade na sua obtenção pode comprometer a possibilidade de ela vir a ser divulgada legitimamente; (BRASIL, ADI 4815, 2015)

O debate entre a liberdade de expressão e a privacidade constou do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, em uma análise em que o direito foi contrastado novamente com a liberdade de expressão e com seu perfil histórico, presente desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (oriunda da Revolução Francesa, de 1789) à Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 – além de diversos outros atos dos sistemas regional e global de direitos humanos, e de normativas internas do próprio Estado brasileiro. Ao fim fez preponderar sobre a regra prevista no Código Civil.

Transportando o presente caso para os debates sobre a privacidade dos magistrados, tem-se adequação do uso do critério da ponderação, porém, sem ser exato afirmar se o argumento da liberdade de expressão prepondera com o mesmo brilho encontrado no analisado precedente: *a uma*, pois a magistratura, além de regra expressa que veda a liberdade

de expressão direcionada para determinada *fattispecie* (art. 95, parágrafo único, II)²⁵³, tem como uma de suas base de sustentação os princípios da independência – art. 35, inc. III, da LOMAN (BRASIL, 1979) e da imparcialidade; a duas, pois o caso concreto o âmbito da mencionada liberdade de expressão para agentes privados, não necessariamente encontrará a mesma lógica argumentativa (e histórica) quando aplicada ao agente público.

²⁵³ Havendo a dificuldade em considerar quando o ato de manifestar-se realmente é travestido de fim político, ou quando realmente não extravasa a nota do mero comentário, principalmente considerado o exemplo trazido no tópico anterior, do âmbito da liberdade de expressão que se confunde com o da privacidade.

5 CONCLUSÃO

Os atuais debates sobre privacidades alcançam a sociedade de modo transversal, abarcando o Estado, receoso com o vazamento de suas informações sensíveis, assim como os conglomerados econômicos, que têm em suas informações fonte de riqueza. De outro lado da esfera de dúvidas quanto à privacidade, os cidadãos tornam-se cada vez mais expostos na sua privacidade, quer por ação dos anteriores grupos, quer de delinquentes virtuais. No mesmo modo, os agentes públicos – dentre eles, os juízes – veem uma regulamentação dos seus passos no mundo digital, em paralelo ao risco do decaimento de sua privacidade, nem sempre eficazmente garantida pelo Estado.

Nesse sentido, a sociedade caminha em um momento de grandes debates sobre o citado direito, em razão das novas tecnologias inteligentes e ágeis, do poder da imprensa (transportado para a mídia digital), da democracia de rede, da ética no uso e no processamento de dados pessoais, dos crimes cibernéticos, bem como das questões envolvendo a confidencialidade de dados no Estado. Em meio a todos esses temas, subsiste a tensão entre a privacidade e o poder dos juízes.

A eleição do assunto ocorreu em razão do contexto político-social e jurídico pelo qual passa nossa sociedade, assim como a magistratura, emaranhada em notícias de combate à corrupção pública, de crescimento da criminalidade (digital, ou não) organizada e envolta no receio do quão intensa pode ser a devassa à privacidade pelos meios digitais. Por tal razão, discute-se o cotidiano dos Tribunais e os direitos fundamentais: quer os que são corriqueiramente descumpridos por ações criminosas, quer os limites da ação do Estado, empenhado em detê-las.

Por essa lógica, o objetivo deste trabalho foi analisar o alcance do direito à privacidade e à proteção de dados nas categorias de agentes responsáveis por prestar a jurisdição – os juízes – tendo em conta o estudo do especial vínculo jurídico que os relaciona com o Estado.

O problema de pesquisa objetivou conhecer se a formação do vínculo com o Estado é causa bastante para a mitigação da privacidade dos magistrados, com justificativa no interesse público. Nesses termos, a hipótese inicialmente apresentada caminhou com uma resposta afirmativa, no sentido de que o grau de uma maior interação entre o agente público e o Estado, estabelecido com base em um especial vínculo jurídico, seria causa da relativização do direito à privacidade. Fez-se necessário desvendar, no entanto, o quão intenso o grau de relativização ao qual tais agentes públicos estariam sujeitos, bem como a forma como isso interagiu com seus direitos fundamentais.

Sendo a privacidade um dentre os direitos fundamentais, sua inclusão na temática da magistratura encontra acesso também na atribuição desta em prestar a jurisdição, pois detentora do poder de posicionar-se quanto às ações antijurídicas ou quanto às que exijam o uso coativo da força, pelo aparato estatal. Compreende em tal enfoque, ademais, a incumbência do Judiciário de controlar a própria aplicação de tais direitos.

Para tanto, no primeiro capítulo fez-se uma passagem pelo tema da privacidade dentro de uma dupla vertente: considerada tanto como política pública quanto como autonomia – isto é, como direito em si, enquanto objeto autônomo de tutela jurídica. Enquanto política pública, ela caminha por um triplo sentido: (i) por ser a tutela da privacidade uma entre várias escolhas públicas (simetria ao conceito de *policy*), referindo-se ao caráter eletivo e procedimental da privacidade como política pública; (ii) por ser um desígnio do Estado brasileiro; (iii) pelas normas que resguardam a privacidade estarem inseridas como normas de políticas públicas regulatórias (Lowi) ou de políticas de comando e controle (Howlett, Ramesh e Perl), também garantidas (em sentido amplo) constitucionalmente. Tem-se em conta que o papel do Estado na tutela da privacidade decorre do dever jurídico relacionado a direitos fundamentais (expressos no artigo 5º, inciso X, da CRFB/88),

Por esses termos, a existência da privacidade como uma *policy* traz também a existência de grupos de pressão e de elementos que alteram valorativamente a formação da agenda. Por exemplo, a maior velocidade empregada na fase final das tramitações legislativas do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de dados teve motivo na mudança de cenários políticos, como o conhecimento público das práticas de espionagem do governo norte-americano, por via do caso Snowden, em 2013; e com as descobertas sobre a manipulação de informações, no caso *Cambridge Analytica*.

Ainda no capítulo um, observou-se que a privacidade atua como um instituto autônomo, cada vez mais separada de outros institutos postos pela doutrina em sua configuração inicial, como seu nascimento: o direito à propriedade e o direito à vida. É de afirmar, ainda, que a privacidade caminha na superação de uma vertente isolacionista, exposta no direito a ser deixado só, de Warren e Brandeis (1890), para alcançar o conceito de autodeterminação informativa, tal como exposto na obra de Stefano Rodotà.

O segundo capítulo conta com a estrutura da privacidade, que encontra fundamento original no direito de liberdade e nas bases traçadas também do liberalismo político. Em tais termos, nos estudos de Norberto Bobbio, a liberdade admite uma especificação subjetiva, separando diversos níveis de agentes (em diversos graus de restrição), além de outra objetiva, com a criação de um novo objeto (sendo que daí decorre a autonomia da privacidade, advinda

da liberdade). Também pela especificação objetiva, houve uma evolução ampliativa da esfera dos direitos, com adesão de novas possibilidades decorrentes na inovação tecnológica.

Nessa linha, há algumas consequências da especificação: pela primeira, que permite um estudo da privacidade que comporta diferenças também quanto ao sujeito, densificando distintos níveis de incidência da proteção entre eles – tendo especial utilidade quanto à restrição da privacidade. Pela segunda, em que a privacidade se inspirará em raciocínios próprios da tutela da liberdade (o *status libertatis*) quando, na análise do caso concreto, exista dúvida sobre o comando protetivo – de modo que, sempre que houver mais de uma via interpretativa razoável, deve-se seguir pela opção que prestigia a privacidade. Trata-se de um dos proveitos que se retira ao associar a privacidade à liberdade (e não à propriedade), como decorrência da especificação objetiva.

A estrutura do capítulo dois ainda analisa quando a privacidade sofre restrições, colocando sobre um argumento jurídico basilar: o de que não há direitos fundamentais absolutos. A tipologia dessa restrição, além de analisada por alguns patamares, encaminha-se a uma teoria restritiva, que leva em conta o vínculo jurídico. Dentre as formas de restrição, pode ser dividida em objetiva e subjetiva (de modo que, pela subjetiva, diferentes sujeitos, em dadas situações, podem ter uma menor gradação da privacidade; ao passo que, pela objetiva, a existência de restrições normativamente consideradas no ordenamento não desconfigura a existência de um direito à privacidade em abstrato) ou em material e cognoscitiva (a existência de restrição efetiva à privacidade nem sempre é objeto de apreensão por terceiros).

Quanto à mencionada teoria de restrição pelo vínculo jurídico, as chamadas teorias das relações de sujeição especial: elas são oriundas de uma organização do Estado alemão no século XVIII, em que se estabeleceu uma diferente leitura dos ideais da Revolução Francesa, de modo que a exigência da legalidade não acompanhava as relações internas ao Estado, ou seja, (dentre outros) para os agentes públicos. Após sua releitura no século XX – ainda que seja hoje criticada por considerável parcela da doutrina –, passou a fundamentar relações mais intensas existentes entre o agente e o Estado, servindo como um viés argumentativo da restrição, mas dependendo de uma análise da proporcionalidade e do respeito aos direitos fundamentais.

No capítulo três adentrou-se na análise do regime jurídico da magistratura, observando o nicho de deveres, vedações e garantias destinados aos magistrados e garantias destinadas ao Judiciário como instituição. Nesse sentido, há deveres que por sua própria estrutura já evidenciam uma busca de relativização da privacidade dos magistrados, como o de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. Outros, por seu turno (quando

relacionados à privacidade e às novas tecnologias), apenas estabelecem uma facilidade probatória em razão do descumprimento, como ocorre no dever de residir na comarca.

Por outra ordem, há deveres que constituem bens jurídicos extremamente caros ao exercício da jurisdição, razão pela qual criam um intenso anseio Estatal na busca de relativização da privacidade, ou mesmo na sua proteção pelo Estado contra perigos externos que possam atuar sobre os agentes: posiciona-se em tal viés a independência do magistrado (art. 35, inc. I, da LOMAN) ou o dever de o magistrado declarar-se em suspeição ou impedimento (144 e 145 do CPC/2015, como notas da imparcialidade). São questões que pressupõem a própria essência da tutela jurisdicional.

Por outro lado, no que se refere às garantias, não se vislumbra um trespasse da privacidade, por ato lícito ou ilícito, que atinja a instituição sem antes alcançar, em ações concretas, seus membros. Assim, apenas quando houver uma interferência imediata na independência funcional de cada juiz e em sua imparcialidade, alcançarão uma atenção apta a merecer uma proteção mais intensa (ou, a depender do caso, uma análise sobre a relativização) da privacidade. Assim, as garantias institucionais e funcionais atuarão apenas de modo mediato sobre a privacidade do agente. A independência funcional e a imparcialidade (deveres), por sua vez, referem-se diretamente ao agente, órgão responsável por prestar a jurisdição.

Sobre a formação do vínculo jurídico, debateu-se que o provimento em cargos do Poder Judiciário ocorre em regra por ato de vontade, quer pela via do concurso público, quer pelos meios constitucionais que permitem o ingresso em Tribunais (ainda que de modo temporário). Notou-se, contudo, que há um nicho próprio de membros não integrantes da magistratura, mas que exercem papel jurisdicional em razão de dever jurídico que lhes é compulsório: são os oficiais militares componentes dos Conselhos de Justiça.

Tais juízes militares (ou seja, aqueles sorteados para a composição dos Conselhos da Lei nº. 8.547/92) não respondem na forma da LOMAN quanto à violação a deveres nela descritos, mas sim aos seus estatutos. Porém, mesmo assim, há vicissitudes a serem observadas, não em razão do vínculo do agente enquanto magistrados (pois não o são), mas sim pelo papel de efetivo exercício da jurisdição: por exemplo, o sistema os resguarda com garantia da imparcialidade.

As situações que envolvem a privacidade, quanto em foco bens jurídicos mais críticos da jurisdição (independência e imparcialidade), podem ser aptas a demandar não só uma maior proteção do Estado à privacidade do agente, como também abrir portas para o debate sobre a relativização desta mesma privacidade pelo próprio Estado, no intuito de

salvaguardar-se: a controvérsia também aproveita os juízes militares, contudo, tendo em conta diretamente os princípios da jurisdição, e não o regime jurídico da magistratura, que não os acolhe.

Ao abordar os elementos de análise da privacidade dos juízes, anotou-se que a tarefa de o Estado observar seus agentes (em geral, e não só magistrados) é a ele inata, como decorrência de princípios como os da eficiência, impessoalidade e moralidade. Ademais, uma maior abertura do rol de possibilidade inerentes à magistratura (como o rol de direitos sociais ou o papel democrático exercido em eleições) fomenta a existência de grupos de interesse externos à magistratura que possam pretender devassar a privacidade dos juízes, como forma de obter algum proveito, em sua maior essência com o objetivo de mitigação da imparcialidade. Do papel democrático da magistratura, extrai-se ainda a função do Estado-juiz como guardião de direitos fundamentais.

Ao fim, pôde-se abordar algumas soluções para o problema da privacidade dos juízes, com a aposição de exemplo envolvendo o ato normativo do Conselho Nacional de Justiça. É da percepção deste trabalho que as questões relacionadas à liberdade de expressão, quando em voga as relações muito próximas ao indivíduo, são temas afetos à privacidade, de maneira que os dois direitos se tangenciam. No exemplo concreto deferido, a ausência de ponderação restringiria em demasia o nicho de privacidade para determinado agente.

No debate sobre a teoria das três esferas, ainda que esta sirva para apontar a existência de um núcleo intangível, peca por não permitir perceber efetivamente qual esse núcleo, assim como quando há a transição entre as diferentes esferas da privacidade. É útil, contudo, para formar um juízo hermenêutico apto a considerar que, quanto mais próxima a restrição à privacidade estiver do núcleo (ainda que não se saiba realmente em qual esfera o intérprete está a trabalhar), maior deverá ser a resistência que a própria privacidade impõe.

Por tal medida, é adequado confirmar a hipótese deste trabalho, porém, com as seguintes nuances: (a) é possível ao Estado mitigar a privacidade de um magistrado, porém não de forma abruptamente mais intensa do que faria com outros agentes públicos (ou seja, não há uma absoluta devassa no campo de tal direito); contudo, pelo nicho diferente de atividades que cada corpo de agentes do Estado exerce (com diversificados impactos para o todo social, para os direitos humanos e para a democracia), comporta exercer uma distinção entre eles, de modo que não serão, de todo, iguais, no que se refere aos contornos da privacidade. O que importa reconhecer é: a condição de magistrado não importa na abdicação total de tais direitos, em prol de um suposto bem maior (ao contrário, isso macularia a própria magistratura, com os objetivos que garante); contudo, o vínculo (de formação volitiva, mas

de contorno também legal) que a aprovisiona, deve-se anuir, importa em uma verificação – em intensidade e razão – diferente da que ocorre com particulares, em geral.

A causa para tanto decorre do próprio compromisso democrático da magistratura para a salvaguarda dos direitos humanos, de modo que seria contraditório admitir que tais direitos sejam em demasia restritos justamente quando o Judiciário olha seus próprios agentes responsáveis pela jurisdição. E, assim, advém a segunda consequência (considerado um objetivo comum, público, que abarca agente do Estado, mas as vicissitudes que há entre eles: (b) a razão dessa restrição não decorre tão só de estar o agente em uma relação de sujeição especial (tal como estarão todos os agentes do Estado, ou mesmo terceiros, se tomado um aspecto ampliativo), mas sim pelas particularidades de seu vínculo jurídico – no caso dos magistrados, a existência do dever de imparcialidade. A nota fundamental da testagem referente ao mencionado direito – tal como ocorre com tantos outros –, contudo, será a ponderação e a proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 2. ed. 2ª reimp. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2010.
- ADAMY, Pedro. direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista brasileira de políticas públicas**. Brasília, v.8, n.1, pp.360-376, abr. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4644>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe de. Vida privada e ordem privada no Império. *In*: ALENCASTRO, Luiz Felipe de (org.). **História da vida privada no brasil, volume 2: império: a corte e a modernidade nacional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. v.2.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de direito eleitoral**. 10. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ANDERSON, James E. **Public policymaking**. 8. ed. Boston: Cengage Learning, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES, Mariela (org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- BENÍTEZ, Mariano López. **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**. Madrid: Civitas, 1994.
- BENN, Stanley I. **A theory of freedom**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- BERLIN, Isaiah. **Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade**. Tradução: Tiago Araújo. Lisboa: Gradiva, 2005.
- BÍBLIA, A. T. Provérbios. *In*: BÍBLIA. **Sagrada bíblia católica: Antigo e Novo Testamentos**. Tradução: José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Delrey, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo y democracia**. Tradução de José F. Fernández Santillán. 12ª reimp. México: FCE, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais: tópicos de teoria geral. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Institui o Código Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. Lei 6.880/1980, 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 dez. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 mar. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Lei 8.078, 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Lei 8.244, de 16 de outubro de 1991. Dispõe sobre o II Plano Nacional de Informática e Automação (Planin). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 out. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8244.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº. 68210 RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 18 de dezembro de 1991, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 18 dez. 1991.

BRASIL. Lei 8.457/92, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 set. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm. Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). REsp: 595600 SC 2003/0177033-2. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, 18 de março de 2004, **Lex**: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, publicado em: 13 set. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.985. Relator: Ministro Eros Grau, 3 de março de 2005, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 13 mai. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 2983. Relator: Ministro Carlos Velloso, 23 de fevereiro de 2005, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 23 fev. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3227. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 26 de abril de 2006, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 26 abr. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2885. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 18 de outubro de 2006, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 18 out. 2006.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil**, 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº.3508. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 27 de junho de 2007, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 27 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 25938. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, 24 de abril de 2008, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 24 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4042. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 26 de junho de 2008, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 26 jun. 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 18 set. 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3902. Relator: Ministro Cezar Pelluso, 1º de março de 2011, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 10 mar. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 0000662-08.2011.2.00.0000. Relator: Felipe Locke Cavalcanti, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/JurisprudenciaSearch.seam?logic=and&cid=11148137>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Processo Administrativo Disciplinar nº. 0005912-56.2010.2.00.0000. Relator: Jorge Hélio Chaves, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418508513/processo-administrativo-disciplinar-pad-59125620102000000/inteiro-teor-418508525>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 27958. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 17 de maio de 2012, **Lex**: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 29 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000027-09.2009.7.02.0102. Relator: Fernando Sérgio Galvão, 25 de setembro de 2012, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, publicado em: 10 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº. 0000088-12.2011.7.05.0005. Relator: William de Oliveira Barros, 15 de maio de 2013, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, publicado em: 29 mai. 2013.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº13.105, de março de 2015. Código de Processo Civil (2015). Institui o Código de Processo Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). REsp 738.793/PE. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Relator para Acórdão: Ministro Marco Buzzi, 17 de dezembro de 2015, **Lex**: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, publicado em: 8 mar. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Consulta nº 0004482-93.2015.2.00.0000. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 20 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/JurisprudenciaSearch.seam?logic=and&cid=11230927>. Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR ARE: 801391. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso, 27 de abril de 2018, *Lex*: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, publicado em: 27 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento CNJ nº. 71, de 13 de junho de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 14 jun. 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2608>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Lei 13.709, 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Acompanhamento de Cumprimento de Decisão 0000681-09.2014.2.00.0000. Relator: Márcio Schiefler Fontes, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=46F336CAA941B09C9EECD4C480669A56?jurisprudenciaIdJuris=50330&indiceListaJurisprudencia=21&firstResult=7050&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.936/19, de 24 de julho de 2019. Regulamenta a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jul. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9936.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 out. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 305, de 17 de dezembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 18 dez. 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3124>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Lei 13.853, 8 de julho de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Regimento interno do Superior Tribunal Militar e súmulas**. 15. ed. cons. e atual. Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CALIFANO, Licia. Tecnologie di controllo del lavoro, diritto ala riservatezza e orientamenti del Garante per la protezione dei dati personali. In: TULLINI, Patrizia (org.). **Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina: 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada, vol. 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPELLA, Ana C. N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: Hochman, G., Arretche, M.; Marques, E (org.). **Políticas públicas no brasil**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007.

CARRILLO, Marc. Los ámbitos del derecho a la intimidad n la sociedad de la comunicación. In: El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. **XX jornadas de la asociación de letrados del tribunal constitucional**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2016.

CARVALHO, José Carlos Couto de; CARVALHO, Alessandra Ferreira Couto de. A atuação da justiça militar na segunda guerra. In: OLIVEIRA, Artur Vidigal de; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (coord.). **A justiça militar da união e a história constitucional do brasil**. São Paulo: migalhas, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CASARIN, Júlio César. Isaiah Berlin: afirmação e limitação da liberdade. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 16, n. 30, pp. 283-295, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v16n30/17.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

CASSEB, Paulo Adib. A competência constitucional da Justiça Militar e a criação dos Tribunais Militares no Brasil. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; Ilton Garcia da Costa (coord.). **Direito militar: doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Tradução: Vera Lúcia Mello Joscelyne. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

CASTROVERDE, Diego Córdoba; GIMENÉZ, Ignacio Díez-Picazo. Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico. In: El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. **XX Jornadas de la asociación de letrados del tribunal constitucional**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONJUR. **Google recorre ao STJ contra quebra de sigilo no caso Marielle**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/google-recorre-stj-quebra-sigilo-marielle>. Acesso em: 26 fev. 2020.

CONJUR. **Usuário de serviço on-line tem direito a pedir exclusão de dados pessoais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-12/solicitado-usuario-servico-on-line-excluir-dados-pessoais>. Acesso em: 28 fev. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção europeia de direitos humanos**, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 26 fev. 2020.

CNN. **Arkansas judge drops murder charge in Amazon Echo case**, 2017. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2017/11/30/us/amazon-echo-arkansas-murder-case-dismissed/index.html>. Acesso em: 26 fev. 2020.

CORREIO DO POVO. **MP-RJ tem embate com Google por dados na investigação do assassinato de Marielle**, 2020. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/mp-rj-tem-embate-com-google-por-dados-na-investiga%C3%A7%C3%A3o-do-assassinato-de-marielle-1.396662>. Acesso em: 26 fev. 2020.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIRLMEIER, Ulf *et al.* **História alemã: do século VI aos nossos dias**. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2013.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DOS SANTOS, João Guilherme Bastos *et al.* WhatsApp, política mobile e desinformação: a hidra nas eleições presidenciais de 2018. **Comunicação & sociedade**, São Paulo, v. 41, n. 2, pp. 307-334, mai.-ago., 2019.

DUBY, Georges. A emergência do indivíduo. *In:* DUBY, Georges (Org.). **História da vida privada, volume 2:** da Europa feudal à Renascença. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v.2.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DYE, Thomas R. **understanding public policy.** 15. ed. California: Pearson, 2016.

ENÇ, Berent. **How we act:** causes, reasons, and intentions. New York: Oxford University Press, 2005.

ESTADO DE MINAS. **Itália afasta os filhos dos mafiosos para impedir que sigam seus passos**, 2017. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/07/07/interna_internacional,882112/italia-afasta-os-filhos-dos-mafiosos-para-impedir-que-sigam-seus-passo.shtml. Acesso em: 27 fev. 2020.

ETZIONI, Amitai. **Los límites de la privacidad.** Buenos Aires: B de f, 2012.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439-459, 1 jan. 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio:** o dicionário da língua portuguesa. FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos (coord.). Curitiba: Positivo, 2008.

FERREIRA, Rafael Freire. **Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais:** elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOUREAUX, Rodrigo. **O Conselho Nacional de Justiça e o poder disciplinar aplicável aos oficiais das instituições militares que atuam como juízes militares**, 2019. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/09/01/O-Conselho-Nacional-de-Justi%C3%A7a-e-o-Poder-Disciplinar-aplic%C3%A1vel-aos-Oficiais-das-Institui%C3%A7%C3%B5es-Militares-que-atuam-como-Ju%C3%ADzes-Militares>. Acesso em: 29 fev. 2020.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 27 fev. 2020.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. 4ª reimp. Rio de Janeiro: LTC, 2019.

FRIEDRICH, Carl Joachim. **Man and his government**: An Empirical Theory of Politics. New York: McGraw-Hill Book Company, 1963.

GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo Figueiroa. **Privacidad**. Santiago: Universidad Diego Portales, 2014.

GOMES, Rodrigo Dias de pinho. **Big data**: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HAYES, Read. Estrategias para detectar y prevenir conductas ilícitas en el lugar de trabajo. In: AGUSTINA, José Ramón (dir.). **Tendencias en prevencion del delito y sus limites**: Privacidad y dignidad humana frente al uso de las nuevas tecnologías. Madrid: Edisofer; Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de f, 2010.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (org.). **Políticas públicas e desenvolvimento**: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2009.

HEINTZE, Hans-Joachim. Introdução ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In: PETERKE, Sven (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>. Acesso em: 26 fev. 2020.

HERRARTE, Iñaki Lasagabaster. **Las relaciones de sujeción especial**. Madrid: Civitas, 1994.

HIRSCH, Andrew von. Cuestiones éticas en torno a la vigilancia en espacios públicos mediante sistemas de videovigilancia. In: AGUSTINA, José Ramón (dir.). **Tendencias en prevencion del delito y sus limites**: Privacidad y dignidad humana frente al uso de las nuevas tecnologías. Madrid: Edisofer; Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de f, 2010.

HOMERO. **Ilíada**. Tradução: Frederico Lourenço. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. E-Book. Não paginado.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública**: seus ciclos e sistemas: uma abordagem integral. Tradução técnica: Francisco G. Heidermann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento da privacidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira (coord.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

JARDIM, Torquato. Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul.-set./93, ano 30, n. 119, pp. 25-46.

KRAFT, Michael E.; FURLONG, Scott R. **Public policy**: politics, analysis, and alternatives. California: CQ Press, 2017.

KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional**: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015.

LAFER, Celso. **Ensaio sobre a liberdade**. 1ª reimp. São Paulo: Perspectiva, 2019.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos fundamentais como limite ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

LOSANO, Mario. Guerre ibride, omicidi mirati, droni: conflitti senza frontiere e senza diritto. *In*: FORNI, Lorena; VETTOR, Tiziana (org.). **Sicurezza e libertà in tempo di terrorismo globale**. Giappichelli: Torino, 2018.

LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics, and choice. **Public administration review**, v. 32, n. 4, pp. 298-310, jul. – ago., 1972.

MACHO, Ricardo García. **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**. Madrid: Tecnos, 1992.

MANENT, Pierre. **História intelectual do liberalismo**: dez lições. Tradução: Jorge Costa. Lisboa: Edições 70, 2018.

MANTILLA, Gorki Gonzales. **Los jueces**: carrera judicial y cultura jurídica. Lima: Palestra editores, 2009.

MARSHALL, Pablo. Clasificación de los derechos fundamentales. *In*: CONTRERAS, Pablo; SALGADO, Constanza. **Manual sobre derechos fundamentales**: teoría general. Santiago: LOM Ediciones, 2017, pp. 93-118.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARINS, Paulo César Garcez. Habitação e vizinhança: limites da privacidade no surgimento das metrópoles brasileiras. *In*: SEVCENKO, Nicolau (org.). **História da vida privada no**

brasil, volume 3: República: da Belle Époque à Era do Rádio. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. v.3.

MATTIETTO, Leonardo. Development on data protection in brazilian law. In: Internet, Law & Politics: A decade of transformations. **Proceedings of the 10th International Conference on Internet, Law & Politics**. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade:** violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/4782>. Acesso em: 27 fev. 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo:** antigo e moderno. Tradução: Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2014.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres**. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017.

MINOIS, Georges. **História da solidão e dos solitários**. Tradução: Maria das Graças de Souza. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação:** contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **A análise das políticas públicas**. Tradução: Agemir Bavaresco e Alceu R. Ferraro. Pelotas: Educat, 2002. Disponível em: <http://www.abavaresco.com.br/images/stories/0203.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

MUSON Graham T. Modelos conceptuales y la crisis de los misiles cubanos. In: VILLANUEVA, Luis F. Aguilar (org.). **La hechura de las políticas**. México: Miguel Angel Porrúa, 1992. Disponível em: <http://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/Politiclas-Publicas/QL-vT7L41Vk.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

NALINI, José Renato. **Ética da magistratura**: comentários ao código de ética da magistratura nacional - CNJ. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NBC NEWS. **Amazon's Alexa may have witnessed alleged Florida murder, authorities say**, 2019. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/news/us-news/amazon-s-alexa-may-have-witnessed-alleged-florida-murder-authorities-n1075621>. Acesso em: 26 fev. 2020.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar**: em tempo de paz. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEWSCIENTIST. **Wireless network can watch your breathing**, 2011. disponível em: <https://www.newscientist.com/article/dn20971-wireless-network-can-watch-your-breathing/>. Acesso em: 26 fev. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2020.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Os fundamentos constitucionais do direito à diversidade**. LAUREANO, Delze dos Santos; XAVIER, Elton Dias; MAGALHÃES, Luiz Quadros de (coord.). Coleção direito e universidade. Belo Horizonte: Amazon, 2015. v.2. E-Book. Não paginado.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos**, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

PAINE, Thomas. **Senso comum**. 2. ed. Tradução: Pedro Paulo Martinez. São Paulo: Martin Claret, 2012.

PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez; LÓPEZ, Mario Roberto Molano. **La relación especial de sujeción**. Estudios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

PEREIRA, Flávio Cardoso. A investigação do terrorismo internacional e o uso da tortura. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, n. 1, pp. 79-104, out.- dez. 2011. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PÉREZ, Ruiz. **Juez y sociedad**. Bogotá: Temis, 1987.

PESSOA, FERNANDO. O guardador de rebanhos. *In: Poemas de Alberto Caeiro*. 10. ed. Lisboa: Ática, 1993.

PESSOA, FERNANDO. **Livro do desassossego por bernardo soares**. 2. ed. Lisboa: Ática, 1982. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/vo000008.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. Antônio Francisco de Sousa. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PORTAL G1. **Hacker diz ter clonado digital de ministra alemã**, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/12/hacker-diz-ter-clonado-digital-de-ministra-alema.html>. Acesso em: 26 fev. 2020.

RANUM, Orest. Os refúgios da intimidade. *In: CHARTIER, Roger (Org.). História da vida privada, volume 3: da Renascença ao século das luzes*. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v.3.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESTIFFE NETO, Paulo. Reflexões a propósito da inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JUNIOR, Antonio Jorge Pereira (coord.). Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRÍGUEZ, Ofelia Tejerina. **Seguridad del estado y privacidad**. Madrid: Reus, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução: Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. 3ª reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. 3ª reimp. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMMS, Brendam. **Europa – a luta pela supremacia**: de 1453 aos nossos dias. Tradução: Miguel Freitas da Costa. Lisboa, Edições 70, 2015.

SOLOVE, Daniel. **Understanding privacy**. MA: Harvard University Press, 2008.

SOLOVE, Daniel J. **Nothing to hide**: The false tradeoff between privacy and security. [S.l.]: Yale University Press, 2011.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul.- dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SOUZA, Diogo Alves Verri Garcia De Souza. **Corrupção, democracia e república no estado brasileiro**. 2008. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais da LGPD. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

THE NEW YORK TIMES. **One Month, 500,000 Face Scans:** How China Is Using A.I. to Profile a Minority, 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html>. Acesso em: 25 fev. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. I.

TORNAGUI, Hélio. **Curso de processo penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v.2.

TORQUATO, Gaudêncio. **Novo manual de marketing político:** campanhas eleitorais; marketing de governantes e parlamentares; gestão de crises; marketing no Estado-espetáculo; avanços e mudanças. São Paulo: Summus, 2014.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

VAINFAS, Ronaldo. Moralidades Brasílicas. In: SOUZA, Laura de Mello e (org.). **História da vida privada no Brasil, volume 1:** cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. v.1.

VALENZUELA, Daniel Álvarez. **La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas.** Santiago: LOM ediciones, 2019.

VIANNA, Túlio. **Transparência pública, opacidade privada:** o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Rio de Janeiro, Renavan, 2007.

VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. Estudio introductorio. In: VILLANUEVA, Luis F. Aguilar (org.). **La hechura de las políticas.** México: Miguel Angel Porrúa, 1992.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil:** justificação, interpretação e aplicação, 2018.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Loius D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, pp. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2020.

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. **Direito público.** Porto Alegre, v.4, n.18, pp.31-53, out.- dez. 2007. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291/757>. Acesso em: 28 fev. 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil.** 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do *right of privacy* nos Estados Unidos. **Revista de Doutrina da 4ª Região,** Porto Alegre, n.64, fev. 2015.

Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Leonardo_Zanini.html.
Acesso em: 26 fev. 2020.