

ORGANIZADORES  
GILMAR FERREIRA MENDES  
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

# XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL [ANAIS 2016]

## AUTORES:

Albie Sachs  
Carlos Blanco de Moraes  
José Levi Mello do Amaral Júnior  
José Luís da Cruz Vilaça  
Juarez Quadros  
Luiz Alberto Gurgel de Faria  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho  
Rodolfo Tamanaha

Organizadores

Gilmar Ferreira Mendes  
Paulo Gustavo Gonet Branco

# **XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL (ANAIS 2016)**

1<sup>a</sup> edição

## **Autores:**

Albie Sachs  
Carlos Blanco de Moraes  
José Levi Mello do Amaral Júnior  
José Luís da Cruz Vilaça  
Juarez Quadros  
Luiz Alberto Gurgel de Faria  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho  
Rodolfo Tamanaha

IDP  
Brasília  
2017

## **CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA**

### **MEMBROS EFETIVOS:**

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes

Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer

Coordenador-Geral: Walter Costa Porto

Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de lês Illes Balears/Espanha
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal
5. Arnaldo Wald
6. Atalá Correia – IDP/DF
7. Carlos Blanco de Morais – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
8. Everardo Maciel – IDP/DF
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF
10. Felix Fischer
11. Fernando Rezende
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP
18. José Roberto Afonso – FGV
19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – FhöV NRW/Alemanha
22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
23. Ludger Schrapper
24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
25. Maria Alicia Lima Peralta
26. Michael Bertrams
27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autônoma do México – UNAM
28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
33. Rui Stoco
34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
35. Sergio Bermudes
36. Sérgio Prado

---

Mendes, Gilmar Ferreira (Org.).

XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional.(ANAIS 2016)/  
Organizadores Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. – Brasília:  
IDP, 2017.

69 p.

ISBN: 978-85-9534-023-7

1. Direito Constitucional.      2. Internet.      3. Economia Digital.  
4. Comunicação.      I. Título.      II. Paulo Gustavo Gonet Branco.

---

CDDir 341.2

## APRESENTAÇÃO

---

O Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) tem como uma de suas mais caras missões institucionais a realização de cooperações científicas com consagradas universidades estrangeiras e com centros de pesquisa mundialmente reconhecidos. Essas parcerias têm rendidos valiosos frutos, como a publicação de importantes estudos em matéria de Direito Comparado e a organização de grandes eventos que possibilitam à Academia brasileira dialogar diretamente com a comunidade jurídica internacional.

O Congresso Internacional de Direito Constitucional representa um desses ricos espaços de intercâmbio de experiências jurídicas. Já em sua décima nona edição, o evento reuniu em Brasília, entre os dias 26, 27 e 28 de outubro de 2016, conceituados docentes estrangeiros e nacionais, ilustres Ministros de Estado e importantes advogados, tendo como temática principal: Constituição e Novas Tecnologias - interfaces para um novo Direito Constitucional. A presente obra congrega os artigos acerca dos debates travados no evento, possibilitando aos leitores a contínua revisitação dos temas ali explorados.

Contribuíram para a presente obra os seguintes autores: Albie Sachs, Ana Frazão, Carlos Blanco de Moraes, José Levi Mello do Amaral Júnior, José Luís da Cruz Vilaça, Juarez Quadros, Luca Belli, Luiz Alberto Gurgel de Faria, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Rodolfo Tamanaha e Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Todas essas discussões se tornam perenes com a publicação dos anais do evento.

Boa leitura a todos.

**Gilmar Ferreira Mendes  
Paulo Gustavo Gonet Branco**

## SUMÁRIO

---

RESPEITO PELA DIGNIDADE HUMANA, LIBERDADE E IGUALDADE.....	07
<b>ALBIE SACHS</b>	
DEMOCRACIA DIGITAL: OS SEUS BENEFÍCIOS E RISCOS PARA A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA .....	16
<b>CARLOS BLANCO DE MORAIS</b>	
CONSTITUIÇÃO, PRIVACIDADE, PROTEÇÃO DE DADOS E NOVAS TECNOLOGIAS .....	26
<b>JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR</b>	
O MECANISMO DE PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DADOS PESSOAIS NUM SISTEMA CONSTITUCIONAL MULTI-NÍVEL – O CASO DA UNIÃO EUROPEIA .....	30
<b>JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA</b>	
TRANSMISSÃO DE DADOS E DEMAIS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES.....	40
<b>JUAREZ QUADROS</b>	
ECONOMIA DIGITAL .....	44
<b>LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA</b>	
SEGURANÇA PÚBLICA VIGILÂNCIA E EXERCÍCIO DE LIBERDADES NO AMBIENTE DIGITAL.....	52
<b>MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO</b>	
DIREITOS INTELECTUAIS E ECONOMIA DIGITAL.....	63
<b>RODOLFO TAMANAHA</b>	

## RESPEITO PELA DIGNIDADE HUMANA, LIBERDADE E IGUALDADE

---

**Albie Sachs**

Eu preparei uma intervenção sobre a internet, com muita dificuldade, eu não estou realmente bem integrado neste assunto. Mas na última hora me foi oferecido uma oportunidade de falar sobre um tema que está mais perto da minha condição e eu vou começar com isso em inglês. Dia 08 de abril de 1988 foi dia da mulher moçambicana, um feriado público, eu estava exilado, eu estava indo, de repente para a praia, de repente veio "Bum", simplesmente uma escuridão. Eu não sei o que está acontecendo, mas eu sei que é algo terrível e depois de algum tempo eu ouvi uma voz me dizendo em português: Albie, você está no hospital central de Maputo, teu braço foi amputado, ele está em condições lamentáveis, você tem que enfrentar o futuro com coragem e eu respondi: o que aconteceu? E uma outra voz, a voz de uma mulher disse: foi um carro-bomba. Isso me fez desmaiar, mas desmaiar de alegria, porque eu sabia que eu estava seguro. Eu não tinha sido sequestrado, não me levaram para o outro lado da fronteira para ser preso na África do Sul, e naquele momento, aquele era o momento que todo prisioneiro luta, esse momento de nós sermos bravos, de sermos, perdão corajosos, eles tentaram me matar e eles falharam, então o pior momento da minha vida foi o melhor momento da minha vida. Eu me senti muito feliz e estar aqui me lembra que a língua de comunicação, a língua do pensamento naquela época foi o português e eu tenho uma convicção de que eu melhorei e se eu melhorei o meu país, a África do Sul, também iria melhorar, e foi isso que aconteceu. A história que eu vou contar para vocês hoje começa no meu escritório, na Corte de Constitucional, o telefone tocou e a pessoa falou: Oi. Tinha um homem, que quer te ver, o nome dele é Henry, ele tem um horário com você, posso manda-lo entrar? Eu falei: sim, eu vou encontrar-lo no portão de segurança e o meu coração começou a bater muito forte, eu estava andando em direção à segurança e eu lembro do Henry, ele era oficial na Inteligência Militar da África do Sul que tinha organizado a bomba a ser colocada no meu carro e agora ele estava participando da Comissão de Reconciliação na África do Sul e me perguntaram se eu queria vê-lo, e eu falei que sim. Eu abri a porta e lá estava ele, alto e magro como eu, mas ele era mais baixo, mais novo e eu vi em seus olhos a mensagem de que ele sabia que eu era o homem, que ele tentou me matar, que ele tentou matar, e eu

vi também, ele viu nos meus olhos que eu sabia que ele tentou me matar, nós nunca tínhamos nos encontrado anteriormente, mas ele estava daquele lado e eu estava do lado de cá. Ele andou até o meu escritório marchando como um soldado e eu utilizei a minha melhor forma de andar para tentar ficar calmo. Nós nos sentamos, nós falamos, falamos, falamos, falamos por muito tempo e ele me falou com orgulho que ele era um bom aluno e também com orgulho o quanto ele tinha avançado dentro do exército e ele explicou sobre a bomba e por que ele colocou a bomba e eu falei para ele: bom agora eu tenho que continuar o meu trabalho, eu me levantei, normalmente, geralmente, quando eu falo "Tchau" para alguém, normalmente, eu aperto a mão da pessoa, mas nesse caso eu não posso apertar a sua mão, mas depois que você passar por esta comissão talvez isso aconteça. E eu lembro que quando eu estava andando de volta ele não estava marchando mais como um soldado, ele estava apenas andando, de forma devagar, um pouco desorientado e eu falei adeus. E o que era essa Comissão da Verdade da qual ele iria participar? Suas origens não são muito bem conhecidas, mas eu acredito que são muito interessantes. É uma reunião dos executivos nacionais do Congresso Nacional Africano, em novembro de 2003 apenas alguns meses antes da nossa primeira, das primeiras eleições democráticas, uma reunião muito apaixonada e a questão que nós estávamos discutindo era o que fazer em relação aos relatórios de uma comissão que nós tínhamos estabelecido que afirmou que durante os esforços de liberdade as nossas pessoas tinham utilizado tortura contra agentes inimigos que haviam sido capturados. As recomendações foram de que nós deveríamos tomar atitudes contra os membros da INC, e agora nós estávamos discutindo o que fazer e alguns de nós nos levantamos e falamos: o relatório está aí agora nós temos que tomar atitudes. Outros não, falaram não, isso é um mal entendido. Nós temos que ver que as circunstâncias são diferentes, as pessoas da segurança e os alunos que vem aqui lutar por liberdade eles não sabem nada sobre métodos de interrogação. Um dos meus colegas se levantou e falou: eu ouvi algo muito interessante hoje é algo chamado a tortura do Apartheid e uma coisa chamada a tortura da INC, aparentemente a INC pode fazer isso, mas o regime não pode fazer isso. É um debate muito intenso e uma das questões que vocês tem que pensar é uma questão moral: quem é você? Quais são as suas principais crenças? O que você defende? E então Alguém disse: tem alguma coisa muito estranha na nossa discussão, nós somos muito corretos quando estamos debatendo as nossas falhas, mas em relação à violência extrema que o Estado colocou sobre nós envolvendo milhares de pessoas, cadê os limites nesse

momento? E aí meu colega levantou e falou: o que nós precisamos é uma Comissão da Verdade que vai olhar todas as violações dos direitos humanos que foram cometidas durante essa luta pela Liberdade, então paradoxalmente nossa Comissão Verdade veio de uma necessidade da ANC chegar a democracia com o coração aberto e com mãos limpas. Não com uma visão para expor os crimes do regime, mas para lidar com as nossas próprias falhas, mas ao mesmo tempo com as terríveis falhas do regime antigo. Depois de algum tempo eu estava em Londres, estava falando com o Instituto internacional católico e de relacionamentos e que nos apoiou muito durante a nossa Constituição. Eles me colocaram em um hotel bem pequeno em uma área bastante pobre e aquele lugar me lembrava das minhas raízes a medida que nós estávamos tendo melhores negociações as minhas acomodações também começaram a ficar melhores. Naquela época nós não tínhamos uma máquina de fax no hotel e eu ia dormir, de repente alguém bateu na porta e falou desculpa incomodá-lo, mas nós recebemos um fax muito urgente da África do Sul. Vocês lembram do fax? Daqueles telex que a gente recebia antigamente? A gente tinha que ler de uma forma e era muito difícil e nesse fax dizia que tinha uma crise, os generais de segurança estavam dizendo que o presidente tinha oferecido anistia a eles, mas não tinha nada no texto constitucional que iria concedê-los essa anistia. Eles diziam que ia proteger o processo democrático e que nós sabíamos de tentativas que haviam sido feitas para bombardear as primeiras eleições causando grandes números de mortos, nós vamos arriscar as nossas vidas para que isso não aconteça, mas isso está nos pedindo, está demandando muito de nós para que nós consigamos implementar a democracia e os nossos chefes políticos não vão para a cadeia, nós não estamos ameaçando fazer um golpe, nós estamos simplesmente dizendo que vamos renunciar ir para outro lugar e vocês vão precisar encontrar outras pessoas para lidar com a questão de segurança. Tinha uma página no fax que parecia ser bastante interessante parecia falar sobre empatia e eu falei, quando eu vi esse papel eu percebi que nós não podemos dar uma anistia geral depois de todas as violações, das torturas, dos desaparecimentos, uma anistia simples e ampla seria algo muito cruel, mas nós podemos usar uma Comissão para fazer com que os indivíduos possam reconhecer o que eles fizeram e se eles falarem a verdade e reconhecerem o que fizeram eles podem sim conseguir essa anistia. E isso então foi escrito na nossa Constituição e a nossa Comissão da Verdade é a única que combinou anistia com declarações individuais na Comissão da Verdade. Tem uma qualidade muito importante, nós na verdade tínhamos três agrupamentos na Comissão da Verdade. Um era apenas

para deixar as pessoas normais falarem, falarem sobre suas dores, esse é o oposto do direito, o esquecimento, esse aqui é o direito de ser lembrados e nós tínhamos um oficial que estava liderando essa área da Comissão. Ele não estava indo para lindos lugares. Não, ele estava indo para dentro da comunidade e começando com essas histórias das pessoas muitas delas começaram a chorar quando contavam suas histórias e elas simplesmente eram abraçadas. Elas podiam falar em suas próprias línguas e os intérpretes eram muito importantes nesse momento, milhares de pessoas deram seu testemunho em todo o País. Milhares de outras pessoas também escreveram suas histórias que foram registradas. O segundo grupo tinha a função de conceder a anistia. Tinham dois juízes e duas pessoas ordinárias, basicamente se você falasse a verdade sobre o que tinha acontecido, se você estabelecesse, falasse o que você fez foi durante o conflito político e houvesse uma proporcionalidade entre os seus feitos e o que aconteceu você poderia sim receber anistia. Muitas pessoas solicitaram essa anistia, muitos, a maioria eram ladrões que diziam que estavam roubando porque eram pobres, porque eles eram negros e falaram dos diferentes contextos nos quais eles estavam. Em dois casos muito importantes a anistia foi recusada porque as pessoas envolvidas não falaram a verdade de uma forma completa e ficou muito claro, mas em muitos outros casos a anistia foi concedida e ela foi concedida ao Henry. Esse foi o segundo grupo. O terceiro grupo tinha a ver com as reparações e foi o grupo menos bem sucedido. Essa reparação envolvia pagamentos, mas nós sabemos que a reparação real tem que vir do coração, tem que ser algo significativo. Nós temos que ter esse testamento bastante significativo eu acredito que nós poderíamos ter feito muito melhor nesse grupo. Já faz 20 anos desde essa TLC, dessa Comissão, muitos livros estão sendo escritos em relação a isso, existem também peças e também músicas sendo escritas falando sobre isso e muitos dos testemunhos que estão sendo utilizados. Também existem músicas revolucionárias que estão falando sobre isso, mas isso é ainda algo muito polêmico no nosso País. Como eu me sinto com isso? O que fez a nossa Comissão da Verdade tão poderosa é que ela foi baseada no princípio a qual eu tinha me oposto. Eu acreditava que se as pessoas tinham feito coisas terríveis e se elas fossem obrigadas a testemunhar em público elas nunca fariam isso, mas depois da experiência que nós tivemos que foi bastante valiosa eu sugeri que nós tivéssemos entrevistas privadas. A sociedade civil não gostava dessa ideia de anistia, elas pediam que fosse algo em público, mas felizmente para o nosso processo as pessoas não me ouviram elas ouviram a sociedade civil porque o que aconteceu foi que todo mundo lembra desses testemunhos.

Ninguém lê os documentos, ninguém lê esses documentos, mas todo mundo lembra das vozes, das lágrimas, das lamentações, das linguagens, das polícias falando do que eles tinham feito, isso foi que as nossas pessoas estavam dizendo, nós vimos o que nosso povo fez com o nosso povo e isso chegou, alcançou as diferentes casas. Nós ouvimos isso na televisão, no rádio, nós não estávamos apenas capturando uma parte da nossa história, isso aí era uma parte da história, a Comissão da Verdade era uma parte da história e também isso me fez pensar por que tanta verdade apareceu nessa Comissão da Verdade? Quando poucas verdades parecem, aparecem nos nossos tribunais. Isso foi algo bastante interessante. Muitos sul-americanos acreditam que a justiça não foi feita da melhor forma. Algumas pessoas acreditavam, por exemplo, naquela história do Oscar Pistorius achando que era verdade, outros achavam que não era verdade, mas nós sabemos que isso muitas vezes acontece, nós temos um processo de justiça que ele não termina com a justiça final, a justiça que nós acreditamos que é a devida. Eu inventei quatro categorias de verdades para me ajudar a entender isso. O que eu chamo de observação microscópica da verdade, você define um terreno, você olha as variáveis, você mede essas variáveis, elas mudam com o tempo você vai marca-las e você vai chegar à conclusões a partir disso. Pode ser ciência, pode ser um caso judicial onde os documentos definem quais são as questões, quais são os desafios e depois decisões são tomadas. Depois também você tem a verdade lógica, isso não depende da observação isso depende da lógica. Por alguma razão, o exemplo que me vem à mente é quando o meu livro, o manuscrito do meu livro, falando sobre a minha luta, eu escrevi ele em Nova Iorque, e eu dei para os meus agentes, os meus colegas agentes em Nova Iorque e quando eu fui vê-la com este livro, eu sabia toda a vida dela. Dentro de 5 minutos ela começou a me contar a vida dela e no final ela disse: bom, vamos entender que os seres humanos realmente são uma espécie cheia de defeitos e a senhora tem razão. Sim, eu sou uma pessoa que tem defeitos, assim como todos os outros. Isso está seguindo a lógica do que ela falou e todos nós temos defeitos e o trabalho legal forense lida com a verdade observacional que é testada e a verdade lógica, mas também existe a verdade baseada na experiência. Essa é uma ideia que eu tirei do Gandhi, em seu livro que ele escreveu sobre os seus experimentos com a verdade nós fizemos experimentos na escola, lembra que a gente utilizava aparelhos químicos para fazer experimentos, esses experimentos são coisas que acontecem na nossa vida e na época também no livro do Gandhi ele fala sobre diferentes experimentos de vida. E para mim um exemplo muito importante foi quando ele estava com os auxiliares médicos das forças

coloniais que mataram alguns rebeldes e submeteram alguns capitães a tortura também, eles chicotaram essas pessoas e eles lavavam essas feridas dessas pessoas e as tropas estavam observando e ele percebeu que o corpo humano era uma fonte de muita dor para muitas pessoas e que seria errado tirar, ter prazer, com nosso corpo e foi por isso que ele resolveu desistir de ter relações sexuais, mas ele não começou dizendo: eu tenho que desistir de ter relação sexuais, e portanto, isso, isso, aquilo. Não, ele começou como experiência e dessa forma ele chegou a um princípio e para a maioria de nós essa verdade baseada em experiência é o que nos guia. Nós não andamos por aí com microscópios, nós nos interrogamos através das nossas experiências e essa era a força da Comissão da Verdade. As pessoas estavam falando utilizando suas próprias vozes, estavam contando as suas próprias histórias para serem acreditadas, para serem ouvidas e finalmente existe o que eu chamo de verdade dialógica. Nós temos experiência, observação e de diferentes aspectos, a Comissão da Verdade tinha diferentes membros e eles conversavam entre si. O diálogo era feito em frente ao público e também existia um diálogo feito por trás e a força da Comissão da Verdade estava baseada nas suas verdades experimentais e dialógicas. Em relação à reconciliação, nós ainda não estamos reconciliados na África do Sul no sentido de aceitação por toda a população de que todos nós somos iguais e que a vida é igual para todos nós. Que a raiva baseada na violação, nas violações do passado e as justiças já passaram, já fazem parte do passado, mas se nós não tivéssemos tido a Comissão da Verdade, nós ainda teríamos essa sensação de amargura. Coisas terríveis aconteceram e elas foram simplesmente negadas e nós não conseguiríamos mover em direção a uma sociedade igual se nós tivéssemos duas histórias de um mesmo País. Dentro desse País duas memórias diferentes. Você não vai estar vivendo no mesmo País. Nós podemos apenas começar a viver no mesmo País se houver uma concordância de que essas coisas horríveis aconteceram e nós chegamos a essa concordância porque as pessoas responsáveis, elas reconheceram as suas, os seus problemas, o que elas fizeram. Então, nós não podemos negar que isso aconteceu na África do Sul e o quanto cruel isso foi. O conhecimento é fato e informação. Nós sabemos que essas coisas acontecem. O reconhecimento é trazer a informação para dentro do seu ponto de vista, seu conhecimento emocional das coisas. Como que eu seria comportado? O que que nós poderíamos fazer? Como eu posso fazer que isso se evite no futuro? Então, precisamos aprofundar esse conhecimento. Então, pelo menos nós abrimos o caminho e eu acho que eu gosto de sentir que o Tribunal Constitucional teve um papel fundamental, não somente

porque o caso muito importante foi trazido a nós por pessoas que tinham perdido os seus entes queridos para assassinatos e tortura, dizendo como a Comissão da Verdade pode garantir anistia e acessar direitos a esses indivíduos e não dar a satisfação de manda-los à prisão e nós examinamos todas essas questões e foi um dos mais difíceis que fizemos e um julgamento foi escrito belamente pelo meu colega e é um dos casos que você não pode definir a embasamentos técnicos é uma questão muito profunda. É um jogo do País, é o motivo pelo um dos quais nós temos uma Constituição. A necessidade de, a verdade que aconteceu era tão profunda que o Parlamento, nós demos incentivo aos assassinos e isso nos permitiu descobrir novos corpos para que as pessoas descobrissem como seus parentes tinham sido mortos, para que eles conseguissem fazer seus funerais. Isso aconteceu conosco, como País e nós concordamos que essa lei passou dos padrões constitucionais do Tribunal Constitucional. Deveria ser localizado, nós escolhemos a prisão em Joanesburgo e as pessoas perguntaram: como vocês podem ter um Tribunal dentro dessa prisão onde o Mandela estava preso? Então, as pessoas particularmente foram submetidas a humilhações em particular terríveis e aí nós dissemos: não, a prisão é parte da nossa história e essas coisas aconteceram, não neguem a dor do passado, mas não se prendam a dor do passado. Peguem essa terrível energia negativa e a transformem positividade. É uma frase na Bíblia em inglês: transforme as espadas em paz! Em português como se fala essa frase, essa passagem? Não temos aqui acadêmicos da Bíblia. Você pode pegar uma espada, você pode jogar ela fora, pode quebrar essa espada é bem útil isso. E se essa mesma espada se tornar um instrumento para cavar é algo muito mais poderoso. É por isso que nós escolhemos esse lugar. Nós escolhemos pegar a dor e transformá-la e se tornou um símbolo de positividade do que pode ser feito, então qualquer pessoa que chega na prisão sabe que não parou ali e também pode saber que qualquer pessoa que saiba, que chega até o tribunal saiba da dor que já aconteceu ali. No fim do ano, muito quente, eu fui para uma festa com os meus amigos, tinha música alta e eu ouvi uma voz: Albie, essa voz disse! E aí eu olhei e era o Henry. Ele estava muito feliz, ele é um diretor e estava fazendo um filme sobre os soldados que foram para a Comissão da Verdade e ele estava sorrindo e nós chegamos em um canto e eu perguntei: Henry, o que que aconteceu e ele disse: eu fui para a comissão da verdade e eu encontrei o Bob, usando os primeiros nomes com todo mundo. Ele também me chamava de Albie, e aí eu falei: Henry, eu tenho você para me dizer o que é que está acontecendo e a verdade e ele saiu dessa conversa quase flutuando e eu quase desmaiei. E ele disse depois, ele de

repente, ele disse depois que ele saiu da festa e que chorou por duas semanas. Eu não sei se é verdade, mas eu prefiro acreditar que seja verdade isso, mas isso significa muito mais para mim do que mandar ele para a cadeia porque nós moramos no mesmo País e as pessoas estavam tentando matar umas às outras e nós moramos no mesmo País. E em Colômbia recentemente eu fui para, tem alguns juízes que simplesmente não mandam as pessoas para cadeia ou então executam. Elas têm essa justiça restaurativa que transforma as pessoas, não é perdão. Eu não perdoei o Henry, eu não tenho o poder de perdoa-lo, ele precisa entender isso. Ele tem que entender o que é o quê, mas ele transcendeu essa situação é um tipo de generosidade que está no espírito de Mandela, o espírito da nossa nação, o espírito da nossa Constituição e a generosidade é muito poderosa, é muito poderosa. E as pessoas precisam descobrir a humanidade dentro delas mesmas. Temos que ver o que vai acontecer eventualmente na Colômbia, mas o que foi interessante falar dos dois lados é que, é o que eu chamo de vingança suave, isso é transcender a raiva, a amargura e ver as coisas de um ponto de vista mais suave. E eu me pergunto se aqui no Brasil, eu nem sei. Nós encontramos muitos brasileiros no exílio quando eu estava em Moçambique, muitos torturados, muito já haviam sofrido muito e no Brasil para mim é um País de felicidade, de alegria, de exuberância, de criatividade, dos cariocas, de futebol e ainda assim é um país assassinatos e eu não sei se o Brasil já se resolveu com o isso. Eu não sei se teve algo tipo a nossa Comissão da Verdade. E isso importa? Eu acho que isso importa em qualquer País. Eu não sei se, o formato não precisa ser o mesmo, não precisa, se você está olhando para a reparação o importante é que você está olhando para a verdade. Vocês precisam entender que parte das pessoas que sofreram tanto, elas, essas pessoas vão ser reconhecidas e o mais importante é assegurar que essas coisas não vão acontecer de novo, então é um prazer enorme para mim falar com vocês e compartilhar essas experiências. Eu fui para o paraíso por não falar sobre a internet, mas é muito mais valoroso para mim falar sobre isso. Transmitir para vocês como nós falamos em Moçambique: Obrigadíssimo. É muito maravilhoso, uma cópia de um DVD chamado: Suave Vingança, que só tem cerca de 15 minutos falando sobre a minha vida em Moçambique e também capture o momento, tem até o momento de quando eu fui explodido. Eu não falei com as pessoas da publicidade. Eu não arrumei com as pessoas da publicidade para que eu estivesse na câmera, mas vai mostrar o que que aconteceu de verdade e principalmente o processo de transformação todo que aconteceu na África. E também vou deixar uma cópia desse livro que fala sobre a bomba e também todo processo

de recuperação.

## DEMOCRACIA DIGITAL: OS SEUS BENEFÍCIOS E RISCOS PARA A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

---

**Carlos Blanco de Moraes\***

\*Mestre e Doutor pela universidade de Lisboa e Professor catedrático da faculdade de direito de Lisboa.

### **1. A erosão da democracia representativa**

Se pegarmos em fatores tão diversos como a Câmara dos deputados na crise do impeachment no Brasil, a impotência do Parlamento britânico perante o Brexit e o afundamento dos partidos do centro na Europa em face da ascensão da direita e esquerda radicais e populistas , eles confirmam um velho postulado de Cocozza no final dos anos 80, de que a democracia representativa estaria deficitária na sua legitimidade e que careceria ela própria de ser democratizada.

Diversas ideias difusas confluem na crítica às insuficiências do paradigma clássico da democracia-representativa de Shumpeter; Dahl e Sartori que tenderam a valorizar a componente eletiva de representantes a ideia força de que se trata de um processo em que o povo decide livremente, por maioria, quem serão os decisores. A apatia derivada da insatisfação da cidadania com os seus representantes geraria atos eleitorais cada vez menos participados e transformaria os partidos em máquinas de publicidade organizada, financiadas de modo opaco e destinadas a, com base em ideias simplificadas e manifestações de propaganda lúdica, fazer eleger candidatos, no sentido de Gaetano Mosca, de que a democracia instilaria nos eleitores a ideia elegeriam os candidatos, quando seriam estes a fazer-se eleger.

São os seguintes os sintomas da crise da representação:

i) *Reducionismo eleitoral*: o Modelo representativo seria insuficiente para exprimir todos os ângulos da vontade popular no governo da “Polis” pois, entre atos eleitorais, o povo não teria capacidade de influir na tomada de decisões (problema assinalado há muito por Rousseau quando, na crítica à democracia representativa britânica terá aduzido que o povo britânico, sem se aperceber, seria escravo entre duas eleições);

ii) *Clausura no processo de decisão*: existiria na democracia representativa uma “Cidade Proibida”, um circuito de decisão sobre grandes problemas nacionais fechado à discussão em espaço público, que importaria romper através de acesso à informação e da intervenção de um número alargado de cidadãos no debate desses problemas (Habermas);

iii) *Captura do poder político* pelos grandes centros de poder económicos e financeiros (Habermas) internos e externos, graças ao modelo de globalização e concentração de riqueza, à colonização dos *media* por grupos económicos, e à forte dependência das campanhas dos partidos relativamente a interesses particulares forçando “trade offs” ilícitos entre o público e o privado;

iv) *Sobre-representação nos media de minorias poderosas*: os mandatários eleitos tomariam decisões sob pressão de influentes minorias sobre-representadas e enquistadas nos *media* e universidades que liderariam a opinião pública e a agenda desses mandatários sobre questões relativas à vida individual e familiar, à liberdade de expressão e consciência e ao tema da soberania,;

v) *Engessamento da representação* : alguns institutos do processo eleitoral diminuem a liberdade, igualdade e competitividade do processo eleitoral (Munck), destacando-se: cláusulas-barreiras muito elevadas; “cordões sanitários” dos partidos do “mainstream” contra partidos ideologicamente estigmatizados com alta votação em sistemas eleitorais maioritários, a manipulação dos círculos eleitorais intentando favorecer e instrumentalização dos media para demonizar certos partidos anti-sistema (§).

vi) *Partidocracia e representação*: A relação fiduciária eleitor/representante, seria “curto-circuitada” por partidos de eleitores com programas difusos, “cartelizados” entre si (Rudolf Koole), fechados aos eleitores, dotados de direções profissionalizadas que monopolizam as candidaturas e tutelam os representantes eleitos os quais, declarada a sua independência em relação a quem os elegeu, passariam a vincular-se exclusivamente ao aparelho partidário ou à própria liderança governativa);

vii) *Afastamento das elites e eleitores do processo representativo*: Graças a fatores como a degradação da imagem pública dos dirigentes afetados pela corrupção, do aparelhismo partidário, a militância declinou, altos quadros técnicos fugiram da política, e os eleitores não se identificam com os partidos.

viii) A “federação” dos partidos nacionais em cartéis supranacionais de “partidos europeus” na U.E que co-decidem a nível das instâncias de governo da União, levam a que se relativize a importância das escolhas eleitorais, e se questione a utilidade da democracia

## 2. Contributos catalíticos da representação: democracia semidireta, participativa e deliberativa

Várias conceptualizações de democracia têm sido avançadas como formas de “revitalização” qualitativa da representação política.

A *democracia semi-direta*, com o uso do referendo tem estado em expansão na Europa como complemento à democracia representativa que todavia teme os resultados da vontade popular como sucedeu no Brexit. Setores conservadores apostam na via referendária para curto-circuitar a clausura da elite do poder. Sem os referendos que mataram o tratado constitucional europeu a U.E. seria hoje uma federação.

A *democracia participativa*, incentiva os cidadãos e as suas estruturas associativas a intervir na tomada de decisões pelos poderes públicos, fazendo-o, em regra, a título consultivo sempre que estejas em causa os seus direitos ou interesses protegidos. Tratou-se de uma construção que, no plano teórico originário, teve raízes em alguns pensadores marxistas, como Poulantzas, ou da nova esquerda, como Pateman. Um salto qualitativo experimentado pela “democracia participativa”, já dessacralizada da sua componente ideológica, consistiu no fenómeno da *concertação social*. Esta, com forte peso na Alemanha, implica a necessidade de se institucionalizarem estruturas de representação pública das corporações empresariais e sindicais erigidas a “parceiros sociais” do Estado, para permitir que a sociedade civil transmita à sociedade política, através de procedimentos e regulados, o seu entendimento sobre políticas públicas no domínio económico e social.

Finalmente emerge a *democracia deliberativa* que bebe, no pensamento de Habermas,. Este esboça uma construção com um fundamento epistemológico de matriz ético republicana de integração inclusiva dos cidadãos na definição das políticas públicas.

Para esta corrente o processo de decisão compreenderia a existência de mecanismos formais e informais destinados a permitir vias de comunicação inclusiva, alargada e participada no *espaço público* sobre matérias submetidas a decisão das

autoridades representativas. O objetivo seria potenciar uma cidadania crítica, responsável e vigilante que possa informar, discutir e “deliberar” no espaço público sobre as questões relevantes, de modo que a decisão final do poder político seja instruída e condicionada pelo produto do debate. A integração de minorias marginalizadas seria uma preocupação desta construção que considera que apenas “mais democracia representativa” não resolveria certos problemas como a de um universo eleitoral onde a classe média seja claramente maioritária e classes mais baixas e desprotegidas, uma minoria: o modelo competitivo daria ao primeiro estrato social mais representantes e o poder de negar direitos e proteção ao segundo estrato como defende no Brasil Alvaro de Vito.

A política deliberativa operaria através de duas vias: a via institucional (onde seria possível integrar num processo jurídico a intervenção cidadã) e a via extra-institucional, integrada pelo debate livre no espaço público, encontrando-se as duas vias interligadas. A democracia deliberativa não se confundiria, com a democracia participativa, sem prejuízo de estimular uma participação alargada e informada dos cidadãos. Contudo há quem entenda como Álvaro de Vito que, na medida em que não se posicione como alternativa à democracia representativa, a democracia deliberativa poderia não ser mais do que a atualização das velhas teorias da participação.

### **3. A dimensão extra-institucional e tecnológica da democracia deliberativa**

As discussões mais intensas em torno da configuração e projeção da dimensão extra-institucional da democracia participativa foram catalisadas durante as “primaveras árabes”, no pico dos movimentos europeus de contestação à austeridade durante a crise das dívidas soberanas, ao *Wikileaks*, ao “Brexit” e aos movimentos pró e anti-imigração na Europa .

O ativismo político informalizou-se através das redes sociais, mormente do Facebook, dos blogs e do twitter ultrapassando a rigidez da comunicação social clássica, as fronteiras nacionais, as hierarquias tradicionais de feitura da opinião pública, e as barreiras entre o público e o privado.

O novo espaço público de debate alargou-se à blogoesfera e ao ciberespaço onde todos podem comunicar e ser lidos, onde desde o Papa aos dirigentes políticos usam o *tweet* para passar mensagens curtas que são respondidas por muitos cidadãos, que têm

a ilusão de comunicar diretamente com o decisor, apoiando-o, aconselhando-o, criticando-o ou insultando-o.

Por exemplo, através dos meios informais de comunicação eletrónica: foram convocados manifestantes para a praça Tharir fazendo cair o regime de Mubarak no Egito; soçobraram eleitoralmente partidos que galopavam nas sondagens (caso do PP espanhol em 2004 depois dos atentados de Madrid, confrontado com manifestações à boca das unhas convocadas por *sms* onde se alertava para as mentiras do Governo sobre a origem dos mesmos atentados); foram convocadas manifestações colossais de jovens indignados em Portugal e Espanha atingidos pela austeridade, das quais resultou o fortalecimento de partidos de extrema-esquerda; mobilizaram-se manifestações encarniçadas e semanais contra a imigração pelo PEGIDA em Dresden; passaram-se mensagens ferozes na campanha pela saída do Reino Unido da União Europeia oxidou-se a campanha presidencial norte-americana com a divulgação de e-mails problemáticos; e até se derrotou, via *Facetime*, um golpe militar na Turquia em julho de 2016.

Esta vertente *comunicativa de massas* da chamada democracia deliberativa, que alguns designam por “democracia digital”, geraria um espaço de opinião influente pautado pelo dinamismo, fluidez, novos atores, liberdade difusa, ativismo, imediatismo, conteúdo sintético e horizontalidade (parificando a posição de governantes e governados e fazendo-os interagir como refere Saskia Sassen.).

#### **4. Forças e riscos da democracia deliberativa “digital”**

##### a) Democracia ou revolução na comunicação e acesso ao espaço público?

Em termos teóricos, a “democracia deliberativa” constitui uma narrativa filosófica que, no fundo, se propõe democratizar, não só a representação mas a própria “democracia participativa”. A bem da verdade, trata-se de um “aggiornamento” do discurso teórico da democracia participativa com correção das suas insuficiências reclamando que as vias e meios de intervenção cidadã impliquem um tratamento igual entre participantes, o que exclui a redução da participação ao circuito gasto das grandes corporações envolvidas no “jogo” da concertação social; à opinião pública tecida *ex cathedra* a partir dos *media* detidos pelos grandes interesses económicos.

Só que a mesma construção doutrinária, no *plano institucional*, pouco ou nada adianta em relação à oferta tradicional da democracia participativa, pois não dá,

nomeadamente, respostas, sobre o modo: como se poderá potenciar a intervenção esclarecida das minorias culturalmente menos educadas); como poderão ser erigidos canais de comunicação do individuo no espaço público e junto do poder fora as vias de petição e discussão pública; e, como seria possível que os que intervêm no espaço público pudessem ser tratados como iguais.

Já a *componente extra-institucional da democracia deliberativa* resulta ser mais caótica mas mais instigante, sobretudo na sua dimensão digital. É um facto que a discussão no espaço público se alargou tremendamente na chamada “blogosfera”, com o acesso individualizado e grupal das massas ao ciberespaço, mediante a utilização de tweets, blogs, jornais eletrónicos informais e páginas eletrónicas com uma componente em vídeo, mitigando-se, em parte, o império crescentemente concentrado do áudio visual e da imprensa escrita em papel. Por outro lado, a imprensa escrita digital interagiu com a blogosfera, passando muitos artigos de imprensa a alimentar-se das opiniões e informações postadas no ciberespaço e criando, simultaneamente, espaços para que artigos de opinião publicados “online” sejam sujeitos a comentários dos leitores, potenciando-se uma interação com as redes sociais.

A sobredita “democracia digital” na sua componente difusa e libertária, refletiria uma sociedade crescentemente informada, emancipada e ativa, que confrontaria o poder político e disputaria o espaço público com os *opinion makers*. E é um facto que a expansão transfronteiriça da blogosfera abala governos e hierarquias políticas dentro das fronteiras de cada Estado, já que o domínio da esfera privada dos governantes passa a ser ferozmente escrutinado, são eliminadas barreiras à circulação de informação relevante que flui com uma velocidade inédita e emergem novos atores políticos transnacionais que possuem um domínio efetivo sobre o conteúdo, dessa informação, tal como reconhece Miriam Bascunan.. A dimensão mais oculta do poder fica por vezes a descoberto e a autoridade dessacraliza-se, sendo obrigada a sair a terreiro para justificar condutas embaraçosas ou controversas.

Ao acederem eles próprios ao *twitter* e ao permitirem-se dialogar com qualquer cidadão no espaço público os decisores são confrontados com interlocutores incómodos que divulgam informação comprometedora que os obriga a responder e a descer ao patamar dos cidadãos. Por outro lado, respostas desadequadas e impulsivas com mau acolhimento na opinião pública obrigam o decisor a retratar-se e até a demitir-se ( João Soares), expondo-se a uma erosão de imagem e a um debate multipolar cujo

desfecho não domina. Finalmente, a denúncia de comportamentos irregulares ou ilícitos de governantes nas redes sociais, sempre que divulgados ou ampliados pelos media clássicos, é um fator de retroalimentação de potenciais inquéritos ou investigações. Em síntese, a blogosfera passou a segregar um sincrético e indefinível limite adicional ao poder político, gerando-se uma via extra-orgânica e difusa de controlo do poder político sem precedentes.

b) Escrutínio difuso ou via de descredibilização e enfraquecimento dos governantes ?

Reconhecendo alguns impactos positivos da “democracia digital” no acesso à informação e à faculdade do povo interagir com o poder, existem dúvidas sobre a sua capacidade de aumentar o nível de desempenho da democracia,. Cumpre tecer quatro considerações

1º. Sendo certo que o ciberespaço permite um melhor conhecimento dos cidadãos sobre problemas de ordem económica, política e social o facto é que muitos dos dados disponibilizados são oriundos de fontes fidedignas, são frequentemente distorcidos e simplificados, pois são concebidos para a ação política numa lógica instantânea de ação e reação. Muitas de ordem política fazem-no com um propósito de combate destinado a atingir alvos cirúrgicos adversos e, muito frequentemente, quer o cidadão médio quer o jornalista ( campanha eleitoral americana), tomam a “nuvem por Juno” assumindo e difundindo como verídicos, simples boatos, contra-informações, ou notícias parcialmente verdadeiras. Para Fernando Vallespin trata-se de um “mundo órfão de verdade onde a textura do real se abre a uma gama ilimitada de interpretações”. A inexistência de filtros efetivos ou de instrumentos de controlabilidade da informação e o despontar de uma cascata acrítica de fontes que emergem como *matrioskas* a partir de outras fontes difusas e cria “terras de ninguém” onde não se torna racionalmente possível desmontar ficções, boatos fantasistas ou mensagens difamatórias. Isto, porque uma boa parte dos debates políticos nas redes sociais tendem a ser maniqueístas não propendendo os cibernautas para o escrutínio do que lhes é fornecido: ou se está “in”, ao lado da informação controversa e se procede à sua partilha com comentários simples e favoráveis ou se está “out” combatendo-a de uma forma elementar e verbalmente violenta.

Em suma, a difusão da informação nas redes sociais, não envolve, necessariamente, conhecimentos mais exatos. Para Vallespin realidade e a ficção no conúbio entre a política, os media e as redes sociais terão gerado uma rede parasitária de

fluxos recíprocos, em que em muitos casos, os cidadãos e os agentes políticos têm a percepção daquilo que é falso, mas não deixam de se acomodar a essa mesma falsidade.

2º. O uso das redes sociais, e do tweeter em particular, revelar-se-iam mais instrumentos de ação, contestação e mobilização do que de reflexão". É igualmente um campo, onde ações ilícitas e de desobediência civil de pequenos grupos extremistas se mobilizam em rede e "deliberam" ocupações de propriedade (caso do movimento "Occupy"). Como se esse tipo de ação direta de minorias sem rosto, que se representam a si próprias, pudessem assumir-se como expressões da vontade maioritária, de discussão informada no espaço público ou de integração pluralista na fase prévia à tomada de decisões .

Uma comunicação em que as pessoas pensariam em 140 caracteres significaria para alguns , que as mesmas pessoas não pensariam genuinamente. Cidadãos clausurados em "nuvens" de radicalização e flutuando em torno "trending topics" difundiriam uma comunicação que ganharia, por arrastamento, uma força misteriosa e passando a partir da sua difusão pelos media a fazer parte da opinião pública.

A democracia deliberativa idealizada por Habermas, ligada ao confronto de opiniões diversas no espaço público e da demanda do melhor argumento, pouco tem a ver com a democracia digital da blogoesfera, pautada pelo imediatismo, a mobilização, o "soundbite", o "pronto a pensar" e a humilhação verbal do adversário. A ideia de que a discussão da política teria atingido um estádio superior através da democracia blogueira foi reduzida por diversos autores uma manifestação de "ciberutopia" ou "internautocentrismo". Isto porque, a ideia de liberdade que emerge da blogosfera tem o seu reverso da medalha quando a mesma é vigiada e manipulada por relevantes forças políticas e económicas bem como por grupos subversivos e serviços de informação dos Estados, dotados de poderosos meios técnicos e de comunicação que permitem desfigurar o debate e alimentar através do produto das distorções por si criadas junto das redes sociais, os media.

3º. Igualmente ilusório é o entendimento de Habermas que a sobredita democracia digital em rede potenciará irreversivelmente um cidadão mais culto, mas esclarecido. Na verdade, uma simples visitação aos principais jornais digitais, no sítio referente aos comentários de leitores a artigos de opinião permite aferir um esmagador número de comentários injuriosos, grosseiros, tendenciosos, reveladores de uma atroz iliteracia e em que os debates se assemelham a cenas de pugilato. Por outro lado, ,

sobretudo em período eleitoral, as mensagens nos tweets e facebooks dos políticos destes são objeto de ataques pré-ordenados e sincronizados de tribos de internautas que os inundam de *posts* difamatórios ou de ameaças (conhecidas por “*shitstorm*”) que rapidamente defluem para as capas dos jornais digitais.

Ainda assim, uma comunicação digital de elevado nível transcorre na retaguarda, em plataformas académicas, em blogues semi-fechados e em grupos especializados de reflexão, ou seja, num hemisfério elitista que pouco tem a ver com o espaço público alargado às minorias despossuídas como pretendiam os teóricos da democracia deliberativa.

4º. Finalmente, não é incontroverso que a democracia digital tenha, elevado a qualidade e a credibilidade da democracia representativa.

Esta última procura criar a ideia de que os dirigentes políticos e, em especial, os governantes, devem ser vistos pelos cidadãos como paradigmas de verdade e integridade, merecendo, por conseguinte, serem eleitos. Contudo, nas últimas décadas, a colocação à luz do dia de ilícitos eleitorais e a investigação de atos de corrupção e abuso de poder converteram o escândalo em componente central do debate cívico e político. Por um lado, o escrutínio judicial dos políticos (permitiu uma ablação da parte contaminada da política mas potenciou, por outro, um ambiente envenenado e persistente de desconfiança e descredibilização da elite governante.

Assentando o “ethos” da democracia representativa na integridade ou credibilidade dos representantes, quando a mesma credibilidade é posta em causa, todo o regime é afetado. Nessa descredibilização destacou-se a blogoesfera, em rede com a imprensa digital e com os fornecedores de informação relevante, oriundos do mundo económico, judiciário e político. Do mesmo modo não é concebível um Estado de direito com direitos nominalizados: a blogoesfera, em nome da “transparência” e da comunicação, os cidadãos e os políticos despossuídos de direitos de personalidade como o direito à honra, à imagem, ao bom nome, à reserva de intimidade da vida privada e familiar, à segurança e à liberdade de expressão para lá do politicamente correto.

A “rebelião das massas” e a democracia digital, podem não ter, como muitos acreditavam, oferecido uma via alternativa à democracia representativa, feito triunfar as primaveras árabes e derrubado as autocracias chinesa e iraniana, mas lograram, pelo menos, nas democracias representativas, dessacralizar o poder, esmaecer a *auctoritas* e a *gravitas* dos governantes e fragilizar direitos civis..Em sistemas corrompidos a

democracia deliberativa digital poderá ter contribuído para a refundação republicana de sistemas democráticos e estimulado novas formas de comunicação entre governantes e governados. O facto é que se teme que a sua faceta menos positiva se contente, por hábito, a desdignificar o poder, num exercício nihilista, sem que comporte consigo uma proposta alternativa construtiva. Repensar o papel político da comunicação política digital e repensar os seus filtros contra abusos, manipulações e capturas pela criminalidade organizada constitui uma requesta para o tempo presente.

## CONSTITUIÇÃO, PRIVACIDADE, PROTEÇÃO DE DADOS E NOVAS TECNOLOGIAS

---

**José Levi Mello do Amaral Júnior**

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e do Centro Universitário de Brasília. Procurador da Fazenda Nacional.

**RESUMO:** o artigo reproduz, com adequações pontuais, exposição realizada em Painel de título “Privacidade, Proteção de Dados e Proposições Legislativas” por ocasião do XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional, exposição essa que foi realizada em Brasília, no Instituto Brasiliense de Direito Público, no dia 27 de outubro de 2016. Discorre sobre os impactos decorrentes das novas tecnologias, sobretudo no que se refere às novas formas de comunicação. Avalia proposição legislativa em tramitação no Congresso Nacional acerca do tema.

Boa tarde!

Agradeço ao Instituto Brasiliense de Direito Público a gentileza do convite para participar dessa mesa de debates.

Cumprimento a todos de uma maneira especial nas pessoas do Senhor Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Professor Leonardo Roscoe Bessa e do Deputado Orlando Silva, que aqui também tomam parte dos debates, e em nome deles, cumprimento a todos os presentes, não só os meus demais colegas de Painel, mas a todos os que aqui acorrem.

Desde logo peço perdão porque tive a ousadia de pedir para falar primeiro. Isso porque um compromisso de última hora impossibilita-me permanecer até o final do Painel. Porém, as minhas anotações são bastante breves e, pretensiosamente, talvez tenham um caráter introdutório para os debates que se seguirão, claro, certamente, com muito mais propriedade do que eu poderia fazê-lo.

Quando se discute o tema proposto, a primeira lembrança que me ocorre, inclusive porque me marcou muito, é uma obra ainda dos anos 1990 do professor italiano Giovanni Sartori: *Homo Videns*. Parte da ideia de que o ser humano passou a crescer na frente de uma televisão. Fala do “vídeo bambino” e como o crescer na frente da televisão acaba por empobrecê-lo naquilo que é a maior característica humana: a capacidade de abstração. O ser humano é um ser simbólico e essa capacidade humana, tão humana, especificamente humana (que escapa ao animal e que dele nos difere), na verdade, independe dos próprios sentidos. Qualquer ser humano tem a sua capacidade de abstração e a capacidade de

abstração acaba severamente empobrecida quando o ser humano cresce na frente de imagens prontas e acabadas, quando não manipuladas, fornecidas pela televisão. Em uma apertada síntese, essa é a tese de Sartori e que ele projeta para o próprio regime democrático. O regime democrático é empobrecido pelo homo videns que desde pequenino nasce e cresce massificado diante da televisão, nasce e cresce empobrecido na sua capacidade de abstração, na sua capacidade simbólica, na sua capacidade de criticar, de pensar, enfim, de avaliar.

Fiz essa introdução porque a nossa cultura é uma cultura digital. Vivemos hoje conectados, de modo que existe para nós um novo espaço, um novo âmbito público, que é o universo digital e a evolução das tecnologias que movem esse novo âmbito público, esse novo espaço público, conhece evolução muito rápida, cada vez mais rápida. Em verdade, a evolução dos meios digitais se dá em velocidade com crescimento geométrico. É assustador como se dá, como é vertiginosa a velocidade da evolução dos meios digitais. Dou exemplo banal. Durante quantas décadas usamos cartas? Não a nossa geração, mas quantas gerações, quantas décadas viram o uso das cartas? Durante quantos anos usou-se telegrama? Surgiu o e-mail e a mensagem eletrônica, vieram os torpedos e as coisas sucedem-se, talvez, não em anos, mas em meses. Esses novos meios migraram dos computadores pessoais para os smartphones. As tecnologias convergiram e surgiram alternativas aos torpedos “tradicionais”, basta citar o WhatsApp. Consequência: o e-mail e as mensagens eletrônicas, em poucos anos, sofreram tombo semelhante no respectivo volume de uso que as cartas conheceram.

Esses novos espaços de convívio geram blogs, micro blogs, redes sociais. Falando em micro blogs, até que o Twitter está sobrevivendo... As próprias redes sociais sucedem-se. A minha geração conheceu o Orkut, que nem existe mais. Foi desbancado pelo Facebook que luta para se reinventar, para seguir sobrevivendo.

Nesses novos espaços públicos é curioso e dramático ver como as pessoas revelam-se, para o bem e para o mal. Nesses novos espaços públicos, protegidas, ou pretensamente protegidas pela tela de um computador, pelo teclado do computador ou pela tela e pelo teclado virtual de um smartphone, muitas pessoas perdem os freios morais mais elementares, talvez revelando os respectivos verdadeiros “eu”.

Essa realidade impacta não só o indivíduo, mas também a grande mídia. A TV aberta cedeu espaço para a TV por assinatura, que perde espaço para os serviços por streaming, que perdem espaço para o Youtube e assim por diante.

Veja-se o caso telefone. O telefone já foi um investimento, tão escasso era. Perdeu espaço para o celular. Ora, hoje, trocamos de celular pelo menos uma vez por ano, mas o celular, enquanto telefonia, perdeu espaço para o Skype, que perdeu espaço para o Viber. Ambos perderam espaço para o FaceTime. As operadoras de celular hoje são provedoras de acesso à Internet.

Como lidar com isso? Quais são as implicações disso? Por exemplo, como aplicar leis eleitorais a esses novos espaços públicos? Em todos esses espaços virtuais, em todos esses meios de trânsito e trocas digitais, deixamos nossos dados, deixamos nossas

informações, deixamos rastros. Nossos dados são automaticamente coletados por “robozinhos” que, na verdade, são algoritmos cada vez mais sofisticados, inteligentes, seletivos, globais.

Falei há pouco em TV, em TV por assinatura e em serviço por streaming. Veja-se o caso Netflix. Com efeito, Netflix decifra os nossos gostos e tenta antecipar as nossas escolhas, forma um banco de dados pelo convívio que trava com cada um dos seus assinantes, com cada um de nós. Trata-se de um banco de dados que tem valor estratégico e econômico imensurável. E está ali: dentro da nossa casa, diuturnamente aprendendo com os nossos usos, com os nossos costumes, com os nossos gostos. Como esses dados são utilizados pela empresa? Netflix utiliza apenas para prover os seus próprios serviços ou compartilha, fornece, vende esses dados – nossos dados – para terceiros?

Ora, a legislação que venha a disciplinar os bancos de dados decorrentes dessas novas realidades devem colher quaisquer bancos de dados acessíveis no território nacional, não importando onde estejam eles hospedados.

Para prosseguir, tomo em consideração o Projeto de Lei, hoje no Senado Federal sob a relatoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira Filho, Projeto que sabidamente teve participação muito importante do Instituto Brasiliense de Direito Público, em especial da Professora Laura Schertel Mendes. O Projeto é explícito: não importa onde estejam hospedados os bancos de dados, a lei brasileira haverá de ser aplicada. E não tem como ser diferente: do contrário seria muito fácil escapar ao nosso Direito, escapar à disciplina do Direito brasileiro aplicável ao caso. As legislações que hoje tateiam nesse novo universo dispõem neste exato sentido.

O Projeto a que me referi exclui da sua incidência o que se denomina “dados anonimizados” (até esse tipo de palavra surge pelas novas necessidades...). Muito bem, o “dado anonimizado” é aquele que não tem gravado em si, rotulado em si, o titular do dado. Parece-me natural que a lei não se aplique a esse tipo de dado, pois não traduz uma pessoa a ser protegida.

Porém, como assegurar que os dados realmente estão dissociados das pessoas de que se originam? Não é uma questão simples. O Projeto cria uma obrigação para a União no particular. A União precisará aprender a lidar com isso.

O Projeto menciona dados pessoais sensíveis, por exemplo, aqueles que revelam orientação religiosa, política e sexual. São disponíveis? Parece-me que sim, o Projeto considera que sim, desde que a disposição seja feita pelo titular de maneira direta, clara, expressa e consciente. Ora, é necessária muita responsabilidade nisso, de lado a lado, daquele que cede e daquele que toma. O Projeto pressupõe uma governança responsável acerca desse conjunto de dados. O Projeto impõe uma governança responsável aos bancos de dados e isso é da maior importância e de muito grande sabedoria.

Tomei como fio condutor da parte conclusiva da minha exposição o Projeto de Lei hoje em tramitação no Senado Federal. Os expositores seguintes certamente poderão esmiuçá-lo muito melhor do que eu. Ainda assim, sintetizo: o Projeto hoje sob a relatoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira Filho revela-se bastante lúcido, bastante abrangente

e, inclusive, capaz de dispor sobre meios atuais e futuros. Essa é uma arte, um desafio a que é chamado todo projeto da espécie. Isso porque, afinal, os meios sucedem-se de maneira muito rápida, como mencionado no início da exposição. Por isso mesmo, o Projeto toma medidas, opções, caminhos que me parecem amigos dos Direitos Fundamentais, sem prejuízo da evolução dos meios tecnológicos, das mídias digitais.

Enfim, pretendi fazer apenas uma introdução, uma introdução que talvez tenha sido pontuada menos por colocações e mais por perguntas, o que é próprio de um universo que estamos ainda desvendando. Tenho certeza de que o debate que se seguirá será muito mais rico do que eu poderia proporcionar nessas minhas palavras breves, introdutórias. O Professor Leonardo Roscoe Bessa conhece muito desse assunto na ótica do direito do consumidor. Para além disso, o Deputado Orlando Silva já lidou com vários outros projetos sobre a matéria e também tem muito a contribuir.

Agradeço aos organizadores do Evento, uma vez mais, a oportunidade de estar com vocês. Peço perdão ao Coordenador do Painel, pois me excedi no tempo, mas, sobretudo, expresso a minha alegria – uma muito grande alegria – de poder tomar parte do debate com todos vocês.

Muito obrigado!

# O MECANISMO DE PROTEÇÃO JURISDICIAL DE DADOS PESSOAIS NUM SISTEMA CONSTITUCIONAL MULTI-NÍVEL – O CASO DA UNIÃO EUROPEIA

---

José Luís da Cruz Vilaça\*

## Síntese:

O sistema judicial da União Europeia (adiante também designada por “União”) é um sistema descentralizado, de tipo não federal, mas baseado num mecanismo de cooperação judiciária entre, de um lado, os tribunais dos Estados-membros e, do outro, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“Tribunal de Justiça”). A característica fundamental desta ordem jurídica consiste no mecanismo do reenvio prejudicial, em interpretação e em apreciação de validade do direito da União, consagrado actualmente no artigo 267.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. A acção deste sistema no seu conjunto resulta na garantia de uma protecção judicial efectiva dos direitos dos particulares.

O Tribunal de Justiça tem sido solicitado principalmente pela via do reenvio prejudicial a pronunciar-se sobre o nível de protecção dos direitos fundamentais dos particulares na ordem jurídica da União, e em especial sobre o direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. No entanto, estas questões poderão chegar ao Tribunal de Justiça por outras vias processuais, em particular através de pedidos de Parecer sobre projectos de acordos internacionais (veja-se, Parecer n.º 1/15 sobre a transferência e o tratamento de dados dos passageiros de transportes aéreos entre a União e o Canadá).

No que respeita ao quadro geral da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União, importa referir que durante muitos anos a (na altura designada) Comunidade Europeia não dispôs de um catálogo escrito de direitos fundamentais, devido fundamentalmente ao próprio esquema inicial de integração baseado em meras liberdades de carácter económico. O Tribunal de Justiça, inspirando-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e nas orientações fornecidas por tratados internacionais, foi definindo paulatinamente na sua jurisprudência um catálogo não formal de direitos fundamentais. Esta evolução culminou, em dezembro de 2000, com a

---

\* Professor da Universidade Católica Portuguesa - Global School of Law, Lisboa; Juiz-Presidente da V Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia; ex-Advogado-Geral no Tribunal de Justiça e ex-Presidente do Tribunal de Primeira Instância (atual Tribunal Geral) das Comunidades Europeias. O autor exprime-se a título estritamente pessoal.

proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Carta”), a qual com alguns ajustamentos foi adaptada em dezembro de 2007 e à qual foi conferida, na altura do Tratado de Lisboa, o mesmo valor jurídico que os Tratados.

O Tratado de Lisboa trouxe também outra novidade importante em matéria de direitos fundamentais, a saber, a previsão da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“Convenção Europeia”), tendo sido preparado um projecto de acordo em abril de 2013, relativamente ao qual a Comissão solicitou ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse, a título prévio, sobre a sua compatibilidade com os Tratados. O Tribunal de Justiça concluiu, no seu Parecer n.º 2/2013, que o projecto, tal como redigido, não era compatível com o n.º 2 do artigo 6.º do TUE nem com o protocolo n.º 8 anexo ao Tratado. No entanto, o Tribunal de Justiça indicou no seu Parecer orientações claras para uma futura revisão do projecto.

A dificuldade nesta matéria surge em organizar todas as dimensões de um sistema polimórfico no qual pelo menos três ordens jurídicas distintas, mas mutuamente permeáveis de protecção dos direitos fundamentais coexistem, a saber, (i) a União e a sua Carta, (ii) a Convenção Europeia e (iii) os Estados-Membros da União com os respectivos catálogos constitucionais de direitos fundamentais.

1. Considero uma honra pessoal e um privilégio institucional intervir neste importante Congresso organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e pelo seu Centro de Direito, Internet e Sociedade (CEDIS). Cumprimento todos os participantes e assistentes a esta sessão, bem como os ilustres Membros e Presidente do presente Painel.

A minha intervenção é complementar da do Presidente Koen Lenaerts e pretende fornecer o respectivo enquadramento. O meu objectivo consistirá, assim, em esclarecer o contexto jurídico-constitucional da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante “TJUE”) sobre protecção de dados pessoais.

2. Duas palavras, antes de mais, sobre a **natureza** e a **estrutura** do **Sistema Judicial** da União Europeia (adiante “UE”).

Trata-se de um sistema **descentralizado**, de tipo **não federal**, mas baseado num mecanismo de **cooperação judiciária** entre, de um lado, os tribunais dos Estados-membros e, do outro, o TJUE. Estes – tribunais nacionais e TJUE, sediado no

Luxemburgo – constituem os ***dois pilares*** sobre os quais se apoia aquele sistema judicial.

Como dois pilares isolados não chegam para sustentar um sistema, torna-se necessária uma ponte, ou um arco, entre eles, que constitua o ***fecho da abóbada*** do edifício judicial da União. Esse fecho é representado pelo mecanismo do **reenvio prejudicial**, em ***interpretação*** e em ***apreciação de validade*** do direito da UE, consagrado atualmente no artigo 267º TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

O funcionamento deste sistema assenta em dois bem conhecidos princípios fundamentais da ordem jurídica da UE, os princípios do **efeito direto** e do **primado do direito da União** sobre os direitos dos Estados-membros<sup>1</sup>. Na decorrência de tais princípios, os particulares podem invocar directamente, perante os tribunais nacionais competentes<sup>2</sup>, as regras de direito da União que disponham de *efeito direto*, devendo o juiz afastar a aplicação das normas nacionais que contrariem o direito da União (*princípio do primado*).

O mecanismo do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça visa, neste contexto, assegurar um duplo objectivo, a saber: a ***aplicação efectiva e uniforme***, em todo o espaço da União, do direito da UE, com a interpretação que lhe dá o TJUE, único órgão judicial competente, para o efeito instituído pelos tratados.

Da existência e do funcionamento de um tal sistema descentralizado, assim instituído pelos tratados, resultam dois corolários: (i) um limitado acesso direto

---

<sup>1</sup> Os referidos princípios, verdadeiros alicerces do direito da UE, foram formulados e definidos nos acórdãos fundadores da ordem jurídica comunitária: acórdãos de 5.2.1963, *Van Gend & Loos/Administração fiscal holandesa*, 26/62, Colect. p. 3, de 15.7.1964, *Flaminio Costa/ENEL*, 61/64, Colect. p. 1141, e de 9.3.1978, *Administração das Finanças do Estado/Simmenthal*, 106/77, Colect. p. 629. Sobre estes princípios, ver K. Lenaerts e P. Van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 3ª ed., 2011; J. L. da Cruz Vilaça, *A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-membros*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Lisboa, vol. 30, 2001, p. 3; J. L. da Cruz Vilaça, *Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour*, in *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law/La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, Asser Press /Springer/Tribunal de Justiça, Luxemburgo/Haia, 2013, p. 279.

<sup>2</sup> As regras de competência e de processo a aplicar são as de cada Estado-membro, no respeito da respectiva “autonomia processual”, consagrada na jurisprudência do TJUE (acórdãos de 16.2.1976, *Rewe*, 3/76, Colect. p. 1989, nº 5, de 7.7.1981, *Rewe*, 158/80, Colect. p. 1805, nº 44, de 19.11.1991, *Francovich*, C-6/90 e 9/90, Colect. I-5357, nº 42, de 13.7.2006, *Manfredi*, C-295/04 a C-298/04, Colect. I-6619, nºs 62, 71 e 77), salvo quando essas regras possam conflitar com os *princípios da equivalência e da efetividade*, tal como definidos pela jurisprudência do TJUE (ver, respectivamente, acórdãos de 1.12.1998, *Levez*, C-326/96, Colect. I-7835, nºs 41-43, e de 16.5.2000, *Preston e.a.*, C-78/98, Colect. I-3201, nºs 55-57; e acórdãos *Francovich*, cit., de 9.11.1983, *San Giorgio*, 199/82, Colect. p. 3595, e de 5.3.1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, C-46/93 e C-48/93, Colect. I-1029, nº 67).

dos particulares aos tribunais da União<sup>3</sup>; (ii) os tribunais nacionais dos Estados-membros são, verdadeiramente, os tribunais comuns de aplicação do direito da UE em todo o território desta, funcionando os “tribunais do Luxemburgo” como órgãos especializados de aplicação daquele direito, encarregados de velar pela sua aplicação uniforme, e o Tribunal de Justiça como o verdadeiro “tribunal constitucional” da ordem jurídica da União.

É da ação deste sistema no seu conjunto, envolvendo os tribunais nacionais e os tribunais da União, que há-de resultar a garantia de uma **proteção judicial efectiva** dos direitos dos particulares, tal como determinam o artigo 19º, nº 1, TUE (Tratado da União Europeia) e o artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

3. É essencialmente pela via do reenvio prejudicial que o TJ tem sido solicitado, pelos tribunais nacionais, a pronunciar-se sobre o nível de protecção dos direitos fundamentais dos particulares na ordem jurídica da União, e em especial sobre o direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

O Presidente Lenaerts falar-vos-á especificamente de um certo número de acórdãos do TJ em que, no contexto das graves ameaças que enfrentam actualmente as nossas sociedades abertas e democráticas e que põem em causa os valores essenciais sobre os quais estas se baseiam, foi necessário estabelecer o justo equilíbrio entre diferentes direitos fundamentais: por um lado, as exigências primordiais de segurança de pessoas e bens, incluindo o próprio direito à vida e à dignidade humana, e, por outro lado, o respeito pela vida privada e o direito à protecção dos dados pessoais.

Todos estes acórdãos resultaram de reenvios prejudiciais de tribunais de diferentes Estados-membros, tribunais com distintas posições na respectiva hierarquia judicial. Ouvireis assim falar de *Digital Rights*<sup>4</sup> (pedidos de decisão prejudicial da High Court irlandesa e do Tribunal Constitucional austríaco), de

---

<sup>3</sup> O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é actualmente constituído pelo Tribunal de Justiça (adiante “TJ”, único competente para responder a questões prejudiciais dos tribunais nacionais) e pelo Tribunal Geral (competente para conhecer, em primeira instância, de certos recursos interpostos pelos Estados-membros ou as instituições da EU, bem como, nas condições definidas no artigo 263º, 4º parágrafo, TFUE, de recursos dos particulares – ver, igualmente, artigo 256º FFUE).

<sup>4</sup> Acórdão de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland e Seitlinger*, C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

*Schrems*<sup>5</sup> (reenvio da High Court da Irlanda), de *Google Spain*<sup>6</sup> (questões prejudiciais da Audiencia Nacional espanhola), de *Volker and Markus Schecke*<sup>7</sup> (reenvio do Tribunal Administrativo de Wiesbaden, na Alemanha).

Nos processos perante os tribunais nacionais foi discutida a interpretação e posta em causa a validade de normas de directivas da União Europeia, relativas, em particular, ao tratamento e à conservação de dados e à protecção da privacidade e da confidencialidade das comunicações, bem como a validade de decisões das instituições europeias para aplicação dessas directivas, ou mesmo de regulamentos em matéria de política agrícola.

Ora, por um lado, como vimos, é ao TJ que compete interpretar, com força vinculativa geral, qualquer norma de direito da União Europeia sobre a qual exista uma dúvida razoável, assim se assegurando a uniformidade da sua aplicação pelos tribunais nacionais.

Por outro lado, de acordo com uma jurisprudência constante desde 1987 (acórdão *Foto-Frost*<sup>8</sup>), só o Tribunal de Justiça pode declarar a invalidade, à luz do Tratado, de uma qualquer norma de direito da UE. Os particulares podem, contudo (nos termos do artigo 277º TFUE), arguir, perante um tribunal nacional, por via de excepção, a inaplicabilidade de uma norma de direito da UE que reputem contrária ao Tratado, mesmo quando não têm legitimidade para impugnar directamente a sua validade perante os tribunais da UE (Tribunal Geral e TJ). Para esse efeito, os tribunais nacionais competentes estão obrigados a remeter ao TJ uma questão prejudicial em apreciação de validade, sendo eles próprios incompetentes para concluir pela invalidade de qualquer norma de direito da UE.

Em especial quando se trate de directivas (ver artigo 288º, 3º parágrafo, TFUE), compete aos Estados-membros assegurar a necessária transposição em direito interno, de maneira a permitir alcançar os resultados pretendidos pelo legislador da União.

Não admira, por isso, que uma segunda geração de casos tenha sido levada – também pela via prejudicial – à consideração do TJ, a fim de que este ajuíze, designadamente, da conformidade com normas ou princípios gerais de direito da

---

<sup>5</sup> Acórdão de 6 de outubro 2015, *Schrems*, C- 362/14, EU:C:2015:650.

<sup>6</sup> Acórdão de 13 de maio de 2014, *Google Spain*, C- 131/12, EU:C:2014:317.

<sup>7</sup> Acórdão de 9 de Novembro de 2010, *Volker und Markus Schecke*, C- 92/09 e C- 93/09, EU:C:2010:662.

<sup>8</sup> Acórdão de 22 de outubro de 1987. *Foto-Frost*, 14/85, Colect. p. 4199.

UE (por exemplo, o princípio da proporcionalidade), bem como com o próprio acórdão *Digital Rights*, das regras adoptadas no plano nacional para transposição das directivas entretanto anuladas por aquele acórdão.

É esse o caso de questões prejudiciais provenientes do Reino Unido e da Suécia (*Tele2 Sverige e Tom Watson e.o.*), que se encontravam em processo de deliberação na altura em que teve lugar o presente Congresso<sup>9</sup>.

Não é de excluir, no entanto, que estas questões possam chegar ao TJ por outras vias processuais, em especial através de pedidos de Parecer do TJ sobre **projectos de acordos internacionais**, nos termos do artigo 218º, nº 11, TFUE. Estes pareceres podem ser solicitados ao TJ por qualquer Estado-membro ou por qualquer uma das três principais instituições políticas da UE (Parlamento Europeu - PE, Conselho, Comissão). Se o Parecer do TJ concluir pela eventual incompatibilidade do projecto de acordo com os tratados, o acordo projectado não pode entrar em vigor, salvo se for alterado ou se se proceder a uma revisão dos tratados.

Neste contexto, está actualmente pendente o pedido de Parecer 1/15, apresentado pelo PE, sobre a transferência e o tratamento de dados dos passageiros de transportes aéreos entre a UE e o Canadá (PNR).

Este procedimento (espécie de apreciação prévia da constitucionalidade de uma norma) é particularmente importante, tendo em vista a conveniência de prevenir, antes da entrada em vigor de um acordo internacional em que a União seja parte, a ocorrência de contestações à sua legalidade já na fase de aplicação do acordo e início de execução, com as consequentes perturbações no normal desenvolvimento das relações internacionais.

4. As considerações que precedem levam-me a esclarecer um outro ponto, que tem que ver com a questão mais geral da **protecção dos direitos fundamentais** na ordem jurídica da União, anteriormente designada ordem jurídica comunitária.

Pode dizer-se que esta questão começou por não ser tema de apreciação jurisdicional. A Comunidade Europeia não dispôs, durante muitos anos, de um

---

<sup>9</sup> Posteriormente ao Congresso, foi proferido o acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Tele2 Sverige e Tom Watson*, C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970.

catálogo escrito de direitos fundamentais, o que não é surpreendente, uma vez que, na sua primeira fase de construção e desenvolvimento, se tratava essencialmente de um esquema de integração baseado em “meras” liberdades de carácter económico e comercial. Por isso, só após alguns anos a jurisprudência foi confrontada com a questão dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária.

Invocada, no final dos anos 1950 e na primeira metade dos anos 1960, perante um alto tribunal alemão e um alto tribunal italiano, a incompatibilidade de certas normas do chamado “direito derivado” da Comunidade com princípios e direitos fundamentais consagrados nas constituições desses países, o TJ começou por não se considerar competente para se pronunciar sobre tal questão.

Foram, curiosamente, a insistência e a pressão dos tribunais constitucionais alemão e italiano – recorde-se a famosa jurisprudência “*Solange*”, do *Bundesverfassungsgericht* – que levaram o TJ a inflectir o rumo e a abrir o caminho para uma jurisprudência de grande alcance e extremamente avançada para a protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE.

Para o efeito, apoiando-se na consideração de que os direitos humanos fundamentais faziam parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário, que a ele competia proteger, o TJ inspirou-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e nas orientações fornecidas pelos tratados internacionais de protecção dos direitos humanos, que os Estados-membros assinaram ou em cuja elaboração colaboraram, em especial a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e da Liberdades Fundamentais (CEDH), para ir definindo, paulatinamente, um catálogo não formal de direitos fundamentais que foi impondo na sua jurisprudência<sup>10</sup>.

A evolução neste sentido culminou com a proclamação, pelas três instituições políticas (Parlamento Europeu - PE, Conselho, Comissão), por ocasião do Conselho Europeu de Nice, de dezembro de 2000, de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual foi retomada (com alguns ajustamentos), em dezembro

---

<sup>10</sup> Sobre a evolução jurisprudencial que conduziu ao reconhecimento dos direitos humanos fundamentais na ordem jurídica comunitária, ver J. L. da Cruz Vilaça, “A proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, *Studia Iuridica* 61, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2001, p. 415.

de 2007 e à qual foi conferido, na altura do Tratado de Lisboa, pelo artigo 6º TUE, “o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

É, em síntese, o respeito por direitos hoje em dia consagrados na Carta que está em causa, direta ou indiretamente, na jurisprudência à qual se referirá o Presidente Lenaerts.

Lembrem-se, em particular, os direitos consagrados nos artigos 1º (Dignidade do ser humano), 2º (Direito à vida), 3º (Direito à integridade do ser humano), 4º (Proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes), 6º (Direito à liberdade e à segurança), 7º (Respeito pela vida privada e familiar) e 8º (Protecção de dados pessoais), todos da Carta Europeia.

Convém ainda sublinhar, neste contexto, a importância dos preceitos finais da Carta que regem a interpretação e a aplicação desta.

Assim, o artigo 51º, nº 1, esclarece que as disposições da Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, bem como os Estados-membros, mas estes apenas quando apliquem o direito da União. Na mesma linha, o nº 2 do mesmo artigo 51º sublinha que a Carta não alarga o direito da União para além das competências desta e também não cria para esta, nem modifica, quaisquer atribuições ou competências.

Quer isto dizer que, em se tratando de atos dos Estados-membros, as disposições da Carta e os direitos nela consagrados só são aplicáveis quando a situação controvertida seja abrangida pelo âmbito de aplicação de outras disposições materiais do direito da UE.

Se assim é, questões prejudiciais como as que foram já remetidas ao TJ por tribunais britânicos e suecos sobre a compatibilidade de normas internas com a Carta (às quais já me referi) caem, em princípio, na competência interpretativa do TJ.

5. Para terminar, gostaria de insistir num ponto: a “jurisprudência direitos fundamentais” do TJ constituiu, para além de uma antecipação da Carta Europeia, uma etapa decisiva no processo de “constitucionalização” dos tratados, promovido, passo a passo, pelo TJ, na ausência de uma Constituição em sentido formal e na falta, até à data, da expressão de um poder constituinte autónomo, no

plano europeu, gorada que foi, em 2005, a tentativa de adoção do “Tratado que instituía uma Constituição para a Europa”.

O Tratado de Lisboa trouxe também uma outra novidade importante quanto à tutela jurídica dos direitos fundamentais na UE, ao prever, no artigo 6º, nº 2, TUE, que a União adere à CEDH. Por essa via, a CEDH passaria a fazer parte integrante do direito da UE e se instituiria um controlo externo do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH, de Estrasburgo, sobre as instituições da União quanto à aplicação da Convenção.

Abertas em 2010 as negociações para celebração de um acordo de adesão entre a UE e o Conselho da Europa, estas culminaram, em abril de 2013, num projeto de acordo de adesão. A fim de garantir a segurança jurídica numa matéria tão delicada, a Comissão solicitou ao TJ, ao abrigo do artigo 218º TFUE, que se pronunciasse sobre a questão de saber se o referido projeto era compatível com os Tratados.

Pelo Parecer 2/13, o TJ concluiu que, tendo em conta os vários problemas que identificou, o projeto, tal como estava redigido, não era compatível com o artigo 6º, nº 2, TUE nem com o Protocolo nº 8, anexo ao Tratado e relativo às condições a respeitar nesta adesão.

Foi, basicamente, em nome da necessidade de preservar a especificidade e a autonomia da ordem jurídica da União e do sistema jurisdicional instituído pelos Tratados que o TJ assim se pronunciou. E não é para admirar, dada a dificuldade da operação: a Convenção Europeia foi concebida como um instrumento de direito internacional destinado a vincular Partes Contratantes que eram, na sua totalidade, Estados internacionalmente soberanos.

Ora o projeto de acordo de adesão foi estruturado sem ter suficientemente em conta a realidade de que a União não é um Estado, antes constituindo um *tertium genus*, caracterizado por uma complexidade institucional que a distingue dos Estados que a compõem e das organizações internacionais de que possa vir a fazer parte (no caso, a CEDH, adotada no quadro do Conselho da Europa), juntamente com os seus Estados-membros.

O TJ não fechou, porém, ao contrário do que alguns pensavam, definitivamente a porta a uma adesão. Pelo contrário, deixou, no seu Parecer, orientações claras para revisão futura do projeto.

Em todo o caso, não é por isso que, neste ínterim, o nível de proteção dos direitos fundamentais na UE é minimamente afectado. Por um lado, o artigo 52º, nº 3, da Carta estipula que, na medida em que esta contenha direitos correspondentes aos que são garantidos pela CEDH, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção, sem que isso impeça o direito da União de conferir uma protecção mais ampla. Por outro lado, artigo 53º (sob a epígrafe “Nível de protecção”) estabelece que a Carta deve ser interpretada no sentido de que nenhuma das suas disposições pode restringir ou lesar os direitos humanos e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da UE, o direito internacional e as Convenções de que são partes a União ou todos os seus Estados-membros, nomeadamente a CEDH, bem como pelas constituições dos Estados-membros.

No fundo, o que está em causa é a dificuldade de organizar, em todas as suas dimensões, um sistema polimórfico, *multilevel*, em que convergem, ao menos, três ordens distintas mas mutuamente permeáveis de protecção dos direitos fundamentais: a União Europeia, com a sua Carta; o Conselho da Europa, com a CEDH; e os Estados-membros da UE, com os respectivos catálogos constitucionais de direitos fundamentais.

Mais delicado o exercício se torna perante o imperativo de respeitar, em qualquer caso, a **identidade constitucional fundamental** de cada parte constitutiva deste conjunto complexo.

Mas essa é a tarefa do TJ, enquanto Tribunal Constitucional da União Europeia, como bem o ilustrará, no domínio da protecção dos dados pessoais, a exposição do Presidente Koen Lenaerts.

## TRANSMISSÃO DE DADOS E DEMAIS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES

---

**Juarez Quadros**

Se olharmos a Constituição Federal de 1988, nota-se que o Artigo 21 dizia, do que competia a União, no Inciso XI: “explorar diretamente ou mediante concessão a empresa sob controle estatal.....”, para explorar os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidade de direito privado via a rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Em 1995, por meio da Emenda Constitucional de número 8, esse artigo foi modificado no seu Inciso XI, para: “explorar diretamente ou mediante autorização, concessão, ou permissão, os serviços de telecomunicações nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Então, surge a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) e a Anatel.

A LGT Artigo 60 parágrafo 1º define o que é serviço de telecomunicações quando diz: “telecomunicações é a transmissão, emissão, ou recepção por fio, radio eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético de símbolos, caracteres, sinais, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”. Em seguida, a Lei dispõe sobre o que é serviço de valor adicionado justamente no Artigo 61: “serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

Ainda no parágrafo 1º, também é disposto que o serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço que lhe dá suporte com os direitos e deveres inerentes a essa condição. No parágrafo 2º é assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para a prestação de serviço de valor adicionado, cabendo à Agência

assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como, o relacionamento entre as prestadoras de serviços de telecomunicações.

A lei de 1997 foi uma boa solução para as questões presentes até a década passada, quanto à ordem institucional, econômica e tecnológica, ocasião em que não havia nenhum acesso banda larga.

Em 1997 havia 17 milhões de telefonia fixa e quase 5 milhões de acessos de telefonia celular, como já dito. A Lei foi uma boa solução para as questões presentes até aquela década passada, mas o crescimento da internet em um ritmo cada vez mais acelerado, gerou, gera e vai gerar ainda mais o que está em destaque no mundo todo, que é essa desrupção econômica, via, justamente, a transformação tecnológica que impacta toda a estrutura tanto legal, quanto a regulatória. Tanto que, em agosto de 2016, o que se tem no Brasil: 42 milhões de acessos de telefonia fixa (serviço que está diminuindo ano a ano). No celular em 1997 tínhamos 4,6 milhões de acessos, agora, em agosto de 2016 estamos com 252 milhões e a banda larga com 222 milhões, considerando-se acessos com a rede fixa, e os acessos com telefonia celular. E lá vem facebook, yahoo, twitter e tudo mais, tudo suportado justamente por esses acessos. É importante notarem que a inovação tecnológica causa forte impacto em todas as estruturas legais e regulatórias, não só no Brasil.

É notado no mundo inteiro que a inovação regulatória está a reboque da inovação tecnológica. O FCC nos Estados Unidos (agência reguladora desde 1942), enfrenta o mesmo problema. A Comunidade Europeia junta seus órgãos reguladores para tratar dessas questões. Então, chegamos a um ecossistema digital, com uma convergência tecnológica total. Esse ecossistema digital ou mundo digital, chega à condição de uso dos aplicativos via internet. Então, usando a teoria dos conjuntos da matemática, temos o conjunto das telcos e o conjunto das OTT's (over-the-top). A OTT, no caso mencionado está dentro da região de intercessão dos dois conjuntos, seja, tanto de telcos, quanto de OTT's. Enquanto isso, os governos não arrecadam tributos, porque esse serviço não é regulado. Os provedores de conteúdo não estão sendo remunerados no uso dos conteúdos que acabam sendo utilizados. Os detentores de rede também não são remunerados pelo uso das redes e o judiciário não está sendo obedecido nas suas solicitações. Mas há um

destaque, o usuário está muito satisfeito, porque ele pode usar essa facilidade, reduzindo a sua despesa com o uso de serviços de telecomunicações ou até mesmo de internet.

Como regular OTT não é fácil, todos os países onde o fato está acontecendo, ninguém está conseguindo. Estão todos analisando para ver o que realmente precisaria ser feito. Estamos diante de novas fronteiras, não é uma só fronteira, são muitas fronteiras para tratar de como regular esse ambiente de ampla competição. O que reclamam os setores dentro do conceito do “level playing field”? Eles entendem que o jogo está em uma plataforma inclinada e eles pedem que fique pelo menos na horizontal para todos, ante as assimetrias ou simetrias que são necessárias nos ambientes de regulação.

Há uma série de variáveis a serem consideradas, os efeitos estáticos e dinâmicos sobre a competição decorrente da aplicação de obrigações. Como redefinir essa fronteira regulatória? No contexto atual, como regular o limite quanto a interface ou a relação entre os atores e provedores de infraestrutura de redes e telecomunicações e os agentes OTT's?. O entendimento segundo o Artigo 61 no seu parágrafo 2º da LGT é que não tem como regular, permitir ou facilitar que a rede seja usada por esses detentores de aplicativos. Então, como desenhar de forma inovadora a assimetria regulatória? Como aumentar a regulamentação dos serviços emergentes ou diminuir a regulamentação dos serviços tradicionais? Não há resposta no momento. Ainda falando da regulação, da modulação da atividade regulatória, há que ser garantida toda uma sequência de quanto ter ou não ter heterogeneidade da infraestrutura, de grau de competição no Brasil, principalmente por ser um país continental.

Como fazer tudo isso sem observar as particularidades geográficas que requerem uma abordagem regulatória diferenciada? Como no Brasil tratar a questão da previsibilidade?. Como considerar que essas inovações devam ocorrer em todas as camadas?. E para resumir, o que se vê é que as aplicações sobre a rede são muitas, de toda a ordem e serão muito mais.

Como essa receita não é sentida pelos detentores de redes, pelos provedores de conteúdos, e pelos Estados, há necessidade de investimento em infraestrutura do setor de Telecom, que são os detentores de rede, para poder dispor de rede compatível para o

tráfego, porque está diminuindo o tráfego de voz na telefonia fixa quanto na celular, mas existe a necessidade de rede em função do tráfego demandado pelo uso desses aplicativos. Essa demanda cresce e com riscos, inclusive, de não atender o tráfego gerado. Então, há necessidade de investimentos, seja em fibras ótica, seja em satélites e toda a infraestrutura que permita dar vasão a esse tráfego. Em função de ter que investir e não ter receita, há uma queda na taxa de retorno do investimento e todos reclamam.

Entendo que há necessidade de ver tudo o que está acontecendo. Não é algo só nosso, é um momento mundial em função da tecnologia que passa por muita inovação a toda hora, não é nem a todo dia, ou a todo mês, ou a todo ano.

Obrigado!

## ECONOMIA DIGITAL

---

**Luiz Alberto Gurgel de Faria<sup>11</sup>**

Bem, eu gostaria de, nas minhas palavras iniciais, agradecer o convite que me foi feito pelo Ministro Gilmar para participar deste evento e falar de um tema tão relevante, que é o pertinente à economia digital. Mas eu não poderia, também, deixar de registrar a satisfação de estar participando de uma banca com pessoas tão seletas e tão especializadas na área sobre a qual nós vamos falar. O nosso Professor Everardo Maciel, que revolucionou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a Dra. Caroline, da OCDE, que é um organismo que estuda por demais a questão da economia digital e os seus reflexos em todos os países, o Dr. Jorge Rachid, que volta a emprestar a sua inteligência para a Receita Federal, dirigindo tão bem esse órgão que é importantíssimo para a nossa nação, e o Dr. Gustavo, subchefe de assuntos jurídicos da Casa Civil, que está presidindo esta Mesa. Eu gostaria de pedir licença a todos os integrantes da mesa para lembrar uma rápida fala de um mestre para todos nós, brasileiros, e especialmente para nós, nordestinos, Professor Everardo Maciel, que é o Ariano Suassuna. Esta fala do Ariano Suassuna talvez muitos aqui já conheçam, mas eu gosto de lembrar que, diante da composição desta Mesa, ela me veio à mente, obviamente no sentido reverso que depois eu irei revelar, mas ela me veio à mente. O Professor Ariano, em uma das suas aulas espetáculo, chegou e disse: “Olha, existe uma história de que, quando você vai falar mal de uma pessoa, você tem que falar pela frente, para que aquela pessoa saiba. Isso é uma falta de educação: você falar mal de uma pessoa na frente dela. Você não pode falar mal da

---

<sup>11</sup>Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Foi Juiz do Trabalho no Rio Grande do Norte (1993), Juiz Federal (1993/2000), Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região (2000/2014), no qual foi seu Diretor da Escola de Magistratura (biênio 2003/2005), Corregedor (biênio 2005/2007) e Presidente (biênio 2009/2011), além de ter sido Desembargador do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (biênio 2011/2013). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Tributário na UFRN, atualmente em colaboração técnica com a Universidade de Brasília (UnB). Foi Professor Visitante dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE, como também nos cursos de especialização em Direito Tributário e Direito Administrativo daquela instituição de ensino. Foi professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte — ESMARN. Autor de vários artigos e livros jurídicos, havendo proferido diversas palestras em seminários e congressos. É membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte (ALEJURN) e do Instituto Potiguar de Direito Tributário (IPDT).

pessoa na frente dela; você tem que falar, na verdade, por trás. Então, não fale mal dessa pessoa na frente, fale, efetivamente, por trás; mas, quando é um elogio, a gente tem que fazer pela frente.”. Como eu já tive oportunidade de, no caso, fazer aqui a todos os integrantes da mesa, queria pedir licença a todos para fazer um especial ao Professor Everardo Maciel. Professor Everardo Maciel é de Pesqueira, no Estado de Pernambuco, que é o meu Estado de nascimento, embora eu seja potiguar de coração e pelas raízes. E o Professor Everardo, muito jovem, foi Secretário da Fazenda. Imaginem um desafio desse! Depois passou por vários órgãos aqui em Brasília, inclusive pela Secretaria de Fazenda do Distrito Federal e também pela Secretaria da Receita Federal. Hoje, empresta o seu saber não só ao Instituto de Direito Público e atua como consultor de Direito Tributário. E, antes de começar – sei que o tempo é curto, mas eu não poderia deixar de falar outra coisa que me veio à memória, Professor Everardo. Era uma inauguração no interior do meu Estado do Rio Grande do Norte e o Senador Dinarte Mariz, que é meu tio-avô, estava presente. Era em Jucurutu, no sertão do meu Estado. Dinarte foi um grande agropecuarista, comerciante, empresário, e era daquele tempo em que, primeiro, a pessoa enriquecia, para, depois, ir para a política, e assim aconteceu com ele. Então, ele depois foi Governador e, após, Senador. Nessa inauguração, o promotor estava fazendo um discurso e disse: “Olha Dinarte ... elogiou, trouxe o currículo dele, que, efetivamente, para um homem do campo, era um currículo belíssimo, mas só tinha o curso secundário, e, ao final, ele chegou e disse: imagine se esse homem tivesse o curso de Direito? O que ele seria?” Dinarte atalhou o discurso e disse: “Seria Promotor de Justiça em Jucurutu.” Quer dizer, sem querer diminuir o Ministério Público, mas ele deu toda uma magnitude. Já com relação ao Professor Everardo Maciel, o que a gente diria? Senhor Professor, se ele tivesse o curso de Direito, ele seria o professor de todos nós, do Direito Tributário, seria o consultor de Direito Tributário que é tão famoso e que nos empresta tanto saber. Mas, bem, vamos ao tema da economia digital. Eu gostaria de dizer aos senhores que esse tema é muito relacionado à questão do Direito Tributário Internacional. Então, por óbvio, nós vamos tratar dessa questão, mas eu gostaria de falar um pouco da economia digital do nosso dia a dia, a economia digital um pouco no âmbito, digamos assim, do nosso Direito Tributário Doméstico, para, só então, falar da parte da tributação internacional. E eu começo destacando que a nossa palestra, a nossa exposição será a respeito da economia digital, só que nós não estamos tão só no âmbito de uma economia digital, nós estamos, na verdade, no mundo digital. Hoje a gente não consegue mais viver sem estar ligado nos nossos

*Smartphones*, nos nossos Ipads, nos nossos computadores. Em qualquer lugar a que nós chegamos e que não tem internet, a gente já fica ali, na verdade, com um verdadeiro pavor, com uma verdadeira preocupação, porque isso passou a ser quase como a necessidade de água, de energia elétrica. Então, há uma efetiva necessidade de nós termos esse contato com o mundo digital. Apenas para exemplificar o que é isso, eu gosto de trazer uma foto que retrata que daqui a pouco os bebês, no ventre, já vão estar, de alguma forma, tendo um contato com o mundo digital; porque essa foto simboliza bem qual é a realidade que nós estamos vivendo. Todos, a partir da infância, mesmo ali, ainda bebês, começam a ter contato seja com telefones celulares, seja com *Ipad*, seja com computadores. Então, essa é uma realidade que, às vezes, como educadores, como pais, como professores, preocupados, mas está aí, e nós não podemos fugir dela. Então, no que diz respeito ao mundo tributário, ao sistema tributário, nós não podemos também fugir disso. Então, os países têm que se preparar para ser tal realidade, o mundo tem que se preparar para ser essa realidade, porque, com a globalização e com a força que a internet trouxe para essa realidade digital, nós não temos como fugir dela. E eu entro, como eu gostaria de mencionar, para a relevância da economia digital no ambiente doméstico, sem ainda falar da parte especificamente do Direito Tributário Internacional. Vejam os senhores como o comércio eletrônico vem ganhando força a cada ano. A gente teve, no ano de 2011, 18,7 bilhões de vendas através do chamado comércio eletrônico e, no ano passado, 41,3 bilhões, com a projeção de ter, neste ano, em face das dificuldades que todos nós sabemos, um aumento relativamente pequeno de 8%, mas passando a ter 44,6 bilhões de reais em transações através do comércio eletrônico. É, efetivamente, um mundo digital se transpondo para o mundo real. Nós temos, então, as pessoas fazendo cada vez mais aquisições sem que precisem sair das suas casas, fazendo essas compras de forma direta através dos seus *Smartphones*, dos seus computadores, dos seus *tablets*; fazendo compras dos mais diversos bens – livros, passagens aéreas, televisões, eletrodomésticos, de uma maneira geral – sem sair de casa, e com um detalhe: muitas vezes, com preços bem melhores do que se nós formos comprar no mundo real, numa loja. Inclusive, abrindo uma janela, quem quiser fazer alguma compra em uma loja (em termos físicos), primeiro faça uma pesquisa na internet, veja qual o preço daquele produto (na internet), imprima e leve para uma loja. É uma dica que eu dou, porque, na realidade, isso eu já fiz várias vezes e sempre consigo um desconto, porque na internet, geralmente, está mais barato. Chega ao ponto de, por exemplo, livro, na Saraiva – não estou fazendo propaganda aqui de nenhuma

loja Saraiva, Cultura, enfim, qualquer uma que seja – a gente vai e procura, e geralmente está mais barato do que se a gente for diretamente às livrarias; só que livraria tem, digamos assim, aquele prazer de você ir lá, de tocar o livro, de estar vivenciando aquele mundo. Então, eu não consigo fazer a compra através da internet, e continuo indo, mas, quanto a vários outros produtos, efetivamente é muito mais fácil você comprar no mundo digital (através da internet). Em razão disso, qual foi o reflexo para o Direito Tributário, o que aconteceu? Todos nós sabemos que, na Constituição, pela redação originária, os Estados de destino só receberiam uma parcela do ICMS se quem estivesse comprando fosse também contribuinte. Para deixar mais claro, vamos imaginar uma determinada loja no Rio Grande do Norte que fosse vender uma camisa da Lacoste – não estou fazendo propaganda nenhuma, mas apenas me lembrando de uma marca, como Brooksfield, Richard, qualquer marca dessas. Então, a loja, na hora em que ela comprava da sede – vamos imaginar que fosse em São Paulo e, sendo ela contribuinte do ICMS, quando ela fosse vender, o Rio Grande do Norte ficaria com uma parcela do ICMS. Por quê? Porque quem estava comprando para revender era contribuinte desse tributo. Então, a operação dava direito a uma parcela do tributo também para o Estado destinatário, o Estado onde aquele produto ia ser consumido; afinal de contas, a gênese, a ideia do ICMS é ser um imposto sobre o consumo, motivo pelo qual o Estado onde ele seria consumido iria também ele receber uma parcela. Só que o comércio eletrônico mudou essa realidade. Quem estava comprando não era contribuinte do ICMS, mas pessoas físicas. Então, como elas não eram contribuintes, o Estado destinatário não estava recebendo nada de tributação, e isso estava gerando uma insatisfação muito grande, porque o comércio eletrônico estava aumentando – como eu já comentei aqui com vocês – e os Estados destinatários não recebiam nada. O que é que os Estados fizeram? Fizeram um protocolo, no ano de 2011, subscrito por todos os Estados do Nordeste, prevendo que, mesmo que o consumidor não fosse contribuinte do ICMS, o Estado destinatário teria direito a uma parcela da tributação. Vejam só! Isso violando totalmente a nossa Constituição! Quer dizer, os Estados pensaram que poderiam resolver o problema fazendo um convênio, um simples protocolo e tangenciado uma regra clara, precisa da nossa Constituição. Qual foi o resultado? No ano de 2014, uma vez provocado, o Supremo Tribunal Federal não poderia fazer outra coisa que não dizer que, na realidade, essa disposição, esse protocolo que foi assinado é inconstitucional. Não se pode mudar a Constituição através de qualquer outro ato normativo, muito menos um protocolo subscrito pelos secretários da Fazenda,

por mais respeitabilidade que eles tenham, por óbvio. Então, houve a declaração de inconstitucionalidade, no ano de 2014, após o que os Estados fizeram o correto. Todos nós conhecemos a Emenda Constitucional 87, que trouxe a previsão de que, quando a mercadoria fosse vendida também para não contribuinte, os Estados de destino da mercadoria ficariam com uma parcela da tributação, e até para que, digamos assim, os Estados de origem pudessem ir se organizando quanto as suas receitas. A regra é essa, mas foi previsto que isso fosse escalonado até o ano de 2019. Então, os Estados de destino ficarão com a diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna – 100% apenas no ano de 2019, mas eles já começaram a receber uma parcela, de forma progressiva. Isso, na minha visão, Dr. Rachid e Professor Everardo, que lidam mais com o dia a dia dessa situação, está correto, já que se trata, no caso, de um imposto de consumo. Então, o Estado de destino precisava ter uma parcela a respeito disso. E essa modificação na Constituição foi necessária em face do mundo digital, da economia digital. O direito tributário precisa se readequar a essa realidade, e foi preciso uma norma constitucional ser alterada, via emenda, para que o mundo tributário se adequasse ao mundo digital, à nova realidade que estava surgindo. Vamos a um segundo exemplo muito simples e que começa exatamente na internet, que deu origem a toda essa discussão acerca da economia digital. Vejam que uma decisão do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2005 disse que os provedores de acesso à internet exercem atividade que não está sujeita ao ICMS, porque os Estados queriam cobrar o ICMS. E eu disse não, porque aqui, na verdade, não se constitui serviço de telecomunicação, mas um serviço agregado, que, como tal, não está dentro das hipóteses de incidência do ICMS. Pode ser ISS, mas ainda não está previsto na lei dos serviços, não está incluído no anexo da lista de serviços. Então, diante desse fato, não se cobra ICMS nem ISS. Vejam: uma decisão em 2005 e, 10 anos depois, em 2015, ainda não havia cobrança do ISS no que diz respeito aos provedores de acesso à internet, porque não havia lei. Por que eu estou chamando atenção para isso? – já estou recebendo advertência do Dr. Gustavo, que, de forma bem discreta, levantou os dois dedos, como se tivesse dando paz para mim, mas eu já sei que é tempo. Ele está se vingando muito bem, mas vamos lá! – Porque o sistema tributário precisa ser mais célere, para se adequar a essa realidade da economia digital, do mundo digital (eu vou falar um pouco depois sobre isso). É bem verdade que há uma previsão de passar a haver tal tributação, mas o tema está de volta ao Senado. Mas vejam que em 2005 houve uma decisão do STJ, e 11 anos depois ainda não existiu essa realidade, de forma que os provedores de acesso à internet

ainda não pagam nem o ICMS, que, na verdade, não caberia, nem o ISS. E o que eu trago de novidade no que diz respeito à economia digital, à parte da tributação que interessa para todos nós? A quantidade de *startups* e de aplicativos que estão surgindo e tendo sucesso, de modo que, no tocante à tributação, é preciso haver uma adequação. Vejamos o exemplo do Uber. São Paulo criou uma determinada cobrança de uma outorga no que diz respeito ao número de quilômetros rodados. Está certo? Mas quanto ao Uber não há, no caso, ainda, uma cobrança no que diz respeito a imposto sobre serviço, especificamente no âmbito do município. Há uma discussão quanto a isso, mas é uma realidade. Temos também o *Airbnb*. Agora o Brasil está preocupado com essa situação; os hotéis estão reclamando. É uma novidade – vejam só, essas novidades são sempre boas para nós consumidores, e eu não estou querendo desmerecer-las, de maneira alguma, pois são importantes e que, cada vez mais, nós tenhamos gente no mercado que venha a oferecer bons serviços –, mas o sistema tributário precisa ir se adequando a essa realidade. Então, tudo bem que não está lá na lei dos serviços a parte de locação de imóveis, mas, na hora em que há um agenciamento e aquele imóvel é colocado para hospedar pessoas, qual é a realidade dessa situação? Como é que o Direito Tributário vai enfrentar essa questão? Já há discussão no Brasil, envolvendo inclusive os países do Mercosul, no tocante a uma eventual tributação no que diz respeito ao *Airbnb*. *Spotify*, que eu tenho e adoro. No caso, você tem, no seu celular, *Ipad*, computador, um serviço de músicas, e o que o *Spotify* está pagando em termos de tributação? – e eu já vou mostrar a minha conta, uma conta que tenho a respeito disso (pelo tempo). Eu também tenho *Netflix* e pago um valor, e quanto é que ele está pagando de tributação? Há ensejo para o ISS? Já respondo que, quanto ao *Spotify* e ao *Netflix*, por enquanto, não, mas na nova lei que está modificando os serviços, sim, vai haver uma tributação. O *iCloud* é um serviço da *Apple*, que todos nós conhecemos, para que a gente possa colocar determinados dados nossos nas nuvens, sejam fotos, contatos e muitos outros dados. Quando a gente paga a *Apple*, qual é a tributação que está havendo sobre isso? Sem falar em outras novidades que certamente virão. Eu trago aqui o exemplo de uma conta da *Net*, que é a TV por assinatura, e vejam que aqui é uma conta agora de outubro. Um valor altíssimo (realmente, a conta de TV é cara), e ali há COFINS, 3%, mas qual é o valor? ICMS 28%, e qual é o valor? PIS, 0,65%, qual o valor? E eu vou trazer aqui uma conta do cartão de crédito – não coloquei meus dados do cartão, em respeito ao sigilo deles, mas são valores reais. Está certo? Olha a minha conta do *Spotify*. O que aparece? Brasil, 22,35 reais. Não sei o que está sendo pago em termos de tributo, quanto é que está

sendo pago, mas pelo menos o *Spotify* abriu alguma coisa no Brasil. E quanto à *Apple*, quando eu pago o que eu compro na *Apple Store*? Aqui, por exemplo, é a minha conta mesmo, e eu só coloquei um dado. Conta mensal, baratinha, relativo ao *iCloud* é 1 dólar só, 0,99 centavos de dólar. Muito barato, mas onde é que isso está sendo tributado? Apareceu CA como país, e eu imagino que seja o Canadá, mas fiquei na dúvida se não seria uma sigla do Estado da Califórnia, que é a sede da *Apple*. Você diz: mas é 1 dólar! Mas imagine quantas pessoas não pagam para ter o *iCloud*! Será que o país está recebendo alguma coisa da *Apple* no que diz respeito a isso? Confesso, Dr. Rachid, talvez o senhor possa me responder, mas acredito que não. Bem, temos também o *Netflix* e o *Uber*. Fui a São Paulo – aliás, não precisamos ir a São Paulo, já que, no dia em que a gente quer tomar um bom vinho, a gente não quer dirigir, e a melhor alternativa é realmente usar o *Uber*. Então por duas corridas que eu fiz em São Paulo paguei determinados valores. Qual é a tributação que está acontecendo? Uma coisa positiva, no que diz respeito a essas empresas, é que, efetivamente, pelo que eu vi da fatura, elas têm alguma sede aqui no Brasil, mas, com relação à *Apple*, que eu sei que tem também, tudo o que eu faço de compra aqui no Brasil (com relação aos *Apps*) sempre vem como compra no exterior. Será que está havendo alguma tributação para cá? Bem, a resposta fica de sugestão de tema para debate. E para a gente poder – veja que o magistrado tem uma vantagem, porque o advogado já teria tido a palavra cortada, mas, bem, vamos aqui correr, pois só faltam 3 rápidos slides – apenas para dar a notícia que, com relação à lei da reforma do ISS, que, a qualquer momento, vai passar no Senado, porque foi aprovada lá, foi para a Câmara e agora já voltou para o Senado –, no que diz respeito ao *Netflix* e ao *Spotify*, passará a haver o pagamento do ISS, porque são especificamente conteúdos de áudio e de vídeo. Outro tema que eu não quis explorar – porque sabia que só teria 20 minutos e teria um presidente muito exigente para controlar o tempo –, mas eu entro no tópico até para, digamos assim, “levantar a bola” para os outros ilustres palestrantes que me seguirão, é o alusivo a uma preocupação da OCDE – a Dra. Caroline certamente irá abordar isso. A economia digital traz uma preocupação, qual seja, onde é que aquele valor, efetivamente, vem a ser agregado para ser tributado? Qual é a jurisdição sobre a qual aquele valor vai ser tributado? Dentro desses tópicos eu procurei centrar muito a questão sob o aspecto doméstico, mas eu coloco para vocês, por exemplo, o *iCloud* ou qualquer outra coisa que eu compre no âmbito da *Apple*, através da *Apple Store*. Eu me recordo, só para dar um rápido exemplo, que cheguei a ser assinante do *Spotify*, comprando na *Apple Store*, e a minha assinatura era, na

época, quando eu fazia pela *Apple*, 36 reais, porque era para 4 pessoas; e a mesma assinatura, quando eu fiz direto com o *Spotify*, era 22 reais; quer dizer, um decréscimo muito grande. Imaginem o lucro que a *Apple* estava tendo em face disso! E o detalhe: quando era pela *Apple*, vinha desse jeito, como se fosse CA, que eu não sei de onde era, em dólar, 5,99 dólares. Então, na verdade, vinha sempre lá o valor como se eu tivesse feito a compra no exterior, quando eu estava aqui, tinha feito o contrato por aqui. Então, valores efetivamente bem mais caros, e não é à toa que, a respeito desse tema, nós tivemos uma decisão recente da Comissão Europeia dizendo que vantagens que haviam sido concedidas à *Apple*, na Irlanda, tinham sido concedidas de forma ilegal, violando normas da União Europeia, de maneira que a *Apple* teria que devolver para a Irlanda benefícios em torno de 13 bilhões de euros. Vejam só! Não é de reais! 13 bi de euros! Então, valores efetivamente altos, o que demonstra essa importância de a gente estar aqui em seminários como esse debatendo a questão da economia digital, erosão da base tributária e como os países vão se relacionar e cuidar desse tema tão relevante. Então, agradecendo a paciência de todos, inclusive, do nosso presidente, eu concluo!

## SEGURANÇA PÚBLICA VIGILÂNCIA E EXERCÍCIO DE LIBERDADES NO AMBIENTE DIGITAL

---

**Manoel Gonçalves Ferreira Filho\***

\*Professor emérito de direito Constitucional da faculdade de direito da universidade de São Paulo Doutor honoris causa da universidade de Lisboa-Portugal e Doutor em direito pela universidade paris um Sorbonne.

### **Introdução**

1. O mundo contemporâneo vive no "ambiente digital". O impacto da novíssima tecnologia é profundo e se reflete nas mais diversas esferas da vida humana. Com efeito, tudo o que depende de comunicação entre indivíduos e/ou grupos tende a passar ou se fazer, hoje, por ela. Entretanto, sendo recentíssima, ainda não foi essa "revolução na comunicação" causada pela *internet* devidamente assimilada, nem clara, expressa e completamente regulada pelo direito positivo. Isto também no Brasil.

Ora, do ângulo da expressão ou da comunicação do pensamento, a *internet* é um novo meio, como já o foi a palavra imprensa - o livro, depois o jornal, desde Guttenberg; já na primeira metade do século passado a radiodifusão; na segunda, a televisão; agora neste século, ela, a *internet*. A propósito dos velhos meios, o constituinte, o legislador, os juristas já definiram princípios gerais, que se desdobram em preceitos de justiça e sabedoria. Não é impróprio consequentemente recordar essas normas como substrato de um disciplinamento específico do novo meio.

Este trabalho, por essa razão, parte da disciplina da expressão ou comunicação do pensamento tal qual estabelece a Constituição brasileira, visando extrair daí princípios que informem o tratamento do meio digital. Igualmente aborda sumariamente a regulação já existente quanto a essa matéria.

Preocupa-se, como lhe determina o tema, com a problemática da segurança pública em face do mundo digital, inclusive com a presente e constante ameaça que é o terrorismo.

Não tem a pretensão de abordar senão de modo superficial um tema de atualidade, que - ouso dizer - não é ainda examinado a fundo pelo mundo jurídico. Visa, sobretudo, a chamar atenção para essa questão.

### **I. A expressão do pensamento no quadro dos direitos fundamentais.**

2. É pacífico ser a liberdade a principal fonte dos direitos fundamentais. É para reconhecê-la que as Declarações de Direitos se fizeram e se fazem, pois a igualdade é a igualdade da liberdade e os direitos sociais são condições da liberdade pessoal. A liberdade tem inúmeras projeções, reconhecidas pela filosofia, pela história, que se especificam em direitos de liberdade, como os relativos à comunicação entre os indivíduos. Pode-se dizer, por isso, que as Declarações consagram "famílias" de direitos fundamentais, famílias que crescem à medida em que as situações históricas as põem à vista e levam à sua consagração especial.

Na verdade, esta ideia já se entremostra no direito positivo, como é o caso do art. 5º, *caput* da Constituição brasileira. Neste, arrolam-se cinco direitos - vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade - cujas projeções são especificadas nos incisos desse artigo e noutras disposições da Carta Magna. Cada um deles tem assim os seus desdobramentos, a sua "família".

#### **A) A família dos direitos de liberdade do pensamento.**

3. A mais profunda raiz desta "família" é a liberdade da razão humana. Esta, no foro íntimo, é inapagável, mas assim mesmo tem sofrido na história graves agressões.

##### **a) A liberdade de consciência ou crença.**

4. O repúdio a estas agressões se manifesta na consagração da liberdade de consciência, e, decorrência incindível desta, a liberdade de crença,

Com efeito, a expressão do pensamento tem como fundamento a liberdade de consciência. Esta é o foro íntimo em que o homem livremente determina o que faz e o que não faz - o livre arbítrio - bem como o que crê ou não crê, o que é a essência de seu pensar. Recusá-lo é recusar toda a filosofia que está na base do constitucionalismo, portanto, seria

perder tempo discuti-lo neste trabalho, pois a afirmação desse livre pensamento, dessa crença livre, é condição *sine qua non* do estudo e da temática em discussão.

Reitere-se que esta liberdade de consciência e crença é insuprimível, pois, no foro de sua consciência, o ser humano sempre há de determinar o que aceita e o que nega. Entretanto, cabe lembrar que em todos os tempos houve como há escolas de pensamento que pretendem determinar a crença de cada indivíduo. É o caso da condenação dos não-crentes em determinadas religiões, ou concepções da vida e do mundo, dos apóstatas a uma determinada crença, o que é comprovado pela experiência da inquisição, ou pelo direito islâmico que condena à morte o apóstata. Claro está que isto pressupõe uma manifestação exterior, real ou suposta, o que raramente podem evitar os crentes religiosos, em razão dos ritos ou prescrições que têm de seguir.

É em razão disto que a liberdade de crença está na Constituição - art. 5º, VI - acompanhada da liberdade de culto.

**b) O direito à expressão do pensamento.**

5. A expressão do pensamento é, porém, uma forma de sociabilidade natural do ser humano. O *homo rationalis* é também *homo loquens*. Ele se comunica com os outros, exprimindo seu pensamento (e por este viés as suas crenças), a fim de partilhar com estes novas descobertas, novas verdades descobertas, etc.

Na Constituição vem ela, no art. 5º, IV: "É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

Note-se que o reconhecimento desta projeção se complementa pela exigência de que quem expressa um pensamento é responsável pelas consequências do que diz. Para que o seja, tem de ser identificado. Estão aqui bem claros princípios impostos ao regime da liberdade de expressão do pensamento: o **princípio da identificação** e o **princípio da responsabilidade**, aquele instrumental em relação a este.

**c) A liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação.**

6. Ainda no art. 5º, a Constituição explicita a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, precisando não caber no seu campo nem censura nem licença prévia.

Trata-se evidentemente de um desdobramento o que registra o inciso IV, na sua primeira parte, sem mencionar a proibição do anonimato, certamente por supô-lo inviável no seu campo de abrangência.

d) O direito da comunicação social.

7. A Constituição de 1988, mais adiante, inova, ao consagrar um direito à comunicação social. Este pertence ao rol dos direitos fundamentais de terceira geração.

Na verdade, a inovação é relativa, porque de há muito o constitucionalismo se preocupa em dar um tratamento específico a meios de comunicação de massa, como fazem fé as referências à liberdade de imprensa, ou a jornais, em textos constitucionais bem anteriores (no Brasil, expressamente desde o de 1934, art. 113, nº 9).

Tal (novo) direito vem no art. 220, inserido num capítulo V do Título VIII da Lei Magna, título este designado "*Da Ordem Social*". Diz o caput deste artigo: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

À primeira vista, ele repete aquilo que decorre do art. 5º, IV e IX da Constituição acima referidos. A novidade, porém, está na referência à prestação de informação.

Entretanto, o exame dos §§ desse artigo 220 torna claro que seu objetivo é assegurar a liberdade de informar. O § 1º proíbe que a lei edite dispositivo "que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social", respeitado, porém, o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Este último dispõe: "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

Para uns, sobretudo, os profissionais da comunicação social, esta norma os exime de indicar qual a fonte de que proveio a informação, de modo absoluto. Esta tese enseja conflito com outros direitos fundamentais, de modo que há de ser tratada pelos princípios próprios à colisão de direitos, de que se tratará mais adiante.

e) A internet como instrumento de expressão do pensamento.

8. Por ser ainda recente o fenômeno da manifestação do pensamento pelo instrumento que é a *internet*, cumpre dedicar-lhe atenção especial.

No quadro do direito constitucional positivo, a transmissão de ideias e informações via *internet*, não tem por que não se sujeitar aos princípios expostos acima. Ela se inclui incontestavelmente entre os meios de expressão do pensamento e assim deve obedecer aos princípios gerais que regem a expressão do pensamento, afora normas específicas dadas as suas peculiaridades.

A ela se aplicam a proibição do anonimato, a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Não pode ela incidir nos ilícitos penais, nem pôr em risco a segurança privada ou pública. Na verdade, isto é apontado pela própria lei específica que rege a *internet* no Brasil (Lei nº 12.965/2014). São expressos a este respeito o disposto nos arts. 3º, I e II, e, sobretudo, no art. 7º, I, II e III, afora o que consta do art. 8º.

Assinale-se que a lei tem normas especiais de proteção da privacidade dos usuários, proibindo a divulgação de dados pessoais destes, inclusive registros de conexão e registro de acesso a aplicações da *internet* (art. 7º, VII).

Quanto à proibição do anonimato, que na Lei Magna é expresso no art. 5º, IV onde genericamente se afirma a liberdade de manifestação do pensamento, a referida Lei não o nega. Ela - é certo - institui a "inviolabilidade e o sigilo do fluxo de ... comunicações pela *internet*" (art. 7º, II), bem como a "inviolabilidade e o sigilo das comunicações privadas armazenadas" (art. 7º, III), mas é expressa nesses mesmos dispositivos ao admitir a quebra desse sigilo por "ordem judicial".

Assim, é inaceitável que provedoras desse meio de comunicação pretendam pôr fora do alcance da lei as ideias e informações que portam de um, ou alguns, para muitos.

O § 2º repete a proibição de censura, especificando "de natureza política, ideológica e artística" (o que, *a contrario sensu*, abriria campo para censura em matéria de moral e bons consumos...).

f) A liberdade de expressão do pensamento e a colisão com outros direitos fundamentais.

9. A reiterada proibição da censura que está na Constituição vigente é, por um lado, a reação contra normas do direito a ela anterior. Neste, o art. 150, § 8º da redação primitiva da Constituição consagrava a liberdade de manifestação do pensamento "sem sujeição a censura", mas aduzia: "Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe". A Emenda nº 1, de 1969, art. 153, § 8º, acrescentou outra proibição – a de "exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes", (com o que as revistas pornográficas eram equiparadas ao **Manual de Guerrilha Urbana**). Para viabilizar essa intolerabilidade instituiu-se mesmo uma "verificação prévia", ou seja, uma censura com outro nome.

Por outro, inegavelmente ela valoriza a liberdade de manifestação do pensamento, reconhecendo-a como essencial a uma sociedade livre, gerida por um Estado democrático.

É certo, porém, que esta ênfase não exclui sejam punidos os responsáveis por manifestações de pensamento de caráter criminoso, definidas na legislação competente, mas *a posteriori*, por meio do processo adequado. Sem dúvida, tal repressão não raro é tardia e não apaga o mal produzido, mas reflete uma importante opção de valor da parte do Constituinte: Antes o risco do que a "rolha".

10. Cabe, todavia, examinar o caso de a manifestação do pensamento - direito fundamental - entrar em choque com outros direitos fundamentais.

Com efeito, a Constituição consagra no art. 5º, X o direito fundamental à privacidade: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas", que se completa pela previsão de indenização por dano moral ou material.

Ora, não é meramente teórica a hipótese de a livre manifestação do pensamento entrar em choque com a inviolabilidade da intimidade, vida privada e imagem das pessoas.

11. Mais. A Lei Magna consagra um direito à segurança pública, claramente reconhecido pela doutrina, com base no art. 5º, *caput*, combinado com o art. 144 da Constituição.

Ora, o respeito a este direito reclama frequentemente o sigilo de investigações ou apurações, a fim de impedir grave perturbação da ordem, ato terrorista, ou a divulgação de segredos militares. Não é difícil imaginar o conflito entre tal necessidade e

a livre expressão do pensamento, mormente na forma particular que é a liberdade de comunicação social.

Na verdade, o sigilo quanto a informações de tal espécie tem em seu favor o disposto no art. 5º, XXXIII da Constituição, que expressamente preserva o "sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

Claro está que, num caso como este, a mera punição do informante é insuficiente.

12. Pode-se lembrar que, em casos de colisão entre direitos fundamentais, se a solução é sempre delicada e controversa, a doutrina já avançou princípios que podem guiá-la. Um seria o princípio da ponderação, medindo-se no caso concreto qual direito há de prevalecer, na impossibilidade de todos serem ao mesmo tempo intocados. Outro seria o da pertinência, levando-se em conta a vinculação do caso *in concreto* preferentemente ao campo de incidência de um direito e não de outro. Igualmente, cabe recordar o multissecular princípio de que o interesse público prima o interesse individual.

### **III. A segurança pública em face da liberdade de manifestação do pensamento.**

13. Claro está que o regime da manifestação do pensamento acima exposto é o constitucionalmente previsto para situações de "normalidade", não para situações de emergência ou grave crise. Em face destas, há um regime especial, que se examinará mais adiante.

14. É inerente ao Estado, enquanto organização política, a tarefa essencial da preservação da segurança. Ou seja, a garantia de todo o seu povo no tocante à sua pessoa e a seus direitos, o que tem como pressuposto indispensável a garantia de sua própria preservação, seja em face de ameaças internas, seja em face de agressão estrangeira.

#### **a) A potencialidade "incendiária" da expressão do pensamento.**

15. Ora, é fato inegável que a manifestação do pensamento pode ter, e a história o comprova incontáveis vezes, um caráter ameaçador para a segurança, podendo servir para a destruição da ordem pública e para a destruição do próprio Estado.

De fato, a manifestação do pensamento, seja por meras palavras, seja por expressões artísticas, pode ter consequências "incendiárias" a provocar conflitos, rebeliões, insurreições, chegando até à subversão da ordem política estabelecida. Este fenômeno foi potencializado pelos meios de comunicação de massa, desde a imprensa, depois pelo rádio, pelo cinema, pela televisão, e na atualidade pela *internet*, cujas facetas ainda não são bem sopesadas. E - não se olvide - pode ela servir à própria atuação de grupos e Estados estrangeiros, como uma arma de guerra, particularmente, hoje, como instrumento para o terrorismo.

Assim sendo, é natural - e imprescindível - que o Estado exerça uma vigilância, para prevenir a sua destruição e para proteger a vida e os direitos do seu povo.

**b) A defesa da segurança pública na "normalidade".**

16. Todo Estado, digno do nome, se propõe a fazê-lo, mesmo em períodos de "normalidade". Entenda-se em períodos em que a ordem definida constitucionalmente é, de modo global respeitada. Isto não colide com as liberdades do pensamento, desde que exercida segundo os parâmetros da Constituição e da lei.

No Estado constitucional, esta vigilância visa a prevenir violações da referida ordem constitucional definida. Num Estado de Direito, sempre com o controle do Judiciário.

Não há Estado que não tenha o seu "serviço secreto".

**c) Em situações de grave crise.**

17. É óbvio que tal vigilância tem de ser incrementada em situações de anormalidade.

Na verdade, nos Estados constitucionais, como o Brasil, a atuação do Estado para prevenir e debelar a subversão institucional, ou enfrentar guerra externa, enseja a implantação de regime excepcional para o exercício de direitos fundamentais.

Na Constituição vigente, são dois os regimes - um o do "estado de defesa" (art. 136), outro o do "estado de sítio" (art. 137 e s.). Aquele, menos drástico, previsto "para

preservar ou prontamente restabelecer, em locais estritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza" (art. 136, *caput*). O segundo, para o caso de ineficácia das medidas tomadas no estado de defesa, ou "comoção grave de repercussão nacional" (art. 137, I), como para o de guerra declarada ou "agressão armada estrangeira" (art. 137, II).

Na hipótese do estado de defesa, a Constituição, no que tange às liberdades de manifestação do pensamento, apenas se refere a restrições ao "sigilo de correspondência" (art. 136, § 1º, I, "b") e ao "sigilo de comunicação telegráfica e telefônica" ("c"). No estado de sítio, são admitidas "restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão", isto "na forma da lei" (art. 139, II). Todavia, exclui dessas restrições "a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa" (art. 139, parágrafo único).

18. Não se refere a Constituição às manifestações do pensamento por intermédio da *internet*, cujas peculiaridades não eram apercebidas ao tempo de sua promulgação.

Entretanto, os princípios implícitos nas disposições apontadas são aplicáveis à manifestação via *internet*. Ou seja, no estado de defesa, a possibilidade de restrição ao sigilo das comunicações e da correspondência.

No estado de sítio, as restrições previstas para a inviolabilidade da correspondência, o sigilo das comunicações e à liberdade de manifestação e informação dos meios de comunicação de massa, imprensa, radiodifusão e televisão.

#### e) O caso peculiar do terrorismo.

19. Estes primeiros anos do século XXI tem sido marcados pela proliferação de atos de terrorismo promovidos em diferentes países por grupos ou entes estrangeiros - o chamado terrorismo "internacional". Ora, este terrorismo é favorecido pelos meios eletrônicos, mormente pela *internet*, beneficiando-se da escala mundial da rede, do sigilo que propicia e da quebra do sigilo de informações secretas em computadores violados

pelos *hackers* ou pela espionagem de órgãos governamentais. Os fatos não precisam ser mencionados, porque são de conhecimento público.

Em razão disto, normas restritivas quanto à comunicação por esses meios eletrônicos têm sido editadas pelo mundo afora. Evidentemente tais normas suscitam delicados problemas ao tocarem nas liberdades do pensamento.

20. A legislação mais abrangente a este respeito é a editada pelos Estados Unidos, a partir do atentado às *Torres Gêmeas*, em setembro de 2001. Essencialmente estão elas contidas no *Patriot Act* de 26 de outubro de 2001, que outras leis modificaram ou reconduziram, quando temporárias.

Em síntese, tal lei habilita órgãos governamentais a obter dados pela quebra do sigilo de comunicações eletrônicas ou de dados de arquivos eletrônicos. Isto enseja monitoramentos que alcançam pessoas indiscriminadas, sem o cumprimento de exigências que garantam a sua privacidade (por exemplo, a obtenção de informações confidenciais que constam de bancos de dados de serviços de saúde, atingindo todos os que foram por este atendidos).

Igualmente, ela flexibiliza o controle judicial dessas medidas, por exemplo autorizando os *roving wiretaps* (que propiciam que uma ordem de quebra de sigilo possa ser cumprida fora da competência territorial do juiz que a deferiu) e os *sneak and peek warrants* (que permitem o retardamento da comunicação de investigações a dano dos investigados).

Estas e outras medidas permitidas pela referida lei suscitaram e suscitam controvérsia entre os juristas, mas de modo geral têm sido aceitas como constitucionais pelos tribunais competentes.

21. No Brasil, foi editada há meses a Lei nº 13.260 (de 16 de março de 2016), cuja ementa (talvez inconscientemente) declara ser feita "disciplinando o terrorismo" (*sic*) e tratando de "disposições investigatórias e processuais" a seu respeito.

Tal lei, no art. 2º, *caput*, restringe os atos de terrorismo àqueles promovidos "por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião". Assim, ao pé da letra, não seria ato de terrorismo o que fosse praticado por razões políticas...

Ela, sem dúvida, enuncia um elenco de atos de terrorismo (art. 2º, § 1º) tipifica delitos ligados a ação terrorista (art. 3º, 5º), como fornecer recursos para este (art. 6º), etc. e no art. 12 contém disposições processuais a serem observadas no processo e julgamento dos acusados de ato terrorista.

Nela, portanto, não há uma palavra sobre a vigilância e a prevenção de atos terroristas (o que é compreensível levando-se em conta o passado da "presidenta" que a sancionou).

Como também a enxundiosa Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, pomposamente batizada de Marco Civil da *Internet*, nada dispõe sobre tal assunto, fica certo que a vigilância indispensável à prevenção dos atos de terrorismo há de ser feita segundo o regime jurídico ordinário que acima se apontou.

### **Observações finais.**

22. A disciplina vigente da manifestação do pensamento é no Brasil extremamente liberal. Ela valoriza a liberdade, mesmo quando ela pode pôr em risco outros valores, como a segurança nacional. Cria também potenciais conflitos com outros direitos fundamentais, como a privacidade. Resguarda a comunicação social de restrições não apenas quanto à informação, mas também quanto à moral e os (bons) costumes, embora se preocupe com os malefícios da propaganda. Reage, globalmente falando, contra as restrições do período militar e atende bem à moda do "politicamente correto".

Não havendo, ao tempo de sua elaboração, consciência das peculiaridades e do impacto da *internet*, não se pode culpá-la por omissão a respeito de sua disciplina. Surpreendente é, porém, que, cerca de cem vezes emendada, nenhuma de suas mudanças se tenha preocupado de atualizá-la a esse respeito. Existe uma cegueira nesse ponto, conforme comprova a recente legislação sobre o terrorismo e sobre a própria *internet*. Assim, o direito constitucional brasileiro está em nítido atraso em relação ao estrangeiro, o que é grave, porque propicia séria ameaça à segurança nacional, à segurança pública e à segurança individual.

## DIREITOS INTELECTUAIS E ECONOMIA DIGITAL

---

**Rodolfo Tamanaha\***

Doutor em Direito Tributário (USP). Mestre em Direito Público (UNB). Presidente da Comissão Especial de Inovação da OAB/DF. Advogado e Professor. Atualmente, ocupa o cargo de Diretor de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura.

Até como último palestrante um painel antes do almoço, com o horário estourado, então, a melhor qualidade do palestrante nesse momento, nessa posição é a brevidade. Então, eu primeiro lugar, agradeço aqui na figura do Dr. Gustavo, cumprimento, na verdade, o Gustavo e os demais colegas. Agradeço ao IDP na figura do Sérgio, que não está aqui no momento, pelo convite e eu digo de forma muito rápida, foi até interessante ter me colocado no último painel porque de uma maneira a minha exposição, na verdade, são algumas reflexões, elas, de alguma maneira, trabalham com vários temas que foram tocados pelos painelistas anteriores. Então, eu não vou ser muito inovador nas minhas colocações, mas minha ideia realmente é tentar unificar alguns pontos de vista, alguns temas que foram colocados. O primeiro ponto só que eu gostaria de chamar atenção é realmente o fato do IDP ter no seu tradicional congresso de Direito Constitucional ter estabelecido uma pauta sobre internet, mostra exatamente como o tema, ele tem um protagonismo hoje seja no Brasil, seja fora do Brasil, muito grande e mostra exatamente o potencial, a relevância acadêmica, a relevância social, a relevância econômica que os novos modelos de negócio propiciados principalmente pela internet tem sobre a nossa realidade cotidiana, seja desde um aplicativo de mobilidade como o Uber, seja os aplicativos aqui que a gente for mencionados, de redes sociais ou de acesso (ininteligível) conteúdo audiovisual ou musical. Então, a gente percebe, realmente a internet tem essa presença muito forte na nossa vida e para nós, como operadores do direito, seja no órgão público, seja na iniciativa privada, seja na academia, parece que todos, realmente, de alguma maneira se encontram ainda em uma fase muito de entender como os novos modelos de negócio se processam, porque nesse ponto, realmente, fica muito claro como a economia, como o mercado de alguma maneira ele está uma velocidade muito rápida, muito mais rápida talvez do que em outros setores e exatamente o direito ali

acompanhando para tentar entender como é que tem que se estabelecer uma arquitetura regulatória, onde que a riqueza é produzida naquele modelo de negócio para fins de seja de tributação, como é que o consumidor ele pode ser protegido sem você também enrijecer a legislação de forma a muitas vezes ser uma desincentivadora da inovação. Então, a gente percebe, realmente, que em vários campos do direito você ainda está muito nessa fase de mapear, de compreender, de como a internet e todas as estruturas baseadas, com base tecnológica, elas se processam para você poder trabalhar exatamente uma regulação ou uma política pública que tente ao máximo proteger direitos, mas também ser um instrumento de indução, isso é uma perspectiva que me é muito cara e eu acredito realmente que o desafio está exatamente você equilibrar esses pontos de vista. Até recuperando um pouco o que foi colocado pelos colegas, quando a gente fala, realmente de propriedade intelectual em ambiente digital e aquilo for uma propriedade intelectual realmente no sentido amplo, abarcando não só o direito autoral, mas também a propriedade industrial foi mencionada questão da contrafação que é exatamente a falsificação de marcas. Então, quando você fala em propriedade intelectual em meio digital, realmente, o tema da observância do direito é um tema que se coloca, às vezes, muitas pessoas na verdade acabam tomando contato com esse tema quando se deparam com o conceito, a referência ao tema da pirataria. Então, esse tema realmente ele, seja a pirataria stricto sensu, seja a contrafação, é um desafio no ambiente digital porque o ambiente digital, ele permite, realmente, um acesso, seja a esses conteúdos de direito autoral, seja aos produtos frutos da falsificação de uma forma muito mais fácil do que ocorria antes e você tem, realmente, nessa ceara um desafio muito grande porque tradicionalmente se pensou e se pensa o enfrentamento dessas violações, uma perspectiva realmente mais repressiva, isso é natural, você pensava realmente, quando você pensa em uma feira do Paraguai aqui em Brasília ou, às vezes, na 100 em São Paulo, você associa imediatamente aquelas violações a uma atividade policial. Já quando você está pensando em direito autoral, quando a gente está falando realmente de direitos mais intangíveis, vamos dizer assim, em meio digital, parece que o desafio se coloca na verdade mais em uma arquitetura regulatória, ou seja, está se entendendo, está se compreendendo como é que funcionam esses novos usos na internet para tentar exatamente adequá-lo as categorias que já existem ou eventualmente criar categorias novas. Então, a discussão ela coloca já, me parece que se coloca já em um outro plano, um plano realmente de você pensar nessa arquitetura regulatória que passa exatamente por você conhecer, por

exemplo, como a internet se processa, como é que ela se estrutura, que foi exatamente a nossa última palestrante, ela pontuou diversas características que tem que ser mais em consideração nessa arquitetura regulatória e um outro tema que me parece também que está relacionado com esses dois eixos, é exatamente o eixo da inovação, ou seja, na medida em que você também tem, pensa realmente como um formulador de políticas públicas, ou um órgão público, ele tem que, de alguma maneira, intervir naquele setor, entre outras finalidades que aquela intervenção tem que buscar, me parece também que é necessário se pensar se aquela intervenção ela vai, de alguma maneira contribuir para inovação tecnológica, a inovação em geral, ou seja, ela não vai ser realmente uma mão pesada demais, uma intervenção regulatória estatal que vai acabar, muitas vezes, intervindo em um setor que, inicialmente, não era regulado ou no máximo era um auto regulação, às vezes, privada e como é que vai se dar realmente essa atuação do Estado. Isso me parece realmente que ele está linkado, está conectado com uma linha de pesquisa, vamos dizer, uma preocupação muito grande hoje no campo do direito que é a pesquisa empírica, principalmente no campo das políticas públicas, a gente percebe, realmente que falta mesmo para o formulador da política pública muitas vezes dados empíricos para você poder discutir, você faz uma audiência pública, faz uma consulta pública, é importante, você ouve os atores, mas assim também como isso é importante, ou seja, você ter dados empíricos, econômicos, de impacto social, etc. também são muitas vezes são informações que o próprio formulador da política pública não tem acesso, ou seja, ele mesmo não está promovendo que (ininteligível) um dever também, ou seja, tem que promover de alguma maneira, incentivar que esse tipo de pesquisa ocorra, inclusive para poder subsidiar a política pública, mas exatamente para que se possa também, de alguma maneira, até para permitir muitas vezes, isso parece que a gente sabe que falar teoricamente é muito fácil, na prática, às vezes, não é muito fácil, você estabelece uma política pública, você estabelece um marco regulatório, depois de um tempo você percebe que muitas vezes, ele está gerando algum tipo de disfunção naquele mercado para você retornar, voltar atrás e ajustar aquele marco regulatório, a gente sabe que não é muito fácil, mas talvez algo que deveria, em um campo tão dinâmico como é o campo da propriedade intelectual, talvez seja algo que não deveria ser tão difícil de ser realizado, exatamente porque, muitas vezes, você vai estar trabalhando com uma intervenção regulatória que ela vai ser muito por tentativa e erro, ou seja, você vai se aproximar, você vai buscar uma finalidade, se acredita a partir daquela colheita de informações, ouvindo os stakeholders, analisando as

pesquisas empíricas, mas muitas vezes você vai perceber que, por algum motivo, exatamente porque a internet, pensando realmente em internet, ela é um instrumento que está em evolução constante, ela mostrou realmente que na prática a sociedade reagiu de uma outra forma. Então, isso me parece também uma preocupação que tem que estar presente, seja no âmbito de pesquisa, seja, realmente, em uma atuação em termos de políticas públicas. E um tema que eu gostaria de chamar atenção aqui na minha fala, até porque, inclusive, ontem eu tive ciência, fui informado de que um caso importante que foi pautado no STJ, um caso que quem acompanha essa discussão com relação, no caso a gente está falando do streaming, ou seja, então, entre vários modelos de negócio em ambiente digital, o streaming é um modelo que ele tem gerado muita discussão de você entender exatamente como ele funciona, entender exatamente que medida você teria algum tipo de transferência de propriedade ou não, em que medida você teria alguma interatividade do usuário com relação aquele conteúdo para exatamente você poder enquadrar o streaming e os usos que ele propicia dentro das categorias já existentes hoje no campo do, especificamente, no campo do direito autoral e a notícia que eu tive foi que existe uma ação. Então, a gente tem um recuso especial no STJ de uma ação que foi proposta, salvo engano, pelo ECAD contra a OI e FM exatamente discutindo se o webcasting e o simulcasting seriam, não vou dizer que são, tecnicamente não vou dizer que são exatamente espécies de streaming, mas estão exatamente nesse contexto desse modelo de negócio, se de alguma maneira elas corresponderiam ao que a legislação estabelece como execução pública. Execução pública que é o que vai exatamente permitir que o ECAD como o Escritório Central de Arrecadação, ele possa cobrar dessas plataformas digitais por essa disponibilização desse conteúdo. Não é um tema simples, é um tema que do ponto de vista do Ministério da Cultura foi realizado um trabalho muito importante, inclusive, o Guilherme participou também dessa discussão, se ouviram muitos stakeholders, se refletiu muito sobre isso, se (ininteligível) de que talvez boa parte dos usos relacionados ao streaming realmente corresponderiam a uma execução pública, o que a gente percebe até em termos de benchmarking internacional é uma discussão que ela não é classificada, existe ainda muito debate, agora, é interessante porque são circunstâncias também, por mais que a gente também tenha uma visão, estabeleça uma política pública, o tema ele foi judicializado, ele foi colocado sobre a apreciação do Judiciário. Então, a gente talvez tenha uma decisão que ou confirma esse entendimento ou na verdade se trilhe um caminho diferente. Então, reproto, realmente como muito

relevante a gente acompanhar esse julgamento, exatamente porque ele vai de alguma maneira, ele vai estabelecer alguns parâmetros para as políticas públicas relacionadas ao direito autoral em ambiente digital e para realmente, finalizar, acredito que até para eventual possibilidade de perguntas por parte da plateia, é colocar realmente que a gente, do ponto de vista, agora hoje em uma função realmente de propor políticas públicas, há todo o interesse de se ouvir os principais, os participantes desse mercado e a internet tem essa beleza, porque a gente está falando, na verdade, ou seja, quando a gente fala dos stakeholders, a gente está falando não só dos órgãos estatais, não só da indústria, mas também dos usuários, ou seja, agente da sociedade civil que representam as mais diferente categorias de usuários, vamos dizer assim, da internet em geral, são realmente entidades que tem que ser ouvidas, tem muito a contribuir e exatamente pelo fato de você ainda ter diversas discussões relacionadas ao direito autoral em ambiente digital que ainda carecem de uma sinalização do poder público de como deve ser encaminhado esses assuntos, encaminhado de que maneira? Ou seja, tanto na perspectiva que proteja, principalmente o criador daquela propriedade intelectual, principalmente, se por possível, ainda mais brasileiro na medida em que você, exatamente estimular essa produção cultural nacional, mas também a gente tem que levar em consideração que é uma cadeia complexa, ou seja, ela tem vários elementos. Então, se eu penso em um dado momento que eu tenho hoje poucos players que fazem, por exemplo, os streamings aqui no Brasil, porque também não pensar nessa política pública mecanismos que possam incentivar que eu tenha, por exemplo, os players nacionais, os players brasileiros, ou que possam de alguma forma se consorciar com parceiros estrangeiros, mas que também possam oferecer modelos de negócio nessa linha, ou que possam criar variações, ou seja, por mais que a internet, ela tenha essa característica de que talvez aquela ideia de que winner takes it all, ou seja, então, há essa, uma certa tendência de que a primeira empresa, o primeiro player que ingressa em um dado mercado que, às vezes, não existia, ele acaba se tornando, realmente, um monopolizador, não porque ele está adotando práticas anti concorrenciais, ou seja o que for, mas na verdade porque ele, praticamente criou um mercado, o mercado ele não existia, ele criou. Então, isso é natural, é algo talvez estrutural dos próximos modelos de negócios nessa economia digital, mas então, do ponto de vista da política pública a gente tem que levar isso em consideração, ou seja, o Estado ele não só, ele tem que ser um, muitas vezes ali um órgão de supervisão e de repressão, de observância dos direitos, mas também porque não ser um órgão de indução, exatamente,

ou seja, as empresas pequenas, médias empresas brasileiras, por exemplo, porque elas não podem ter um tipo de estruturação a partir de uma indução do Estado, para exatamente que elas possam competir, exatamente em um ambiente que ele até permite uma competição muito, talvez um pouco mais equitativa do que, às vezes, em outros setores econômicos, em que, às vezes, você precisa ter um capital inicial, você precisa ter uma série de estruturas para poder ingressar, caso contrário, você não tem como competir. A internet de alguma maneira, ela possibilita rapidamente um startup, que surja em uma garagem no Piauí, para a gente não fazer o uso só da Apple e etc., mas, ou seja, que ela pode, de alguma maneira competir, às vezes, com o player global. Logicamente que não é só uma indução do Estado que vai promover isso, são diversos outros fatores, de investimento, de uma série de (...), assunção de riscos, etc., mas a gente acredita realmente que essa temática, de alguma maneira ela tem que estar ligado com o estabelecimento dessas políticas públicas porque, exatamente para que a mão do Estado, ela não seja uma mão que acabe a pretexto de, às vezes, proteger direitos e estimular o surgimento de (...), seja o surgimento de novos modelos de negócio, seja o fortalecimento de modelos de negócio que já existem e que podem florescer caso Estado ou não atrapalhe ou ele seja, realmente, uma figura, uma instituição que contribua para essa indução em prol da inovação. Então, com essas considerações, eu agradeço os senhores que permaneceram aqui até 30 minutos depois do esperado e me coloco a disposição para qualquer dúvida.