

Crime organizado

Análise da Lei 12.850/2013

KAI AMBOS
ENEAS ROMERO
Organizadores



KAI AMBOS
ENEAS ROMERO

Organizadores

CRIME ORGANIZADO

Análise da Lei 12.850/2013

GUSTAVO BADARÓ / DIOGO MALAN

CARLOS ROBERTO BACILA / RENATO STANZIOLA VIEIRA

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

MARCUS ALAN MELO GOMES / PAULO CÉSAR BUSATO

ENEAS ROMERO / PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

CAPÍTULO 4

DADOS CADASTRAIS NA LEI 12.850

RENATO STANZIOLA VIEIRA

RESUMO: Este artigo trata do acesso por entes públicos e privados aos dados cadastrais em processos penais afetos ao crime organizado no Brasil. Aborda também o dever de guarda de dados para serem acessados por agências da persecução penal. Deu-se atenção à escolha legislativa a partir da perspectiva da política criminal determinada pela Constituição brasileira. Assumiu-se que dados cadastrais fazem parte do catálogo brasileiro de direitos fundamentais. O artigo analisou o processo constituinte e, depois, do processo legislativo que redundou na Lei 12.850/2013. Ao final, seja pela opção da Constituição brasileira – sujeita a críticas –, seja pela configuração infraconstitucional, sustentou-se que o tema foi objeto do duplo equívoco: primeiro, o problemático tratamento desses dados (art. 5.º, XII, da Constituição brasileira); depois, a falta de critérios de motivação, controle, prazo, consentimento e acesso ao titular dos dados quanto à sua entrega e uso aos agentes da persecução penal (art. 5.º, X, da Constituição brasileira).

Apresentação do tema

O tratamento dos dados cadastrais na Lei 12.850/2013 deve ter como ponto de partida e de chegada a imbricação entre direito constitucional e direito processual penal. Isso possibilita ir além de cogitações tão superficiais quanto erráticas,¹ atinentes à exigência ou não, por exemplo, de “reserva de jurisdição”² na matéria.

1. Luiz COSTA. *A Brief Analysis of Data Protection Law in Brazil*. Report presented to the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD), jun. 2012, p. 8. Artigo disponível em <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/Report%20\(June%204th%202012\)%20-%20A%20brief%20analysis%20of%20DP%20in%20Brazil%20\(updated%20version\).pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/Report%20(June%204th%202012)%20-%20A%20brief%20analysis%20of%20DP%20in%20Brazil%20(updated%20version).pdf)>. Acesso em 13.10.2014. O autor menciona o aspecto ‘errático’ do problema ao constatar que malgrado informações financeiras só possam ser devassadas no contexto de processo em andamento, leis esparsas permitem que o Banco Central, o Congresso Nacional (por suas comissões), a Receita Federal, a Advocacia-Geral da União e o Ministério Público tenham acesso a tais dados sem o consentimento do titular dos dados. Além disso, menciona-se o argumento de que o direito à privacidade pode ser sempre relativizado quando em conflito com outros valores como os da investigação criminal, interesse público e proteção da honra.

2. No Brasil, ver a respeito: Fernanda Regina VILARES (*Processo penal. Reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onixjur, 2012, p. 66); Juliana Garcia BELLOQUE (*Sigilo bancário. Análise crítica da Lei 105/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121). O Superior Tribunal de Justiça, em caso de execução penal, apontou que dados cadastrais (aliados a dados fiscais e bancários), assim como registros de viagens, não prescindem de prévia autorização judicial (STJ, REsp 1.133.877, 6ª T., rel. Min. Néli Cordeiro, *DJe* 02.09.2014). Em outra oportunidade, em caso que versava sobre acesso direto a dados bancários, apontou que “permitir essa prática ao alvedrio da autoridade fazendária ocasionaria inaceitável concentração de poder por legitimar que o mesmo órgão fosse, a um só tempo, responsável pela investigação, parte na relação jurídicotributária e ordenador da quebra do sigilo bancário” (STJ, REsp 1.361.174, 5ª T., rel. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 10.06.2014). O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema do sigilo de dados ao analisar, outra vez, a questão do sigilo bancário. E, na decisão havida por seu órgão plenário, prevaleceu o entendimento de que assim como se dá com a interceptação telefônica, o acesso a “dados” deve se amparar em prévia autorização judicial (RE 389.808, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 10.05.2011). O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão lavrado aos 05.02.2015, com menção ao precedente do STF, entendeu que “o sigilo bancário, compreendido pelo sigilo de dados, à luz da norma constitucional é direito individual protegido, somente podendo ser violado em casos excepcionais” e, por isso, cobrou a prévia apreciação judicial de seu levantamento (ApCiv 0015152-82.2012.4.03.6100, 3ª T., rel. Des. Diva Malerbi).

Assim se pode provar a pertinência da lição segundo a qual, com variações conforme os autores, o direito processual penal é direito constitucional concretizado.³ O que está em questão é a conformação do Estado brasileiro, isto é, uma escolha política.⁴

Este estudo aborda o tema a partir das discussões na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 (doravante ANC) e do processo legislativo infraconstitucional que redundou na redação aos artigos 15 a 17, da Lei 12.850/2013.⁵

Cuida-se do tema a partir do ponto de vista de política criminal,⁶ inclusive porque a escolha legislativa prevê no art. 15 da Lei 12.850/2013 não só o acesso direto aos dados cadastrais sem a reserva de jurisdição, como também amplia o destinatário do poder requisitório do qual desfrutam Delegados de Polícia e representantes do Ministério Público ao órgão público de armazenamento (Justiça Elei-

3. Claus ROXIN lembra que o processo penal é o “sismógrafo da Constituição do Estado” (*Derecho Procesal Penal*. Trad. da 25. ed. alemã de Gabriela E. Córdoba e Daniel Pastor, revisada por Julio Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 10, tradução livre). Jorge de Figueiredo Dias lembra a passagem de H. Henkel, de acordo com a qual o processo penal é “verdadeiro direito constitucional aplicado”. (*Direito processual penal*. 1974. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed. 2004, p. 74).

4. Stefan TRECHSEL aponta que o tema é de natureza prevalentemente política (*Human Rights in Criminal Proceedings*. With the assistance of Sarah J. Summers. Oxford: Oxford University Press. 2006, pp. 535 e 555). Também: Winfried HASSEMER (“Procesamiento de datos y protección de datos”. *El Derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Winfried Hassemer e Alfredo Chirino Sánchez (coords.). Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 8).

5. “Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito. Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens. Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.”

6. É latente na equação entre poder e limite do direito de punir a delimitação do poder do Estado. Assim: Geraldo PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 49-51.

toral) e a pessoas jurídicas de direito privado (empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito). Trata-se, pois, não só dos dados colhidos “pelos” órgãos públicos de persecução, mas também os colhidos, em alguma medida, “para” eles.

1.1 Justificativa da abordagem a partir da fundamentalidade do direito

Ainda a justificar a introdução, sustenta-se que os dados cadastrais fazem parte de rol de direitos fundamentais, no desenvolvimento da teoria do direito constitucional.

Se isso é inquestionável do ponto de vista da evolução em seu tratamento que se pode notar no cenário europeu,⁷ declarações ibero-americanas específicas tomam a proteção de dados pessoais como inerentes ao exercício dos direitos fundamentais da intimidade e da privacidade.⁸

7. HASSEMER (*Procesamiento de datos...*, cit., p. 5); Gloria González FUSTER (*The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Switzerland: Springer International Publishing. 2014, p. 4); Mónica Arenas Ramiro (*El Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006); Maria TZANOU. (“Data Protection in EU Law: an analysis of the EU Legal framework and the ECJ Jurisprudence”. *Personal Data Privacy and Protection in a Surveillance Era. Technologies and Practices*. Cristina Akrivopoulou (Democritus University of Thrace, Greece); Athanasios Psygkas (Yale Law School) – eds. Information Science Reference: Hershey, New York. 2011, p. 275); Patricia Esquinas VALVERDE (*Protección de Datos personales en la Policía Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010, p. 20). Publicação específica da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) e do Conselho da Europa, em conjunto com a Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, menciona que com o advento do Tratado de Lisboa (2009), a proteção dos dados pessoais passou a ser tido como direito fundamental autônomo (*Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia; Conselho da Europa. Luxemburgo. 2014, p. 3).

8. O tratamento europeu da matéria não se reflete em julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Laurence BURGORGUE-LARSEN e Amaya Úbeda de TORRES. *The inter-american Court of Human Rights. Case law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press. 2011, pp. 546 e ss.). Ainda assim, ecoa em algumas legislações. O Uruguai, com a Lei 18.331, de 11.08.2008 e com o Decreto 414/09, de 31.08.09, adequou-se aos ditames da Diretiva 95/46, do Conselho de Ministros da Europa. A Argentina, com a lei de proteção aos dados pessoais 25.326, de 30.10.2000, seguiu os ditames da aludida diretiva europeia. O mesmo aconteceu com o Chile, com

A propósito das últimas, o diretor da *Red Iberoamericana de Protección de Datos*, José Luis Piñar Mañas, apontou que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental⁹ e a Declaração de Santa Cruz de la Sierra expressamente, em seu item 45, tomou aludida proteção como direito fundamental.¹⁰

Isso convida a que se faça a reflexão à luz de um cenário ligado à tendência do processo penal preventivo, como modelo pautado por uso tendencialmente limitador do exercício de direitos fundamentais do conceito de “segurança”, e seus reflexos nas relações dos cidadãos entre si e perante o Estado.¹¹

Já em 1995, antes das ideias de *prevenção e segurança* terem se constituído em tão importantes campos de estudo para a política criminal e o processo penal, Hassemer apontava que “aos cidadãos importa pouco a liberdade se eles podem trocá-la por segurança. O Estado fortemente controlador sabe que quase todos os cidadãos estão ao seu lado, apenas deve colocar sua oferta ‘troco liberdade por segurança’ de uma maneira calma, controlada e ao alcance”.¹²

a Lei 20.575, de 14.02.2012. No cenário comunitário latino-americano, a Declaração de Antigua (Guatemala), de 06.06.2003, sinalizou preocupação comum dos países participantes (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Espanha, Guatemala, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Portugal e Uruguai) quanto à proteção de dados pessoais. Da mesma forma, a Declaração de Santa Cruz de la Sierra, de 14 e 15 de novembro de 2003, a Declaração de Cartagena das Índias, de 25 a 28 de maio de 2004 e a Declaração do México, de 2 a 4 de novembro de 2005. A respeito: *La Red Iberoamericana de Protección de Datos. Declaraciones y documentos. Declarations and Documents*. Director José Luis Piñar Mañas. Coord. Ma. Ángeles Montull Cremades. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

9. *La Red Iberoamericana...*, cit., p. 9.

10. “Estamos também conscientes de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas e destacamos a importância das iniciativas reguladoras iberoamericanas para proteger a privacidade dos cidadãos, contidas na Declaração de Antigua, pela qual se cria a Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados, aberta a todos os países da nossa Comunidade.” Aludida declaração foi assinada, entre outros, pelo então presidente da República Federativa do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva.

11. Na recente e já ampla bibliografia do tema, vale lembrar, pelo panorama e pelas referências bibliográficas, o trabalho de Lucia Zedner (*Security*. London and New York: Routledge. Taylor & Francis Group. 2009).

12. HASSEMER. *Procesamiento de datos...*, cit., p. 15. Análise crítica quanto à suposta oposição entre “segurança” e “direitos de intimidade” é percebida também por Francisco Javier Álvarez GARCIA: “El acceso por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a ficheros de datos personales”. *Protección de Datos y Proceso Penal*. Ernesto

Se por um lado se pode dizer que o desenvolvimento de política pública de segurança, ao invés de diminuir a interferência estatal, a aumenta;¹³ por outro, sob o ponto de vista da confiança que deve pautar a relação não só entre cidadãos mas entre eles mesmos e o Estado, o tema merece mais atenção do que se lhe tem dado no Brasil.

Mais do que a divisão entre público e privado no âmbito das condutas motivadoras da atuação repressiva estatal (“crime organizado”), a escolha político-criminal brasileira que dá sustentação à devassa de dados cadastrais é problemática na raiz.

A expansão da esfera de vigilância, como lembra Benjamin Goold com menção específica aos dados cadastrais (sensíveis), tem um custo potencial muito maior do que se imagina ao se pensar na questão da privacidade e liberdade.

A vigilância tem o potencial de mudar a maneira de comportamento dos cidadãos e de sua interação com as instituições públicas, e a maneira como os cidadãos analisam a operação do governo e o exercício do próprio poder governamental.¹⁴

Independentemente do discurso promissor de guardião não só dos direitos de todos (o direito difuso de segurança), a promessa de guarda (pelo Estado e, em razão dos arts. 15 a 17 da Lei 12.850/2013, também por entes privados) dos dados cadastrais dos cidadãos patrocina, ao contrário do que parece, uma desconfiança do Estado nos cidadãos.

Se, uma vez mais com Benjamin Goold, se pode lembrar que, mesmo com a mensagem de que o Estado não abusará da tecnologia em questão para dar uso indevido às informações amealhadas, não

Pedraz Penalva (Coord.). Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer. 2010, pp. 53-8). Também: Maria TZANOU. *Data Protection in EU Law...*, cit., p. 273. Mesmo no âmbito específico de direitos civis, há quem sustente ser falaciosa a relação entre *segurança e privacidade*. É o caso de, no Brasil, Anderson SCHREIBER (*Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 142).

13. Lucia ZEDNER. *Too much security? Crime and Security. The international library of criminology, criminal justice & penology*. Benjamin Goold and Lucia Zedner (eds.). Oxford: Ashgate, Hampshire, England, 2006, p. 184. (Originalmente publicado em *International Journal of the Sociology of Law*, 31, 2003, pp. 155-84.)

14. “Technologies of surveillance and the erosion of institutional trust”. *Technologies of Insecurity. The surveillance of everyday life*. Edited by Katja Franko Aas, Helene Oppen Gundhus, Heidi Mork Lomell. Oxford: Routledge-Cavendish, 2009, p. 214.

se evita a erosão da confiança e do que ele mesmo chama de “public confidence” entre cidadãos e Estado.¹⁵

O cenário é de *insegurança*. O tema é repleto de dificuldades do ponto de vista da escolha constitucional e infraconstitucional brasileiras.

1.2 Estrutura dos argumentos do texto

Quando se cuida de dado cadastral, deve-se partir da redação dos artigos 5.º, X e XII, do texto constitucional brasileiro. O processo legislativo que culminou na redação dos referidos dispositivos será abordado na primeira parte do trabalho.

Na segunda parte se tratará dos dados cadastrais em lei com temática semelhante (a Lei 12.683/2012, que alterou os dispositivos da Lei 9.613/1998, sobre a lavagem de dinheiro) à Lei 12.850/2013, e nela própria.

Na terceira parte se verá o tema a partir do cenário do direito processual comparado, especialmente em razão do desenvolvimento da matéria no âmbito do continente europeu, sem a pretensão de esgotar as nuances do tratamento dado seja no âmbito das normas editadas pelo Conselho da Europa, seja no outro âmbito, mais específico da União Europeia.¹⁶

15. “Technologies...”, artigo citado, pp. 213-4. Segundo o autor, “trust and privacy are also closely related” (*idem, ibidem*).

16. A partir da previsão do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, sucederam-se tratamentos específicos no tema. Mesmo que não seja o escopo deste texto a abordagem profunda das nuances jurídicas europeias, é oportuno lembrar de alguns parâmetros. No âmbito da atuação do Conselho da Europa foram criadas a Convenção CETS 108/1981. No âmbito do Conselho de Ministros da Comunidade Europeia – que juridicamente deixou de existir com o advento do Tratado de Lisboa (art. 1.º, § 3.º, do Tratado da União Europeia), havia sido criada a Diretiva 95/46, de 1995. Depois, ainda no âmbito da União Europeia, a Decisão-Quadro 2008/977/JAI, de 27.11.2008, cuidou da proteção de dados pessoais no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal. O Conselho da União Europeia propôs, em 27 de janeiro de 2012, uma revisão do regulamento da proteção das normas daquele continente sobre proteção de dados (Dossiê interinstitucional 2012/0011 (COD)). Naquela proposta se esmiúçam algumas das particularidades do sistema jurídico europeu e, também, os motivos que levaram a União Europeia a refletir sobre a superação da Diretiva 95/1946 e a Decisão-Quadro 2008/977/JAI. Evidencia-se, outra vez, a centralidade do tema e, também, justifica-se a limitação da pretensão deste texto, que não é a de entrar em pormenores do sistema jurídico europeu.

No final serão sumariadas algumas conclusões e se tentará justificar as razões que levam a se concluir por interpretação diversa da majoritária no Brasil na temática. O que se propõe a fazer não é a crítica desligada da reflexão sobre outro tratamento do tema. Imagina-se, em cenário adverso ao predominante na doutrina e precedentes brasileiros, contribuir para o debate da questão com um novo parâmetro de interpretação. O tema é relevante a partir das escolhas políticas do país e aqui se faz uma escolha que, como se espera, seja tida por sustentável a partir das premissas e argumentos do texto.

2. Primeiro problema: questão constitucional (a redação do art. 5.º, XII)

Nos debates da ANC instituída por meio da Emenda Constitucional 26/1985, a redação do que veio a se tornar o artigo 5.º, inciso X, da Constituição Federal de 1988,¹⁷ não foi alvo de grandes discussões.

Situação distinta se viu quanto à redação final do artigo 5.º, inciso XII, assim redigido na Constituição de 1988: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Em discurso proferido em Munique, aos 22.01.2012, a comissária europeia de Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania e vice-presidente da Comissão Europeia (EU Justice Commissioner), Viviane Reding, asseriu, a propósito do plano de reforma aqui citado, que “transparency is the name of the game.” (*The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age*). A manifestação pode ser consultada no seguinte link: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_pt.htm> (Acesso em 23.02.2015. A expressão utilizada se encontra em p. 5 do texto).

17. “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Nesse ponto, com a inédita amplitude da proteção constitucional,¹⁸ Ada Pellegrini Grinover e Tércio Sampaio Ferraz Júnior deram interpretações que justificam as análises que seguem. Ambos opinaram sobre os contornos da proteção constitucional aos “dados”, como prevista no aludido art. 5.º, XII, da Constituição Federal.

2.1 Inconstitucionalidade do art. 5.º, XII (Ada Pellegrini Grinover)

Em texto voltado ao conteúdo da Lei brasileira de interceptações telefônicas (Lei 9.296/1996),¹⁹ a então Professora Titular de direito processual penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo entendeu que a redação do dispositivo seria “formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo”.²⁰

Sua tese se resume à constatação de que, durante o processo constituinte, a redação final do dispositivo constitucional não foi aprovada em Plenário da ANC.

A autora se apega ao texto constante do chamado “Projeto A” da Constituição, entregue à mesa da ANC para votação em primeiro turno em 24 de novembro de 1987. Pelo texto (art. 6.º, § 12), era “inviolável sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, salvo por ordem judicial, nos casos e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal e instrução processual”.²¹ Permitia-se a quebra de sigilo “não apenas

18. Constituição do Império de 1824 (art. 179, XXVII), Constituição da República de 1891 (art. 72, § 18), Constituição da República de 1934 (art. 113, 8), Constituição da República de 1937 (art. 122), Constituição da República de 1946 (art. 141, § 6.º), Constituição da República de 1967-69 (art. 150, § 9.º, e art. 152, § 9.º).

19. “O regime brasileiro das interceptações telefônicas”. in: Ada Pellegrini GRINOVER. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 429 e ss. Texto originalmente publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 17, jan.-mar. 1997, pp. 112-126.

20. “O regime brasileiro...”, cit., p. 429.

21. O texto do chamado “Projeto A” e os demais que redundaram em amplo – e confuso – debate na ANC, encontram-se transcritos na obra *A Gênese do Texto da Constituição de 1988*. Volume 1 – quadros, de autoria de João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos, João Rafael Nicola, que conta com alentado prefácio de José Afonso da Silva (Brasília, Senado Federal, 2013, p. 71).

com relação às comunicações telefônicas, mas também às telegráficas e de dados”.²²

Vista a diversidade de redação (ao final, excluiu-se a possibilidade de quebra de sigilo de dados, ao contrário do que se projetava nos debates constituintes), a processualista penal fiou-se no procedimento previsto na Emenda Constitucional 26/1985 e na Emenda Regimental 2, de 1987 (que era o Regimento Interno da ANC²³) para se bater contra o que entendeu ser inconstitucional por vício de tramitação.

Acontece que se, por um lado, não prevaleceu a tese segundo a qual a Emenda Constitucional 26/1985 poderia embasar a nova ordem constitucional, por outro o procedimento da ANC sofreu alteração em 1988, quando o citado Regimento Interno foi superado por outro com a Resolução 3/1987.²⁴

Pelo primeiro aspecto, ressalvada a opinião da citada professora e outros²⁵ que atrelaram o procedimento constituinte à norma advinda da ordem jurídica ligada ao crepuscular regime ditatorial, prevaleceu a tese segundo a qual a Emenda Constitucional 26/1985 “material-

22. Ada Pellegrini GRINOVER. “O regime...”, cit., p. 429.

23. A aludida emenda constitucional, que “convocou a Assembleia Nacional Constituinte, determinou que a votação das novas normas seria feita em *dois turnos*, dependendo da aprovação da maioria absoluta da Assembleia. E, evidentemente, o Regimento Interno não previu – nem o poderia – que a Comissão de Redação pudesse mudar o sentido das normas aprovadas.” (Ada Pellegrini GRINOVER. *O regime...*, cit., p. 430). A emenda constitucional previa também, em seu art. 3.º: “A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte”. De seu lado, a previsão interna da ANC quanto aos procedimentos, até o advento da Resolução 3/87, era a Resolução 2/87, de 25 de março daquele ano.

24. A Resolução 3/87, de 6 de janeiro de 1988, em seu artigo 12, previu que: “Concluída a votação, com ou sem emendas, a matéria será encaminhada a uma Comissão de Redação integrada por Constituintes a serem designados pelo Presidente, incluído dentre estes, o Relator. Parágrafo único. Apresentada a redação final, far-se-á a sua publicação no *Diário da Assembleia Nacional Constituinte* e em avulsos, sendo incluída em Ordem do Dia para votação em turno único no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. No encaminhamento da votação, poderão usar da palavra uma única vez, por 5 (cinco) minutos, 2 (dois) representantes de cada Partido.”

25. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*O Poder Constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 164); Saulo RAMOS (*A Assembleia Constituinte. O que pode e o que não pode: natureza, extensão e limitação dos seus poderes*. Rio de Janeiro: Alhambra, 1987). Com premissa e argumentação distintas: Goffredo TELLES JÚNIOR (*A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional*. 2. ed. Saraiva, 2014, pp. 59-71).

mente, constituiu-se em ato político, destinado a pôr cobro ao regime constitucional pretérito, e não a manter a Constituição emendada”.²⁶

O posicionamento aqui criticado escraviza o procedimento constituinte aos termos da Emenda Constitucional promulgada na ditadura. A interpretação, assim, desmerece a atividade constituinte porque, ao desligá-la do poder constituinte originário, amesquinha-a como poder derivado, limitado à norma que o convoca.²⁷

Não se encampa a tese segundo a qual o ferimento à forma proposta pela Emenda Constitucional 26/1985 redundaria em inconstitucionalidade. A fundação da nova ordem constitucional²⁸ rompe com a ordem constitucional anterior.

E, falando-se em sigilo de dados como alheios ou não à possibilidade de quebra com ou sem a necessidade de autorização judicial prévia, mesmo antes das emendas de redação que ocorreram no âmbito dos trabalhos da ANC (emendas que redundaram no “Projeto D” de Constituição Federal, votado em 22 de setembro de 1988, na vigência da Resolução 3/1987, como regimento da ANC), debatia-se outra redação ao dispositivo que viria a se tornar o art. 5.º, XII, do texto constitucional.

De fato, como consta do “Projeto B” (submetido à votação em Plenário em 5 de julho de 1988), o então art. 5.º, XIII, teria a seguinte redação:

“(…) é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, salvo, no último caso, por

26. Ingo Wolfgang SARLET, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 239.

27. No sentido deste texto, Daniel SARMENTO. *Por um constitucionalismo discursivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 84. E também, na doutrina constitucional brasileira que se formou: José Afonso da SILVA (*Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 78-81); Luis Roberto BARROSO (“Vinte anos da Constituição Federal de 1988: o Estado a que chegamos”. *Revista de Direito do Estado*, 10, abr.-jun. 2008, p. 33); Virgílio Afonso da SILVA (“Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado”. *Revista de Direito Administrativo*, 226, 2001, pp. 13-4 e 27-8); Paulo BONAVIDES (*Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 145-6).

28. Detalhes do procedimento constituinte podem ser vistos em Adriano Pilatti. *A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO; Lumen Juris. 2008.

ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual.”

Ali se notava que, antes das emendas de redação, o dispositivo vedava a quebra do sigilo das “comunicações” “de dados” e “telefônicas” sem prévia autorização judicial.

Com as alterações redacionais, elas redundaram na submissão à votação, em sessão unicameral e plenária, do que veio a ser o texto submetido à aprovação final pelos constituintes brasileiros, a saber: o “Projeto D”.

Tal votação teve lugar em 22 de setembro de 1988,²⁹ e o texto que foi promulgado em 5 de outubro é este:

Art. 5.º, “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”³⁰

Assim se chega a outro complicador do procedimento da ANC: o das emendas de redação. E, no ponto, adstrito à alteração regimental da ANC, em discurso de 23 de setembro de 1988, seu Presidente, após a votação nominal do texto aprovado pela Comissão de redação final, asseriu que: “o Regimento é meio e não fim. O fim, em qualquer texto legal, a Constituição, principalmente, é a verdade, é o bem, é justiça”.³¹

Depois, em entrevista a periódico nacional, pontuou o Presidente da ANC, que “da maneira como foi feita a votação, ficou cumprida a exigência de que todos os dispositivos fossem submetidos a dois

29. *A gênese do texto...*, cit., p. 30. A comissão de redação final foi instalada em 21 de abril de 1988 e teve o assessoramento do filólogo Celso Ferreira da Cunha e do constitucionalista José Afonso da Silva.

30. A votação, por parte dos constituintes, ao “Projeto D”, seguiu o previsto no art. 12, parágrafo único, da Resolução 3/87. Essa votação, aliás, no plenário da ANC, foi a 1021ª, acontecida em sua 340ª sessão. Foi a última votação antes da promulgação do texto constitucional (*A gênese...*, cit., p. 50).

31. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 23.09.1988, p. 14319. Citado em *A gênese*, cit., p. 7.

escrutínios. Mesmo as mudanças da comissão de redação já tinham sido aprovadas uma vez no fundamental, e foram ratificadas hoje”.³²

Surgiu o art. 5.º, XII, da Constituição do Brasil. Mas a alteração da Comissão de Redação tem outro detalhe, visto por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

2.2 *Abrangência da proteção dos dados (Tércio Sampaio Ferraz Júnior)*

O então professor Titular de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo escreveu influente³³ opinião dos incisos X e XII do art. 5.º da Constituição Federal.³⁴

Segundo sua concepção, que liga a expressão “comunicação” aos “dados” e às “comunicações telefônicas” (art. 5.º, XII, Constituição Federal), o dispositivo merece leitura bipartida: de um lado encontram-se as “correspondências e as comunicações telegráficas” e, de outro, os “dados e as comunicações telefônicas”.³⁵

32. *Folha de S. Paulo*, 23.09.1988, p. A-6. *A gênese...*, cit., p. 51. Em entrevista, um dos líderes na ANC, pelo PMDB, o constituinte e futuro Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, mencionou que: “só poderia se fazer alteração na comissão de redação, se, e somente se, a unanimidade de todos os membros concordasse. (...) E, aí, terminado o trabalho da comissão de redação, surgiu o problema de que a comissão de redação tinha introduzido textos que não tinham sido votados no plenário. Aí o Dr. Ulysses o que é que fez? O Dr. Ulysses, no final, quando foi votar o texto final, ele decidiu então fazer uma votação não simbólica, uma votação com maioria absoluta e nominal para ratificar tudo o que aconteceu na comissão e no 2º turno. A constituinte da época era soberana, tudo o que ela decidisse, ela podia decidir da forma que bem entendesse. O texto de 1988 é o texto da comissão de redação, que foi aprovado por maioria absoluta” (*A gênese...*, cit., pp. xxxii-xxxiii).

33. A ela fazem menção, por exemplo, o parecer da Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5063, ora em curso no STF, que questiona os dispositivos dos arts. 15 a 17, entre outros, da Lei 12.850. Também a ela se reporta o trabalho de delegado do Departamento de Polícia Federal no Brasil, Bruno Titz de REZENDE (“Sigilo de dados cadastrais bancários e telefônicos e o Poder Geral de Polícia”. *Segurança Pública & Cidadania*, vol. 3, n. 1, jan.-jun. 2010, pp. 34 e ss.).

34. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. in: Reinaldo PIZOLIO, Jayr Viégas GAVALDÃO JR. (coords.), *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 15-40.

35. “Sigilo de dados: o direito à privacidade...”, cit., p. 25.

Por conta disso, entendeu que “o que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na *comunicação* alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro”.³⁶ E “o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) *privativa* é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação”. Na sequência citou que “o inciso XII (proteção à comunicação de dados) impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não aos dados comunicados”.³⁷

Tal interpretação, que primeiro separa em dois blocos o dispositivo constitucional (de um lado, “correspondências e comunicações telegráficas” e de outro, “dados e comunicações telefônicas”) para ampliar a possibilidade de limitação ao sigilo, não é a encampada neste estudo. Isso, por duas razões.

A primeira, de interpretação da norma de direito fundamental que é a da garantia do sigilo, impõe ao intérprete que confira ao dispositivo interpretado a maior incidência protetiva possível. A leitura criticada reduz o âmbito de proteção da norma, na medida em que alarga a possibilidade de quebra de sigilo de dados por interpretação do dispositivo, ao invés de restringi-la. Parece ser razoável se ver o dispositivo constitucional como cláusula de barreira *contra* a intromissão estatal nos “dados”, e não, ao contrário, como permissivo da limitação do exercício de direito constitucional.

E a segunda, indicada pelos debates da ANC, impõe uma interpretação consentânea ao texto, tal qual configurado após a citada alteração na Comissão de Redação Final.

Como já dito, no “Projeto B” a redação conferida ao dispositivo era a seguinte: “das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas”. Mas, como constou do texto final da Constituição brasileira,

36. “Sigilo de dados: o direito à privacidade...”, cit., p. 25.

37. “Sigilo de dados: o direito à privacidade...”, cit., respectivamente, pp. 26 e 32. A expressão “liberdade de negação” foi retirada de conhecido jurista brasileiro, Pontes de Miranda, como “direito fundamental de “negação”, uma liberdade de “negação”: liberdade de não emitir pensamento exceto para um número reduzido ou exceto para um. Trata-se de uma “liberdade de “negação” de comunicação do pensamento (“Sigilo de dados: o direito à privacidade...”, cit., p. 22).

depois veio a dicção “das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”, A mudança no texto indica que não merece prestígio a opinião aqui criticada.

E o propósito da alteração foi o de excluir os “dados” do âmbito normativo circunscrito pelas “comunicações”. Isso se vê, até mesmo, pela proposta de redação surgida nos trabalhos da ANC.

Tal alteração decorreu da proposta de redação n. 495-1, de autoria do constituinte Hilário Braun, apresentada em 17 de setembro de 1988, que tinha essa justificativa: “o que este inciso pretende fixar é a inviolabilidade do sigilo de dados e não precipuamente o sigilo das comunicações de dados. Tal como está redigido, ela determina a inviolabilidade das comunicações de dados”.³⁸

Por isso, exposta a mudança na redação nos trabalhos da ANC e, explicitamente, seus motivos, não é possível se concordar com a opinião segundo a qual a proteção constitucional seria voltada às “comunicações” de dados e não aos “dados”.

O sigilo de dados, pois, mereceu a proteção constitucional como reconhecimento de algo inato à personalidade, isto é, os dados “são” (não propriamente no sentido de propriedade, e sim no sentido de esfera de entidade, de autodeterminação³⁹) de alguém; e não na

38. O texto da emenda de redação proposta e a sua justificativa pode ser consultado por documento disponível no site da Câmara dos Deputados do Brasil, pelo seguinte link: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-315.pdf>> (acesso em 16.12.14). A citada emenda e sua justificativa se encontram na p. 75 do documento em pdf.

39. Desde o julgamento, pelo Tribunal Constitucional Alemão, de 1983, sobre a lei de censos daquele país, cunhou-se a expressão, agora largamente difundida, de que o que está em questão quando se trata dos dados pessoais é o chamado “direito de autodeterminação informativa”. (HASSEMER. *Procesamiento...*, cit., p. 5). Desse autor, na mesma obra, e em outro capítulo, a consagração do termo aparece novamente: *El derecho a la protección de datos personales. Concepto, praxis y política.*, cit., p. 32); Gloria González FUSTER (*The Emergence...*, cit., pp. 176-8); Patricia Esquinas VALVERDE (*Protección de datos...*, cit., p. 19). Ernesto Pedraz Penalva fala em “mesmidade”, no sentido de “pertencimento” dos dados a alguém (“La utilización en el proceso penal de datos personales recopilados sin indicios de comisión delictiva”, em *Protección de datos y proceso penal...*, cit., p. 33). Francisco Javier Álvarez GARCIA. *El acceso por parte...*, cit., p. 64 (nota de rodapé). O Tribunal Constitucional alemão voltou a usar a expressão “autodeterminação informativa” em julgado de 24 de janeiro de 2012, quando apreciou a constitucionalidade de lei de telecomunicações alemã que tratava de processamento automático de informações de usuários de telefonia (BvR1299/05, §§ 102 e 121 e ss.).

dependência de que a sua violação mereceria tutela apenas se os dados fossem transmitidos de alguém a alguém, por intermédio de aparatos de comunicação.

No sentido deste texto se situa o aludido constitucionalista brasileiro que integrou a comissão de redação final da *ANC*, José Afonso da Silva, que leciona:

“(...) o sigilo de dados não se refere necessariamente aos dados das comunicações telefônicas. (...) o que não nos parece conformar-se com um bom entendimento da norma é entender que o *sigilo de dados* só se refere aos registros de uma comunicação telefônica que atestam sua existência, duração, destino etc. Entendemos que *sigilo de dados* se refere a cadastros de dados em geral, inclusive os utilizados pela ciência da informática e dados dos cadastros bancários.”⁴⁰

Malgrado a discordância neste texto dos dois autores acima referidos (itens 2.1. e 2.2), prevaleceu o entendimento segundo o qual o sigilo de “dados” pode ser afastado.

As nuances das razões pelas quais se consagrou esse ponto de vista se resumem a uma apriorística prevalência do interesse público (o combate à criminalidade, a segurança pública) sobre o interesse privado (o do titular do sigilo devassado).⁴¹

40. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2005, pp. 105-6. No sentido do texto, ainda que admita a quebra do sigilo de dados, Regina Maria Macedo Nery FERRARI. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 618. Também: André Augusto Mendes MACHADO e Andre Pires de Andrade KEHDI (“Sigilo das comunicações e de dados”. in: Antonio Scarance FERNANDES, José Raul Gavião de ALMEIDA, Maurício Zanoide de MORAES (coords.). *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 243); Rogério Lauria TUCCI (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 404); Miguel REALE JÚNIOR (“Incompetência do Ministério Público para a quebra de sigilo bancário”. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 124); Antonio Scarance FERNANDES (*Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 100).

41. Rogério Lauria Tucci, conquanto ressalve opinião sustentada em edição anterior da obra citada, curvou-se ao “entendimento pretoriano no tocante ao sigilo acerca de dados”, fazendo-o “mesmo tendo em conta a inexistência de edição de lei específica, a teor do mandamento constitucional autorizante” (*Direitos e garantias...*, cit., pp. 410-11). Por outra perspectiva, sem mencionar a posição jurisprudencial que se formou, José Afonso da Silva, na obra citada, admite como válidas duas interpretações: uma segundo a qual o sigilo de dados estaria infenso ao sigilo, mesmo que por autorização

Problematizada⁴² a questão constitucional – que voltará a ser analisada ao final – passa-se a analisar o processo legislativo que redundou nos arts. 15 a 17 da Lei 12.850/2013.

3. O processo legislativo que redundou nos arts. 15 a 17 da Lei 12.850/2013

Como dito, o fundo da questão atinente a dado cadastral e seu tratamento na Lei 12.850/2013 é uma opção política. Uma opção de atribuição, com maior ou menor limitação, de poderes ao Estado (ou a entes privados) no cumprimento de política pública. A análise dessa atribuição de poder é feita, aqui, para que se reflita sobre os seus limites.

Nisso é importante notar o processo legislativo que redundou na redação conferida aos arts. 15 a 17 da Lei 12.850. Seja pelo procedimento havido no Senado Federal, que foi a Casa Legislativa onde a tramitação da matéria se iniciou pelo PLS 150/2006, seja pela alteração que sofreu na Câmara dos Deputados, em que a matéria se atrelou à já debatida conformação da alteração na Lei de Lavagem de Dinheiro (que redundou na Lei 12.682/2012, especialmente em seu art. 17-B).

judicial; e outra que liga os “dados” às “comunicações telefônicas” no bloco interpretativo, justificando o levantamento do sigilo para ambos os casos. Curioso que o autor aponta uma interpretação constar da obra referida (*Comentário contextual...*, cit., p. 105-6) e a outra, também por ele encampada, em outra obra de sua autoria (*Curso de direito constitucional positivo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 436). Regina Maria Macedo Nery Ferrari reconhece de início que o constituinte brasileiro “primeiramente declara inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, e sobre eles não estende a ressalva que reserva para as comunicações telefônicas, no caso de quebra por ordem judicial e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Parece protegê-los de modo absoluto”. Páginas adiante, por conta da prevalência no aspecto da “comunicação” (e não dos “dados”) e por atrelar-se à “necessidade de proteção da segurança pública, de preservação da ordem jurídica e do bem-estar da população”, situa-se favorável à relativização do sigilo de dados, desde que sua suspensão venha por ordem judicial (*Direito constitucional...*, cit., pp. 614 e 617, respectivamente).

42. “Some rights were designated long ago as absolutes precisely because of the temptation to rethink them or relativize them in times of panic, insecurity, and anger” (Jeremy WALDRON. *Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*. New York: Oxford University Press. 2010, p. 12).

3.1 Tramitação do PLS 150/2006, até a publicação da Lei 12.850

No projeto de Lei 150/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko, tanto o “acesso a registro de ligações telefônicas, dados cadastrais, documentos e informações eleitorais, comerciais e de provedores de internet” quanto a “quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal” dependiam de “prévia autorização judicial”.⁴³

Daquele primeiro esboço do que viria a ser a Lei 12.850/2013, nota-se separação entre os “sigilos” (financeiro, bancário e fiscal), de um lado, e “acesso a documentos e informações eleitorais, comerciais e de provedores da internet”, de outro.

Tratava-se, no início – e ao contrário das discussões que redundaram na conformação do majoritário entendimento jurisprudencial e doutrinário na matéria –, de campos separados. Os dados de movimentação bancária e financeira (dinâmicos e atrelados a aspectos probatórios) teriam tratamento jurídico distinto do dispensado aos dados cadastrais (estáticos e de cunho informativo da qualificação dos sujeitos). Um não poderia ser visto como sinônimo dos outros em matéria de permissão constitucional e legal de quebra.⁴⁴

Tanto que, ainda conforme a redação do citado PLS, havia previsão específica à obtenção dos dados cadastrais:

“(…) a autoridade policial ou o Ministério Público, no curso da investigação policial ou da ação penal, poderão requerer, de forma fundamentada, a autorização do juiz para a obtenção de registros de ligações telefônicas, dados cadastrais, documentos e informações eleitorais, comerciais e de provedores de internet.”⁴⁵

Nas justificativas do citado Projeto de Lei constava, quanto à exigência de reserva de jurisdição, que:

“Quanto ao acesso a dados cadastrais, registros, documentos e informações, o projeto pautou-se pela estrita obediência aos preceitos constitucionais, notadamente ao art. 5.º, X, XI e XII,

43. PLS 150/2006, art. 3.º, IV, V e parágrafo único.

44. A distinção desponta pelo próprio texto do art. 15, da Lei 12.850/2013, que limita o poder requisitório de Delegados e Promotores aos aspectos “exclusivamente de qualificação pessoal, filiação e endereço”.

45. PLS 150/2006, art. 9.º. Na hipótese de recusa, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, o juiz poderia, inclusive de ofício, expedir mandado de busca e apreensão para a captura de tais dados.

da CF. Em que pese inexistir garantia absoluta em nosso ordenamento jurídico, caberá ao órgão judicial ponderar, no caso concreto, o conflito entre os direitos individuais e o interesse coletivo. Tal responsabilidade não poderia ficar a cargo do órgão policial ou do Ministério Público, cujas funções, na persecução criminal, são bem outras. A fórmula adotada é, seguramente, a mais adequada para evitar devassas injustificadas e medidas afoitas (art. 3.º, parágrafo único).”⁴⁶

Mesmo que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado tivesse, em 25 de novembro de 2009, resguardado a reserva de jurisdição na obtenção dos dados cadastrais, o artigo 16 do texto que acabou sendo remetido à Casa Revisora separava as hipóteses de “informações bancárias, comerciais, eleitorais, telefônicas e de provedores da rede mundial de computadores – *Internet*” dos dados cadastrais.

E isso porque, pelo texto enviado à Câmara dos Deputados em dezembro de 2009,⁴⁷ no art. 16, § 2.º, fez-se constar que, diferentemente das primeiras informações, “a exigência de autorização judicial não se aplica a dados de natureza cadastral, que deverão integrar o inquérito policial, os autos de peças de informação ou a denúncia”.

Já naquela Casa, em março de 2011, um parlamentar apresentou voto que propunha a supressão do § 2.º do art. 16, porque:

“Os dados de natureza cadastral se inserem no conjunto de direitos fundamentais do cidadão, e o acesso a eles requer prévia ordem judicial ordenatória da quebra do sigilo. Tal entendimento tem sido proferido em reiteradas decisões do STF que compre-

46. Justificativas que acompanharam o PLS 150/2006, p. 14.

47. Texto recebido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 09.12.2009 pelo ofício 2987/2009, e lá renumerado para PL 6578/2009. Logo no início, o relator designado pela Câmara dos Deputados, João Campos, asseverou, quanto à redação do art. 16, que “com respeito ao acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, lamentamos a não legitimação da autoridade policial e do Ministério Público para solicitar diretamente os dados de natureza cadastral de quem os detenha, buscando inspiração no dispositivo aprovado por esta Casa no PL 3731/1997 (PLS 67/1996), como art. 20, bem como no PL 3.443/2008, que versa sobre lavagem de dinheiro. Deixo de apresentar Emenda de Mérito com o propósito de abreviar o Processo Legislativo e por considerar que o assunto já consta de outro Projeto em tramitação.” (PL 6578/2009 – Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado – p. 11-12).

endem os dados cadastrais como inseridos nas garantias fundamentais relativas à privacidade (art. 5.º, X, da CF).”⁴⁸

O entendimento ficou vencido. Em nova manifestação, quando a Câmara havia encaminhado a matéria à Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, novo Relator entendeu que “quando se tratar de organizações criminosas, a exigência de autorização judicial não se aplica a dados de natureza cadastral, que deverão integrar o inquérito policial, os autos de peças de informação ou a denúncia”.⁴⁹

Ainda nos debates da Câmara, propôs-se nova redação ao dispositivo:

“Art. 15. Ressalvados os sigilos constitucionais, todos os dados cadastrais, registros, documentos e informações referentes ao investigado serão acessíveis ao Delegado de Polícia e ao Ministério Público, independentemente de autorização judicial, para a apuração dos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º.”⁵⁰

A partir daí, importante mudança veio após a redistribuição do Projeto de Lei à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, motivada por claro – malgrado não atentado – interesse.

O Relator da Comissão, Deputado Vieira da Cunha, em justificativa de parecer de 20 de setembro de 2012, lembrou que a partir de “reunião realizada no dia 5 de setembro, com o colega Deputado João Campos e representantes do Ministério da Justiça, definimos nova redação ao inciso (...)” e ainda, “assim como procedemos, de comum acordo, a pequenos ajustes de redação ao texto anterior”.

No mesmo texto aquele deputado disse que:

“(...) por sugestão do Ministério da Justiça, por mim e pelo Deputado João Campos acatada na data de hoje, foram feitas as seguintes alterações no substitutivo apresentado no último dia 5 de setembro: (...) nova redação do artigo 15, para adequá-la ao

48. Voto em separado 2, CSPCCO (Deputado Arnaldo Faria de Sá).

49. Voto, com parecer, do Deputado João Campos, pela aprovação do PL 6578/2009, com emendas, apresentado em 03.08.2011.

50. Parecer do relator 1, CCJC, Deputado Vieira da Cunha, de 14.06.2012.

que dispõe a Lei 12.683/2012, editada para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.”⁵¹

A matéria foi discutida em turno único no Plenário da Câmara dos deputados em 05 de dezembro de 2012. Aprovada, voltou ao Senado renumerada como PL 6578-B/2009. Ali não sofreu alterações até a publicação da Lei 12.850/2013.

Nota-se que a partir da menção ao processo legislativo do PLS 150/2006 até a sanção presidencial da Lei 12.850/2013, houve na Câmara dos Deputados tratamento distinto do que vinha sendo dado pelo Senado aos dados cadastrais, em aproveitamento das discussões quando que se debateu o teor da alteração na lei de lavagem de dinheiro.

Por isso, esclarecida a questão político-criminal de fundo na discussão sobre dados cadastrais, é útil entender os próprios debates havidos até a edição da Lei 12.683/2012.

3.2 Tramitação do PLS 209/2003, até a publicação da Lei 12.683

O tratamento dos dados cadastrais, desde o Projeto de Lei de iniciativa do Senador Antonio Carlos Valadares, sempre foi central. No texto inicial constava (art. 15, § 2.º) que “informações meramente cadastrais de clientes e usuários podem ser fornecidas às autoridades competentes sem a necessidade de prévia autorização judicial”.

A justificativa era de pura conveniência:

“(…) vários são os empecilhos práticos, objeto de preocupação por parte da presente proposta, os quais o Judiciário, o Ministério Público e a polícia têm encontrado no combate ao crime de lavagem de dinheiro. Entre eles, podem ser citados: a renitência das instituições bancárias e outros órgãos, tais como empresas telefônicas, Receita Federal, entre outros, em fornecer informações, mesmo que somente cadastrais, sobre clientes e/ou usuários,

51. Parecer do relator 3, CCJC, Deputado Vieira da Cunha, de 20 de setembro de 2012, p. 5. A redação então conferida ao art. 15 passou a ser a seguinte: “Art. 15. O Delegado de Polícia e o Ministério Público terão acesso aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.”

sob a repisada alegação de sigilo; o encaminhamento de informações, objeto de quebra de sigilo, incompletas e ilegíveis, ensejando reiteradas cobranças; a inflexibilidade da quebra do sigilo bancário, pois para cada requisição de documentos ou informação é necessária nova quebra de sigilo, o que torna a persecução penal insuportavelmente morosa.”⁵²

Ainda no Senado, na Comissão de Assuntos Econômicos, o parecer oferecido pelo Senador Pedro Simon, acrescentando o artigo 17-B ao projeto de lei, foi aprovado. Assim, passou-se a ter o seguinte texto de lei projetada:

“Art. 17-B: A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela justiça eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.”⁵³

Com a redação final do texto, de 8 de maio de 2008, encaminhou-se o projeto de lei à Câmara dos Deputados, o que se deu pelo ofício SF n. 710, encaminhado em 20 de maio. Na Câmara, o projeto recebeu o número PL 3443/2008, tendo sido encaminhado às Comissões de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e de Constituição, Justiça e Cidadania. O relator da primeira das comissões se pronunciou com cautela quanto à constitucionalidade do dispositivo projetado no art. 17-B.⁵⁴

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara, dos dois relatores que se sucederam no tema, nenhum vislumbrou

52. PLS 209, de 28 de maio de 2003, p. 3.

53. Parecer oferecido em 27 de março de 2007.

54. Pelo texto do parecer relator PRL 1 CSPCCO, “Será da competência da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania analisar a constitucionalidade do art. 17-B, por dispensar autorização judicial por parte da autoridade policial e do Ministério Público ao acesso dos dados cadastrais do investigado mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito” (pp. 8-9). Naquela comissão, houve dois votos em separado (um do deputado Lincoln Portela, em 16.12.2008 – VTS 1 CSPCCO) e outro, do deputado Geraldo Pudim, de 01.12.2009, pela inconstitucionalidade do citado dispositivo. Entendiam os dois parlamentares que o dispositivo “fere o inciso XII do art. 5.º da CF/1988”.

vício de inconstitucionalidade. Vale destacar, da última manifestação, que:

“(…) além de constituírem-se tais informações em ferramentas necessárias ao sucesso da investigação criminal, são elas de caráter meramente identificatório, e não de conteúdo. O que a Lei Maior garante no inciso XII, do seu art. 5.º, é a inviolabilidade do conteúdo da correspondência, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados.”⁵⁵

Em 25 de outubro de 2011, discutiu-se o texto em turno único no Plenário da Câmara dos Deputados e o Relator da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Deputado Miro Teixeira, ofereceu parecer que foi aprovado.

Em seu texto, consta a seguinte passagem:

“(…) aqui não está, como se pensou no momento, o poder para quem quer que seja – quer seja político, quer seja delegado, quer seja juiz, quer seja promotor, quer seja procurador – obter diretamente, por conta própria, acesso a dados cadastrais do cidadão de modo geral. Só com ordem judicial, sim. É preciso dar essa garantia aos cidadãos, até porque nós, Parlamentares, personalidades da vida pública, a começar da nossa declaração do Imposto de Renda, temos tudo disponibilizado nos órgãos de controle.”⁵⁶

Após a votação, o texto voltou ao Senado, pelo ofício 349/11/S-GSE, de 1.º de novembro de 2011. Em 9 de julho de 2012, foi publicada a Lei 12.683/2012.

Nem mesmo no âmbito do processo legislativo concernente à alteração na lei de lavagem de dinheiro a matéria de dados cadastrais foi consensual.

A conformação do tema, mais uma vez, foi pautada por argumentos de política criminal, conveniência da investigação (celeridade na recepção das informações), pela matéria (criminalidade organizada), e pressuposta pequena importância da garantia (dados

55. Parecer do relator Colbert Martins. PRL 1 CCJC, 09.11.2009, p. 7.

56. Parecer pela aprovação da emenda substitutiva global de plenário 1 e pela rejeição da emenda de plenário 2, p. 2.

sem conteúdo probatório⁵⁷). Isso foi transposto fielmente para a Lei 12.850/2013.

Diagnosticado o cenário, e como antecipado na introdução, são úteis breves menções ao contexto europeu da proteção de dados pessoais em persecuções penais. Seja para se perceber eventuais similitudes com o tratamento brasileiro, seja para, nas diferenças, atingir-se proposta de reconfiguração.

4. O sigilo de dados no sistema de persecução penal europeu

Na Europa, a partir da perspectiva da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a proteção à privacidade pode ser vista pela interpretação conferida ao art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁵⁸ Já, pela perspectiva das normativas mais específicas e internas da União Europeia, deve-se ter atenção às diretivas e decisões-quadro do Conselho da Europa. De qualquer forma, lá a proteção aos dados cadastrais tem nuances que ora contrariam o sistema brasileiro, ora dele se aproximam.

A contrariedade está no escopo de proteção e, em medida distinta do que se vê na Lei 12.850/2013, na atenção à fundamentação prévia para o acesso aos dados, aos limites para o emprego das informações neles contidas, na previsão de normas quanto ao consenso do seu titular em sua utilização, no direito de o titular ser informado do armazenamento de seus dados e também nas previsões de controle

57. Essa interpretação restritiva do dispositivo é encampada, na doutrina brasileira, por Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ e Pierpaolo Cruz BOTTINI. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 356.

58. “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros” (tradução para o português da Convenção Europeia dos Direitos do Homem com as modificações introduzidas pelos Protocolos ns. 11 e 13, do site da Convenção: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> – acesso em 03.11.2014).

(das justificativas, dos usos e do descarte dos dados armazenados) por entidades alheias às investigações criminais.⁵⁹

As aproximações, particularmente pelas interpretações em julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁶⁰ e pela interpretação doutrinária correlata, ficam por conta da permissividade de tal armazenamento no atendimento de situações justificadas em critérios do direito doméstico de cada país integrante da comunidade europeia.⁶¹⁻⁶²

59. Gloria González Fuster fala, a partir do advento da *Datenschutz*, de 07.10.1970 (The Data Protection Act of the German Federal State of Hesse) de 1970, em seis componentes básicos: (a) o princípio do processamento justo, (b) o princípio do propósito específico; (c) o princípio da necessidade de base legítima, que poderá ser o consenso do titular dos dados; (d) o direito de acesso do titular aos dados; (e) o direito de retificação dos dados; (f) o princípio de supervisão independente. (*The Emergence...*, cit., p. 4).

60. Há, também, manifestações do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (ex: *Promusicae* (C-275/06), j. 29.01.2008; *Österreichischer Rundfunk and Others* (C-465/00, C-138/01, C-139/01), j. 20.05.2003; *Lindqvist* (C-101/01), j. 06.11.2003). Como já explicitado, a proposta deste texto não é se aprofundar em todas as nuances que aquele continente dá à matéria, e sim, aos seus traços essenciais.

61. Mesmo que pareça estranha a aproximação a partir dos contextos tão variáveis (múltiplas ordens nacionais, ou uma só), as justificativas para as limitações às proteções de dados cadastrais em matéria processual penal servem de critério político-criminal uniformizador dos dois discursos. Na Europa e no Brasil as ideias de prevenção de crimes e tutela de segurança do Estado reverberam de maneira parecida.

62. A permissividade se nota na utilização do conceito da chamada “margem de apreciação” que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconhece a cada país integrante da comunidade europeia, como justificativa plausível para o tratamento do tema. O conceito de “margem de apreciação”, problemático até porque suscita a potencialidade de esvaziamento da impositividade das normas convencionais europeias e se aproxima de uma noção de “judicial self-restraint”, não será aqui explorado. De toda forma, nesse aspecto vale lembrar da observação de Trechsel, segundo quem “this discretion is indeed very broad, as matters of security are highly political and the Court is extremely reluctant to say that in a particular case certain measures could not have been regarded as ‘necessary’”. (*Human Rights in criminal...*, cit., p. 555). Com alguma variação, atentos ao problema da “margem de apreciação” no tratamento do Tribunal na matéria, David J. HARRIS, M. O’BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on human rights*. London: Butterworths, 1995, pp-290-1. Ainda, com ampla citação de precedentes do Tribunal, JACOBS, WHITE & OVEY. *The European Convention on Human Rights*. 6. ed. Oxford, United Kingdom; New York, NY: Oxford University Press. 2014, pp. 325-33 (especialmente notas de rodapé ns. 133 e 134). E também Maria TZANOU. *Data protection in the EU Law...*, cit., pp. 282-3.

4.1 Tratamento do tema pelo Conselho da Europa (a Convenção de Estrasburgo)

Na Europa⁶³ importa tratar do tema a partir da década de 80 do século passado, com o advento da Convenção de Estrasburgo de 1981, adotada pelos integrantes do Conselho da Europa,⁶⁴ e dos documentos que a ela se seguiram. Isso, sem prejuízo de tratamento mais específico das interpretações dadas ao art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁶⁵

63. De acordo com Têmis Limberger, houve três fases de amadurecimento do tratamento do tema naquele continente. A primeira fase teria tido início com o “rigor na criação dos arquivos informatizados”, inaugurada na década de 70 com a lei do Estado de Hesse, na Alemanha; a segunda fase seria a de menor rigor na tutela dos direitos fundamentais envolvidos com criações de arquivos e se citaram como exemplos leis da França (06.01.1978), Islândia (26.05.1981) e Luxemburgo (30.03.1979). A terceira fase foi inaugurada com a convenção já citada neste texto, de 1981 – Convenção CETS 108/1981, doravante chamada de “Convenção de Estrasburgo” (“Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão”, in: Ingo Wolfgang SARLET (coord.), *Direitos fundamentais, informática e comunicação. Algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 202-3). Na doutrina brasileira, conferir também, quanto ao aspecto “geracional” pelo qual passou o tratamento do tema na Europa, Danilo DONEDA: *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 206-217). Filippo Donati, sem dizer em “fases” pelas quais o tratamento da matéria passou na Europa, entende que a primeira preocupação, no âmbito comunitário, deu-se com a Resolução do Conselho de Ministros 22(73), de 26 de setembro daquele ano, seguida pela Resolução 29(74), de 29 de setembro daquele ano (*Article 8. Protection of personal data*. In *Human Rights in Europe. Commentary on the charter of fundamental rights of the European Union*. Edited by William B.T. Mock & Ginmario Demuro. Durham: Carolina Academic Press. 2010, p. 54). Sobre a evolução legislativa europeia no tema, ver ainda: Gloria González FUSTER. *The Emergence...*, cit.

64. Em 2013, o Conselho da Europa era constituído por 47 Estados-membros, sendo que deles, 28 eram também Estados-Membros da União Europeia. Todos os Estados-Membros da União Europeia ratificaram a Convenção, e, inclusive, em 1999, admitiu-se inclusive a adesão aos seus termos da União Europeia (*Manual da Legislação Europeia...*, cit., pp. 15-17).

65. Na intrincada convivência de normas de direito comunitário e direito nacional europeias, indica-se não só que o Conselho da Europa tem papel de destaque como “organização intergovernamental” que impulsiona a aplicação dos ditames advindos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Maria Luísa DUARTE. “O Tratado de Lisboa e o sistema de protecção dos direitos fundamentais”. *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais*. Nuno Piçarra (coord.). Coimbra: Almedina. 2011, p. 96), como há quem afirme que, até hoje, essa Convenção é único instrumento internacional com força vinculativa no campo de protecção de dados (“the only legally Binding international instrument in the data protection field”) (*Mass Surveillance*. Report.

Pela Convenção de Estrasburgo, “dados pessoais” foram conceituados como “qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável”; “arquivo de dados automático” significa “qualquer conjunto de dados que possam ser automaticamente gerados”; e, por fim, “controlador do arquivo” é “a pessoa natural ou legal, autoridade pública, agência ou qualquer outro corpo que é competente conforme a legislação nacional para decidir qual deve ser o propósito de arquivo de dados automáticos, que categorias de dados pessoais devem ser armazenados e quais operações devem ser dirigidas a eles”.⁶⁶

Depois, os dispositivos dos artigos 5.º, 6.º, 8.º e 9.º da Convenção trataram das garantias específicas e sua derrogação. Pelo art. 5.º, no que diz respeito à “qualidade dos dados”, eles devem ser (a) obtidos e processados com justiça e nos termos da lei,⁶⁷ (b) armazenados para fins especificados e legítimos e não usados de maneira incompatível com esses fins, (c) adequados, relevantes e não excessivos em relação aos fins para os quais eles são armazenados, (d) exatos e, se necessário, atualizados⁶⁸ e (e) preservados de forma que permita a identificação dos sujeitos dos dados por tempo não superior ao requerido para os fins aos quais aqueles dados são armazenados.

No artigo 6.º se cuidou dos “dados especiais”, como aqueles pelos quais se revela a origem racial, a opinião política ou religiosa ou outras crenças, assim como dado concernente à saúde ou vida sexual. Estes não podem ser processados automaticamente a não ser que leis internas prevejam garantias apropriadas. O mesmo cuidado se exige com dados atinentes às condenações criminais.

Rapporteur: Mr. Pieter Omtzigt. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Council of Europe. Parliamentary Assembly. Documento referendado pelo comitê em 26.01.2015, p. 24, item 94. Visto em: <<http://website-pace.net/documents/19838/1085720/20150126-MassSurveillance-en.pdf>>, acesso em 27.07.2015). Assim também, na afirmação de que “a Convenção 108 era, e ainda é, o único instrumento internacional juridicamente vinculativo no domínio da proteção de dados”, *Manual da Legislação Europeia...*, cit., p. 16).

66. Convenção de Estrasburgo: art. 2, “a”, “b” e “d”.

67. Tradução do autor para “fairly and lawfully” (art. 5, “a”).

68. Tradução do autor para “accurate and, where necessary, kept up to date” (art. 5, “d”).

No artigo 8.º a Convenção cuidou das garantias adicionais aos sujeitos dos dados, valendo citar, entre outras a (a) de estabelecer a existência de um arquivo de dados automático, seus fins principais, assim como a identidade e domicílio do controlador do arquivo, (b) a de obter, em intervalos de tempo razoáveis e sem atrasos ou custos excessivos, confirmação de que dados pessoais relacionados ao sujeito estão armazenados nos arquivos automáticos, assim como a comunicação dos dados de forma inteligível, (c) obter, se for o caso, retificação ou cancelamento dos dados se eles tiverem sido processados contrariamente às previsões de direito interno, (d) remédio para o pedido de confirmação ou, se o caso, comunicação, retificação ou cancelamento do dado.

O artigo 9.º tratou das restrições às garantias. Ali se vê que as normas dos artigos 5.º, 6.º e 8.º podem ter a incidência afastada se, conforme lei do Estado-parte, a derrogação for “medida necessária em sociedade democrática no interesse de (a) proteção da segurança do Estado, segurança pública, interesses monetários do Estado ou a supressão de crimes; (b) proteção de sujeitos dos dados ou direito e liberdades de outros”.⁶⁹

4.2 Evolução do tratamento do tema na União Europeia (da Diretiva 95/46 até a Decisão-Quadro DQ – 2008.977/JAI)

Na esteira das definições e regras gerais da licitude da obtenção e armazenamento dos dados contidas no art. 5.º da Convenção de Estrasburgo, em 1995⁷⁰ o Conselho de Ministros da União Europeia decidiu levar a efeito a Diretiva 95/46.⁷¹

De acordo com esse documento, se por um lado adotou como premissas aquelas segundo a qual “os sistemas de tratamento dos dados estão a serviço do Homem” (item 2) e “o objetivo das legislações nacionais relativas ao tratamento de dados pessoais é assegurar

69. Tradução livre de “protecting State security, public safety, the monetary interests of the State or the suppression of criminal offences” e “protecting the data subject or the rights and freedoms of others” (art. 9, 2, “a” e “b”).

70. Diretiva 95/1946, item 28.

71. Aponta-se que tal diretiva “visa dar corpo aos princípios do direito à privacidade já consagrados na Convenção 108 e alargar sua aplicação” (*Manual da Legislação Europeia...*, cit., p. 19).

o respeito dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente do direito à vida privada, reconhecido não só no artigo 8º da Convenção europeia para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” (item 10), por outro cuidou de limitações à garantia da privacidade.⁷²

Assim, por exemplo, no item 13, entendeu que as atividades relativas “à segurança pública, à defesa, à segurança do Estado ou às atividades do Estado no domínio penal” não estão abrangidas pela norma de direito comunitário.

Já nos itens 30 e 38, a Diretiva tratou do consenso do sujeito fornecedor dos dados para armazenamento sob duas perspectivas. A primeira, no art. 30, cuidou do consenso como pré-requisito da licitude da obtenção e armazenamento de dados pessoais, ao lado de situações que o excluem, como por exemplo, o armazenamento do dado “ser necessário para o cumprimento de uma obrigação legal, ou para a execução de uma missão de interesse público ou para o exercício da autoridade pública”. E a segunda, como pré-requisito à lealdade no tratamento dos dados, em que se previu o necessário “conhecimento da existência dos tratamentos”, possibilitando ao titular dos dados armazenados “obter, no momento em que os dados lhe são pedidos, uma informação rigorosa e completa das circunstâncias dessa recolha”.

Aquela diretiva cuidou, também, nos itens 62 e 63 (com reflexos no art. 29) das autoridades de controle, com total independência, como elemento essencial das pessoas no que se refere ao tratamento dos dados pessoais.

Depois disso, e especificamente com vistas à proteção de dados pessoais em persecuções penais, novamente o Conselho da União Europeia, em 2008, editou norma de armazenamento de dados cadastrais dos cidadãos. Isso foi o que se deu com a edição da Decisão-Quadro – doravante *DQ* – 2008.977/JAI de 27 de novembro, relativa

72. De acordo com Filippo Donati essa diretiva introduziu em definitivo na União Europeia a preocupação com a proteção da privacidade e o processamento de dados pessoais (*Article 8...*, cit., p. 55).

à “proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal”.⁷³

Logo no primeiro dos *consideranda* da *DQ*, apontou-se que o pretendido “nível de segurança” a ser garantido aos cidadãos europeus dependeria de implemento de ações estatais em prol da cooperação interestatal. E, no item 3, previu-se que “critérios comuns em matéria de proteção e tratamento de dados pessoais” poderiam “contribuir para a prossecução dos objetivos de prevenção e combate ao crime”.

Assim, como consta do item 6 daquela *DQ*, sua aplicação se dá nos casos de “prevenção, investigação, deteção, repressão de infrações penais e execuções de sanções penais”.⁷⁴ De toda forma, como consta no item 10, o tratamento no âmbito nacional da proteção de dados pessoais “não deverá implicar uma diminuição da proteção”, mas, ao contrário, deve ter “por objetivo garantir um elevado nível da sua proteção na União”.

A *DQ* especifica os “objetivos da proteção de dados no quadro das atividades policiais e judiciárias” e por isso cobra o estabelecimento de “regras relativas à licitude no tratamento de dados pessoais, a fim de garantir que quaisquer informações eventualmente transmitidas foram tratadas licitamente e em conformidade com princípios fundamentais respeitantes às qualidades dos dados” (Item 11).⁷⁵ E tratou dos “direitos dos titulares” dos dados em questão (item 28).

73. Reitera-se a intenção de não descer às minúcias do quadro normativo da Europa. De toda forma, essa *DQ* insere-se no sistema legislativo da União Europeia, assim como a anterior Diretiva 95/1946; e ambas são inconfundíveis entre e si e, também, com a Convenção de Estrasburgo – essa última, adstrita ao Conselho da Europa. Ainda assim, “a decisão-quadro relativa à proteção de dados baseia-se, em grande parte, nos princípios e definições constantes da Convenção 108 e da Diretiva de Proteção de Dados” (*Manual da Legislação...*, cit., p. 160).

74. Por aquele *considerandum*, deixa-se aos Estados a possibilidade de determinarem com exatidão quais as finalidades que devem ser consideradas incompatíveis com as que determinaram a recolha. Previu-se, também, que o tratamento posterior para fins históricos, estatísticos ou científicos não deverá ser considerado incompatível com a finalidade originária do tratamento.

75. Tal como visto na Convenção de Estrasburgo e também na Diretiva 95/1946, previu-se, no item 27, a necessidade de o Estado-Membro garantir ao titular do dado que ele seja informado de que os dados estão recolhidos, tratados ou transmitidos a outro Estado-Membro, ou podem vir a sê-lo, para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou execução de sanções penais.

As definições que ela trata, diversamente das vistas na Convenção de Estrasburgo e na Diretiva 95/1946, são mais amplas, desde o que ela toma por “dados pessoais”,⁷⁶ até o “tratamento de dados pessoais”,⁷⁷ e chega a cuidar do “consentimento”.⁷⁸

No que diz respeito aos fins pelos quais se armazenam dados pessoais, a *DQ* dispôs, no art. 3.º, item 1, que:

“(…) os dados pessoais podem ser recolhidos pelas autoridades competentes apenas para finalidades especificadas, explícitas e legítimas, no âmbito das suas funções, e podem ser tratados exclusivamente para a finalidade para que foram recolhidos. O tratamento dos dados deve ser lícito e adequado, pertinente e não excessivo em relação à finalidade para que foram recolhidos.”⁷⁹

A *DQ* também previu, no que tange à previsão dos direitos dos titulares de dados, no art. 16, que eles devem ser informados, pelo Estado-Membro, “da recolha ou tratamento de seus dados pessoais pelas autoridades competentes, em conformidade com a legislação nacional respectiva” (art. 16).

Mas o próprio direito de ciência, garantido em “intervalos razoáveis, sem entraves, sem demora indevida e sem custos” (art. 17, 1) de que os dados foram recolhidos para alguma finalidade inata à persecução penal, sofre restrições. Elas aparecem se seu fornecimento signifique (a) entrave aos inquéritos, investigações ou procedimentos oficiais ou legais; (b) risco de prejuízo à prevenção, detecção, inves-

76. Art. 2.º, “a”: Dados pessoais são “qualquer informação relativa a uma pessoa singular, identificada ou identificável (titular); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”.

77. Art. 2.º, “b”: “Tratamento de dados pessoais” e “tratamento” são considerados como qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registro, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, o bloqueio, o apagamento ou a destruição.

78. Art. 2.º, “g”: “Consentimento do titular”, qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, que aceita que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.

79. As alíneas “a” a “c” tratam de extensão permitida no armazenamento dos dados, seja por outra finalidade, seja por legislação de cada país que preveja pormenores na matéria, seja por proporcionalidade e necessidade a depender da específica finalidade.

tigação ou repressão de infrações penais ou à execução de sanções penais; (c) risco à proteção à segurança pública; (d) à proteção da segurança nacional; ou por fim (e) à proteção de dados ou direitos e liberdades de terceiros (art. 17, 2, alíneas “a” a “e”).⁸⁰

Na decisão quadro, também se previu a atuação de “autoridades nacionais de controle” (art. 25), outorgando a seus membros a “total independência no exercício das funções que lhes são atribuídas”, destacadamente para conhecer os dados coletados, intervir com a emissão de pareceres antes de se proceder ao tratamento dos dados, ordenar seu bloqueamento, apagamento ou destruição, proibir temporária ou definitivamente o tratamento e até de advertir ou censurar o responsável pelo seu tratamento.

Como se notou das menções às normas europeias (sejam do Conselho da Europa, sejam da União Europeia), o tema de armazenamento e transmissão de dados cadastrais dos cidadãos, se, por um lado (como diz Stefan Trechsel), é mais ligado à segurança e à polícia do que aos processos penais, ainda assim, é bastante próximo dos últimos.⁸¹ Isso é o que se vê, inclusive, pela interpretação conferida ao art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Afinal, se “a informação sobre uma pessoa que é normalmente limitada à essa própria pessoa se torna aberta aos ‘outsiders’, e essa pessoa acaba por parecer como se feita de vidro, largamente transparente, a autonomia como aspecto da privacidade demanda uma autodeterminação na área da informação. O indivíduo basicamente precisa ser apto a decidir que informações revelar e a quem”.⁸²

80. Nem mesmo a comunicação das justificativas da negativa do acesso ao titular dos dados, “que é simultaneamente informado dos motivos factuais ou legais em que se baseia a decisão tomada” é exigível se ocorrer alguma das hipóteses listadas acima, nas alíneas “a” a “e” do art. 17, 2.

81. *Human Rights...*, cit., p. 552.

82. TRECHSEL. *Human Rights...*, cit., p. 553. A metáfora do “homem de vidro” foi tratada por Anderson Schreiber ao apontar que “a oposição entre privacidade e segurança revela-se, assim, enganosa, na medida em que ter menos privacidade significa que certos entes – públicos ou privados – terão acesso e controle sobre dados pessoais, expondo o titular dessas informações a novos riscos que não podem ser sequer conhecidos, na medida em que o modo de utilização dessas informações não são revelados” (“Direito à privacidade no Brasil: avanços e retrocessos em 25 anos de Constituição”. in: Clèmerson Merlin CLÈVE e Alexandre FREIRE (Coords.), *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 195). Hassemer usa metáfora distinta,

4.2 *Interpretações em julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*

Basicamente se pode situar a questão, a partir de agora, no art. 8.º, item 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no que ali se veem como justificativas para a ingerência estatal na privacidade: não só a legalidade estrita, mas a exigência de se cuidar de providência em “sociedade democrática”, e ser a ingerência “necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais”.

Trocando em miúdos, para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o tripé legitimador da intervenção é exigência da legalidade, o fim legítimo a se atingir, e a proporcionalidade entre a medida e sua necessidade em sociedade democrática.⁸³

Quanto à legalidade, em *Leander vs. Sweden*, o Tribunal entendeu que a lei deve ser acessível ao cidadão que seja o “alvo” do armazenamento de seus dados cadastrais e deve trazer, com clareza, as consequências de tal armazenamento para o cidadão implicado.⁸⁴ Além disso, deve indicar com clareza as circunstâncias e condições pelas quais autoridades públicas obtiveram a prerrogativa de proceder a tal ingerência.⁸⁵

Depois o Tribunal passou a exigir que a lei doméstica indicasse também o objetivo que autorizaria às autoridades públicas proceder ao armazenamento dos dados, a maneira com que eles são armazenados, e explicitasse o fim da medida e previsse o tempo de duração do arquivo que então se formaria.⁸⁶

mas de mesma carga retórica: “cidadão de cristal”. Para ele, o cidadão de cristal é o “o fantasma no moderno Estado faminto de informação” (*El Derecho a la protección...*, cit., p. 33).

83. TRECHSEL. *Human Rights...*, cit., p. 554. D. J. HARRIS, M. O'Boyle, C. WARBRICK. *Law of the European Convention...*, cit., pp. 286-291. JACOBS, WHITE & OVEY, *The European Convention...*, cit., p. 309.

84. Com essa extensão na interpretação: Carlo RUSSO e Paolo M. QUAINI. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della corte di Strasburgo*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 162. JACOBS, WHITE & OVEY, *The European...*, cit., p. 312.

85. TEDH, caso *Leander vs. Sweden*. Appl. 9248/81, j. 26.03.1987, §§ 50 e 51.

86. TEDH, Caso *Rotaru vs. Romania* (Appl. 28341/95, j. 04.05.2000), §§ 55, 57, 61. No § 58 a Corte entendeu que deve haver também previsões em leis domésticas que

No que comporta ao fim legítimo a se perseguir, aparece complexidade que motiva distintas interpretações.

Isso porque, malgrado Stefan Trechsel lembre que o Tribunal jamais tenha colocado em xeque este ponto e seria nítido que esse fim estaria na prevenção de desordem,⁸⁷ há como se entender que os fins colocados no art. 8.º, “2”, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem são colocados em *numerus clausus* e, assim, medidas de armazenamento de dados cadastrais que fujam daqueles fins não seriam admitidas.⁸⁸

Mas, ainda aí, há outra nuance. É que as expressões são tão vagas (prevenção de crimes, proteção de ordem pública, interesses de segurança nacional) que, como dizem D. J. Harris, M. O’Boyle e C. Warbrick, os Estados podem usualmente tornar plausíveis suas defesas perante o Tribunal sem boa razão que justifique a interferência.

Isto é: pode se dar o caso de não haver fim legítimo algum a ser *realmente* o justificador da interferência na privacidade, ou até se tratar de uma alegação *de má-fé* por parte do Estado para legitimá-la. Mais que isso, uma justificativa amparada num dos fins previstos no art. 8.º, “2” da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pode ser desconectada de outro de seus fins. E com isso se propõe que se o Tribunal se julgar satisfeito com o atendimento de *um* dos fins, isso já serviria à legitimação da interferência; mas que, caso *um* dos fins não tivesse sido adequadamente justificado, deveria a Corte passar à análise dos *outros* fins previstos e alegados pelo Estado.⁸⁹

protejam o cidadão contra abusos, porque “um sistema de vigilância secreta designado para proteger a segurança nacional comporta o risco de minar ou até destruir a democracia com base na razão de sua própria defesa”. Mais recentemente: caso *Shimovolos vs. Russia*. Appl. 30194/09, j. 28.11.2011, § 68.

87. *Human Rights...*, cit., p. 540 e 555. Há precedente do Tribunal (*Lambert vs. France* – app. 88/1997/872/1084, j. 24.08.1998) no qual se entendeu que “the interference was designed to establish the truth in connection with criminal proceedings and therefore to prevent disorder” (§ 29). Assim também, JACOBS, WHITE & OVEY. *The Convention...*, cit., p. 314.

88. Como interpretam, por exemplo, Carlo Russo e Paolo M. QUAINI. *La Convenzione...*, cit., p. 162.

89. *Law of the Convention...*, cit., p. 289.

No que concerne à proporcionalidade, preocupa-se o Tribunal com a análise entre a interferência no direito à privacidade e a sua necessidade numa sociedade democrática. A expressão utilizada aqui é a “necessidade social premente”.⁹⁰ Cuida-se não só de dizer que a interferência é necessária, mas que ela “tinha de haver”.⁹¹ Afirma-se, neste texto: mais do que “may do”, importa o “must do”.

Com mais detalhamento, e pelos precedentes da Corte, pode-se concluir que a “necessidade” significa, em verdade, uma “estrita necessidade”, o que é mais rígido do que mero juízo de “útil” ou “desejável”.⁹² Aliás, a própria proporção entre meio (interferência) e fim (premente necessidade social) é interpretada de forma restritiva.

Nesse ponto, como dizem Jacobs, White & Ovey, se o processamento automático dos dados estiver em questão, a proteção deve ser maior. Isso, não só por se cuidar de uso com propósitos policiais dos dados, mas também porque os dados armazenados – de identificação dos sujeitos – devem ser utilizados apenas pelo tempo durante o qual eles foram armazenados, em consonância aos fins propostos.⁹³

5. Dados cadastrais na Lei 12.850/2013: críticas e conclusões

Em retorno ao tratamento conferido pela Lei 12.850/2013 aos dados cadastrais, vê-se que sua proteção não é firme. As justificativas para tanto são ou de pretendidas eficácia e comodidade na investigação, ou amparadas no entendimento de que as informações não

90. Tradução livre de “pressing social need”. Tal expressão é repetida em Trechsel (*Human Rights...*, cit., pp. 536; 540), Carlo Ruso e Paolo QUAINI (ali se fala em “bisogno sociale imperativo” – *La Convenzione...*, cit., p. 162), D. J. HARRIS, M. O’BOYLE, C. WARBRICK (*Law of the European...*, cit., p. 290), JACOB, WHITE & OVEY (*The European Convention...*, cit., pp. 325 e ss.). Francisco Javier Álvarez Garcia fala em “necesidad imperiosa” (*El acceso...*, cit., p. 69).

91. TRECHSEL. *Human Rights...*, cit., p. 536.

92. TEDH, caso *Handyside vs. The United Kingdom*, Appl. 5493/72, j. 07.12.1976, § 48; caso *Silver and Others vs. The United Kingdom*, Appl. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 71367/75, j. 25.03.1983, § 97; caso *Klass and Others vs. Germany*, Appl. 5029/71, j. 06.09.1978, § 42.

93. *The European...*, cit. pp. 378-9.

induzem valoração quanto à prática de ilícitos penais – já que seriam “meramente” informativas de alguém.⁹⁴

Por qualquer delas se nota interpretação guiada por escolha de política criminal despreocupada com a efetiva necessidade (leia-se: imprescindibilidade) da invasão à privacidade no âmbito de persecuções penais afetas à criminalidade organizada.

Nota-se falta de sintonia do tratamento dado à matéria seja quando se compara a proteção aos dados cadastrais em investigações criminais que não digam respeito ao tipo penal de organização criminosa (figura típica inaugurada com a nova legislação),⁹⁵ nem ao de lavagem de dinheiro (cuja alteração legislativa foi a força motriz da inserção do tratamento dos dados cadastrais na Lei 12.850/2013).

E se percebe interpretação constitucional que fragiliza a garantia da privacidade. Prova disso é, como noticiado em 29 de outubro de 2014,⁹⁶ que delegados de polícia têm se valido do dispositivo do art. 15 da Lei 12.850/2013 para requisitar às empresas de telefonia as “bilhetagens das últimas chamadas efetuadas e recebidas, com as respectivas ERBs (estações rádio-base)”, ou os dados cadastrais de “pessoas titulares que tenham algum número cadastrado” com

94. Vicente GRECO FILHO (*Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 64-65); Guilherme de Souza NUCCI (*Organização criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 41-42); Marcelo Batlouni MENDRONI (*Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 87); Eduardo Araujo da SILVA (*Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107). Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, se por um lado analisam a questão sob o ponto de vista da agilidade da investigação, por outro veem o fornecimento de tais dados como “mecanismos eficazes de produção probatória”, ligados à “produção de prova documental”. Por outro, ainda, entendem que “se trata de dados que servem somente para a identificação das pessoas e a identificação para as autoridades públicas é dever de todo o cidadão” (*Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 188-190).

95. Ressalva-se a opinião de Vicente Greco Filho, segundo quem “apesar de a norma estar inserida na lei relativa à organização criminosa, é válida também para o processo penal em geral, tendo em vista os poderes investigatórios inerentes às autoridades policiais e ao poder de requisição do Ministério Público” (*Comentários...*, cit., p. 65).

96. Notícia veiculada no site “Consultor Jurídico”: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-29/telefonicas-reclamam-quebras-sigilo-pedidas-delegados>>. Acesso em 04.12.2014. Pelo acesso à aludida matéria é possível se chegar ao texto integral de ofícios subscritos por delegados de polícia.

operadoras de celular ou, até, o “histórico de ligações dos últimos seis meses”.

Com isso se volta a dois problemas centrais à temática no Brasil. Primeiro, à interpretação do art. 5.º, XII, da Constituição Federal. Depois, à escolha legislativa que não levou em conta a fundamentalidade do direito envolvido e, assim, não tratou de aspectos como justificativa inicial da medida, necessidade de consentimento do titular dos dados ou sua ciência da colheita e nem de um órgão imparcial com a responsabilidade de fiscalizar os procedimentos da colheita e armazenamento dos dados cadastrais.

O tema não é só constitucionalmente (e no caso brasileiro, em particular) difícil, mas mesmo no direito infraconstitucional, merece tratamento mais adequado que, parece, justificaria legislação própria e não ligada ao nicho específico da chamada criminalidade organizada.⁹⁷ A escolha brasileira foi, pois, duplamente infeliz.

5.1 Interpretação constitucional: as três possíveis (art. 15, Lei 12.850)

No âmbito estrito do artigo 5.º, XII, da Constituição da República, debateu-se a indevassabilidade dos dados cadastrais. Isso convida a tratar de três interpretações possíveis.

A posição que desfruta das conclusões dos autores consultados, que aqui se toma como representativos de parcela respeitável do entendimento no tema, é a de que não há inconstitucionalidade no art. 15 da Lei 12.850/2013. Isso porque é objetivo do Estado a garantia de segurança aos cidadãos; porque tecnicamente dados cadastrais não se constituem como “fonte de prova” no processo penal;⁹⁸ e porque

97. Como, para citar dois exemplos, ocorreu na Espanha, com o advento, em 1999, da Lei Orgânica de Proteção aos Dados Pessoais (Lei orgânica 15/1999, de 13 de dezembro), e do Canadá, com o “Security Intelligence Review Committee” (SIRC), que tratou do órgão independente de controle desses dados, a partir do “Canadian Security Intelligence Service Act” de 1984 (Nór Ní Loideain. “The EC Data Retention Directive: Legal Implications for Privacy and Data Protection”. *Personal Data and Protection in a Surveillance Era...*, cit., pp. 268).

98. Conquanto prestigiem a constitucionalidade da matéria, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato entendem que além da eficácia investigativa propiciada, o princípio da “unidade do Estado e do seu escopo de bem comum” impõem a rápida

assim se dá a pretendida celeridade na colheita de informações na persecução penal.

Uma segunda posição subordina a obtenção dos dados cadastrais à prévia autorização judicial.⁹⁹ Tal perspectiva parece razoável inclusive pelo bloco de matérias tratadas no inc. XII, do art. 5.º, da Constituição Federal, na medida em que otimiza a pesquisa de dados cadastrais em paralelo ao que existe em matéria de interceptação de comunicações telefônicas. A interpretação uniformiza o tratamento de temas correlatos e é fiel à lição de que não há direitos fundamentais de cunho absoluto.

Por fim, uma terceira perspectiva veda o acesso aos dados cadastrais por se amparar na interpretação próxima à literalidade do art. 5.º, XII, do texto constitucional. Por ela, qualquer outra interpretação do dispositivo constitucional, de forma a prestigiar o art. 15 da Lei 12.850/2013, significa sua ruptura.

5.1.1 A interpretação escolhida

Nesse texto não se prestigia nem a primeira das interpretações, e nem a segunda.

comunicação entre os dados (a partir de cadastros públicos e privados) e autoridades requisitantes, sem prévia autorização judicial. Os autores entendem, quanto ao dever de guarda e entrega direta dos dados aos requisitantes por parte dos entes privados, que se “todas as atividades descritas operam por concessão do Poder Público”, “não é nenhum excesso determinar-lhes a obrigação referida” (*Comentários...*, cit., p. 190). Por outro lado, conhece-se ponto de vista que caminha em sentido distinto, como é o caso do argumento de Anderson Schreiber. Para esse autor, “os dados pessoais não podem ser tratados como bens patrimoniais, que, uma vez fornecidos, podem ser livremente utilizados pelo destinatário ou retransmitidos para quem quer seja. O fato de alguém fornecer seu endereço ou número de telefone, ao realizar cadastramento que o *site* de uma companhia aérea impõe como etapa necessária para a aquisição do bilhete, não significa que o passageiro ‘cedeu’ aqueles dados para a empresa ou concordou com sua utilização para quaisquer fins. Muito ao contrário: a presunção é a de que concordou tão somente com aquele uso específico e imediato, confiando no armazenamento seguro da informação e na limitação da sua utilização ao exclusivo propósito daquela operação econômica” (*Direitos da personalidade*, cit., p. 141).

99. Assim: Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO, “Direito à privacidade”. *Revista da EMERJ*, vol. 1, n. 2, 1998, pp. 54-60, e também em *Processo penal e Constituição. Princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 115-7.

Ou seja, a partir da interpretação do art. 5.º, XII, do texto constitucional vigente, nem parece possível se dizer que os dados cadastrais podem ser acessados diretamente sem qualquer controle jurisdicional, e nem tampouco basta a prévia autorização judicial para serem eles acessados por Juízes e Promotores, em persecuções penais. O art. 15 da Lei 12.850/2013, portanto, é inconstitucional.

Parece que a maior concessão que se poderia fazer à eficácia das investigações seria interpretar os dados como integrantes do chamado “segundo bloco” (conforme o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ao lado das interceptações de comunicações telefônicas.

Mas algo distinto se dá. É que o sigilo reservado à matéria de dados cadastrais não foi previsto tendo em mira eficácia na investigação criminal ou a comunicação interpessoal. Quando o constituinte se preocupou em decidir dessa forma, previu claramente a cláusula de reserva de jurisdição como o mínimo resguardo contra o que seria, na linguagem de Anderson Schreiber, um “totalitarismo informacional”.¹⁰⁰

E o fato de as informações cadastrais não se constituírem como fontes de prova no processo penal não desmerece o argumento. Não há permissão para que – diversamente do que se deu com as interceptações telefônicas, em matéria regrada expressamente pelo constituinte e legislador infraconstitucional brasileiros – se levante o sigilo de dados; quando menos sem nem sequer a autorização judicial prévia.

E isso leva a que se reflita sobre as duas outras interpretações. É sedutora a tese segundo a qual a reserva de jurisdição prevista na Lei 9.296/1996 supre a lacuna do tratamento dos dados cadastrais, previsto no mesmo dispositivo constitucional (art. 5.º, XII). Por esse caminho, a leitura constitucional seria aquela pela qual o intérprete estaria diante de uma *interpretação* sobre os requisitos para a suspensão do exercício do sigilo dos dados cadastrais *conforme* a dicção constitucional endereçada às interceptações telefônicas. Em outras palavras, analisa-se o dispositivo legal (art. 15, Lei 12.850/2013) como se integrante da matéria regrada para as interceptações telefônicas, a partir de sua conexão à parte final do art. 5.º, XII, da Constituição Federal.

100. “Direito à privacidade...”, artigo cit., p. 195.

Acontece que tal maneira de se integrar as matérias que são correlatas mas não idênticas traz problemas constitucionais.

Um é a integração, por extensão, em matéria que, ainda que indiretamente (pois se diz não servir como fonte de prova no processo penal), redunde em limitação ao exercício de direito fundamental. Tal leitura da norma do art. 5.º, XII, da Constituição brasileira redunde em mais implementos ao Estado para (identificar, localizar e com isso) perseguir um cidadão, sem autorização constitucional expressa ou implícita.

Isso, com o detalhe de a matéria (dado cadastral) ser tomada como inerente ao exercício de direito fundamental, ou seja: a reclamar interpretação que a proteja, mas não a que – mesmo indiretamente – a comprima, sem permissão constitucional clara e sem o endereçamento feito, pelo constituinte, como se viu com a matéria de comunicações telefônicas.¹⁰¹ Faz-se coro às palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, no sentido de que “fazer um exercício hermenêutico elaborado para exacerbar o poder punitivo não corresponde ao meu modo de ver a vida”.¹⁰²

E o outro, por analogia ou pelas técnicas de interpretação do dispositivo infraconstitucional,¹⁰³ apegado às razões político-criminais ligadas à agilidade na colheita das informações dos cidadãos. Há quebra do conteúdo semântico do art. 5.º, XII, da Constituição Federal, a partir de interpretação de norma constitucional assumindo como parâmetro uma lei infraconstitucional (Lei 9.296/1996), que se prestou a concretizar objeto constitucional diverso (comunicações telefônicas).

101. Daí a discordância quanto aos pontos de partida e de chegada de Marcelo Batlouni Mendroni, quando menciona “bom-senso” e “interpretação ampliativa analógica” por conta da premissa segundo a qual “as informações que exigem autorização judicial devem ser necessariamente previstas na Constituição Federal ou em Lei, para que assumam a característica de sigilosas pelo Direito Positivo” (*Comentários...*, cit., pp. 87-88).

102. STF, AP 565, Pleno, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 08.08.2013, p. 308 do acórdão.

103. A referência, para os limites deste texto, é a da distinção entre *interpretação conforme à Constituição* e *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*. Se a primeira é técnica de interpretação, a segunda é resultado de controle de constitucionalidade (Virgílio Afonso da SILVA. “Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial”. *Revista DireitoGV* 3, vol. 2, n. 1, pp. 191-210. jan.-jun. 2006).

Como, mais uma vez, lembra professor brasileiro de Direito Constitucional e Ministro do Supremo Tribunal Federal, “se o texto não comporta a interpretação pretendia, não é possível chegar a ela”.¹⁰⁴

Em outras palavras, não sem perceber que a interpretação gramatical é, frequentemente, vista como o primeiro dos *topoi* interpretativos: “a mesma linguagem que confere abertura ao intérprete há de figurar como limite máximo de sua atividade criadora. As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de ideias e significados. É a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar”.¹⁰⁵

O ponto de vista assumido neste texto, minoritário, pode ser criticado por propiciar uma perplexidade. E é preciso, inclusive, que se reflita responsabilmente sobre isso.

Afinal, qual o sentido do constituinte em, no mesmo dispositivo, estatuir a reserva de jurisdição como condição para a suspensão do sigilo em matéria probatória (comunicações telefônicas), mas permitir a leitura segundo a qual o sigilo de dados (que não tem carga probatória) seria indevassável?

Destacadamente, à luz do cenário comparado visto neste texto, a perplexidade pode incomodar até mais do que a mera análise de dispositivos constitucionais. Afinal, se o mote da política criminal securitária, como se viu, é o de implementar, a tempo e modo variáveis de país para país, mais expeditos meios de se fiscalizar as condutas dos cidadãos, teria o constituinte brasileiro andado na contramão?

Mas o texto do art. 5.º, XII, da Constituição Federal, vigente desde 1988, seja pelo processo da ANC que culminou com sua redação, seja pela interpretação que sobre ele foi vista até aqui, veda interpretação que estenda a relativização do sigilo inata às comunicações telefônicas, aos dados cadastrais.

104. STF, MC em Mandado de Segurança 32.326, rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 02.09.2013.

105. Luis Roberto BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 122.

Enfim, a interpretação que cabe ao dispositivo constitucional parece ser esta: a ressalva feita pelo constituinte ao “último caso” refere-se apenas e tão-somente às “comunicações telefônicas”, sendo impossível estender o seu alcance para os “dados”.

A solução do constituinte pode não ter sido a melhor. Talvez nem tenha mesmo sido a mais adequada para o equilíbrio pretendido entre as medidas de celeridade e proteção aos direitos dos cidadãos. Quiçá a pretendida conformação do tema fosse mais atenta ao desenvolvimento da matéria no direito comparado.

Talvez devesse ter o constituinte permitido estender a suspensão do sigilo das comunicações telefônicas às questões de dados cadastrais. Talvez tivesse a Constituição brasileira andado melhor se tivesse tratado uniformemente das matérias que, além de correlatas como são, guardam inclusive entre si a mesma razão constitucional: proteção à esfera de autodeterminação informativa de qualquer pessoa (o direito de dizer *a quem o que* se pretender acerca de dados pessoais). Mas não foi o que aconteceu.

Daí, em paráfrases extraídas de assunto tormentoso – o que denota, também, a dificuldade da discussão – quando debatido no Supremo Tribunal Federal,¹⁰⁶ que podem ser aqui reproduzidas, “qualquer pessoa pode achar que não é boa a solução”, “é possível criticar tal decisão política” e, enfim, “esta não era a única solução possível e, provavelmente, não é a melhor. Mas esta foi a decisão política do constituinte”.¹⁰⁷

Como dito, em questão havida no Supremo Tribunal Federal,

106. A interpretação segundo a qual os Deputados Federais e Senadores condenados criminalmente pelo STF com decisão transitada em julgado deveriam automaticamente perder seus mandatos em razão da decisão judicial ou se, ao contrário, a perda do mandato demandaria ainda uma votação na respectiva casa, assegurada ampla defesa (art. 55, VI, § 2.º, CF). Até o julgamento da AP 470 inclusive, o Supremo Tribunal Federal entendia que a decisão judicial era já o título que habilitava que o parlamentar condenado, automaticamente, perdesse seu mandato. Com o julgamento da AP 565, por maioria de 6 a 4, o Supremo Tribunal Federal passou a entender de forma diferente. A síntese dos argumentos, de índole constitucional, obedece à concepção semântica do art. 55, VI, § 2.º. Dali se extrai, por exemplo, como *ratio decidendi* dos votos vencedores, que: “A Constituição não é o que eu quero. A Constituição é o que eu posso fazer dela” (STF, AP 565, Pleno, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 08.08.2013, p. 298).

107. STF, Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.326, cit., pp. 11-12.

“(...) o Direito tem possibilidades e limites, e o intérprete não deve – como ninguém deve, nessa vida – presumir demais de si mesmo, transformando-se em constituinte ou legislador. É certo que interpretar nem sempre é uma função de puro conhecimento técnico, envolvendo, muitas vezes, uma parcela de vontade e de criação. Mas se o texto inequívoco da norma não funcionar como limite ao intérprete, o Direito se diluirá na política, e os tribunais perderão o seu papel de árbitros imparciais.”¹⁰⁸

A opinião defendida aqui, contramajoritária, é respeitosa às discordâncias. É também, crítica à escolha do Constituinte. Mas a *escolha* foi feita. Pode se tratar, como parece, de escolha *mal feita*; mas ela é que está no texto constitucional.

E não se trata de analisar, só, o processo legislativo da ANC ou da Lei 12.850/2013, mas o texto vigente da Constituição da República e interpretá-lo da forma que melhor proteja o direito fundamental envolvido, dentro dos limites e possibilidades dados especificamente pelo texto constitucional.

Quiçá possível reforma constitucional possa reconfigurar os contornos dos limites ao exercício do direito à privacidade no Brasil, de forma a se prever a imprescindível reserva de jurisdição para o acesso aos dados cadastrais, da mesma forma com que se escolheu fazer para as comunicações telefônicas.

A cogitação não esbarraria em cláusula pétrea da Constituição brasileira, na medida em que prestar-se-ia a uma melhor conformação da proteção da privacidade.¹⁰⁹ E, se não há direitos fundamentais absolutos no âmbito da teoria constitucional prevalecente, não menos certo é que a distorção aqui percebida seria corrigida inclusive porque

108. STF, Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.326, cit., pp. 13-14.

109. Decididamente não há espaço neste texto para se descer às minúcias sobre as teorias de direitos fundamentais que tocam com suas limitações, restrições, critérios de mensuração do que seja o “núcleo essencial” de cada direito. Para os fins deste trabalho segue-se a chamada “teoria externa”, trazida ao Brasil, principalmente, por Virgílio Afonso da Silva. Assim, a distinção entre violação e conformação do direito fundamental se dá a partir de situações que lhe são externas, isto é, na relação conflituosa entre os próprios direitos fundamentais (ex.: privacidade e publicidade). E, quanto aos limites da restrição do direito fundamental, segue-se a “teoria relativa”, que apregoa que tais limites não são prefixados, mas sim flexíveis e atingidos mediante novo sopesamento com outros direitos fundamentais (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 128-130; 138-139; 196).

matéria que não ostenta relevância probatória (acesso aos dados cadastrais) no processo penal seria alçada à importância da que a ostenta (interceptações telefônicas).

Ou seja: seria superada a estranha (mas consagrada no direito positivo brasileiro) distinção entre a medida *mais limitadora* ao exercício de direito fundamental (a produção de meio de pesquisa de prova no processo penal) ser permitida, ao contrário da *menos limitadora* (o acesso aos dados qualificativos, como filiação e endereço).

O caso seria, pois, de emenda constitucional que alterasse o dispositivo do art. 5.º, XII, da Constituição da República, para que lá passasse a constar:

“(…) é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, nos dois últimos casos, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

5.2 Interpretação legal (arts. 15 e 17, da Lei 12.850)

Há, ainda, na temática, o cuidado com os arts. 15 e 17 da Lei 12.850/2013, nos quais se prenuncia a tendência, no Brasil, de processo penal preventivo.

E isso se nota no alcance dos destinatários dos poderes requisitórios mencionados no art. 15, da Lei 12.850/2013, como inclusive no dever de guarda imposto às “empresas de transporte”, por cinco anos, acessíveis a juiz, membros do Ministério Público ou delegado de polícia, dos “bancos de dados de reservas e registro de viagens” (art. 16), como no dever de guarda, pelo mesmo tempo, por parte de “concessionárias de telefonia fixa ou móvel” e disponibilidade às “autoridades mencionadas no art. 15, dos registros de identificação dos números de terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais” (art. 17).

Tais disposições se combinam com uma vertente do discurso político-criminal da segurança, outorgando ao Estado (e também aos entes privados) maior poder de controle aos dados dos cidadãos. Daí porque se lembrar da ideia da securitização inerente à conformação legislativa comentada.

Aqui, pelo visto dos dispositivos referidos, além de se prever atividade que pode ser financeira e logisticamente dispendiosa às entidades privadas mencionadas nos arts. 16 e 17, sem justificativa plausível para – o que seria de se esperar – o aperfeiçoamento dos órgãos públicos de armazenamento de dados da Lei 12.850/2013 (como, p. ex., a Justiça Eleitoral), não há qualquer medida de segurança do cidadão quanto ao uso indevido de seus dados cadastrais, seja pelo Estado, seja pelos próprios entes privados aos quais se atribuiu a tarefa legal de guarda (por cinco anos) de informações diversas.¹¹⁰

Os dispositivos, pois, ante o discurso da segurança, paradoxalmente geram insegurança aos cidadãos – sejam aos investigados (que surpreendentemente podem ser alvos de devassa sem critério e nem amparo em permissão constitucional), sejam àqueles que, ao firmarem um negócio jurídico, sem ciência, cedem seus dados para armazenamento em órgãos privados que podem, no futuro, ter de disponibilizá-los diretamente a órgãos de persecução penal, sem consentimento no negócio jurídico.¹¹¹⁻¹¹²

110. Para citar outro exemplo da enganosa aparência de “segurança” que a medida de coleta e armazenamento de dados significa, lembre-se do caso da *Transportation Security Administration*, agência de segurança em transportes dos Estados Unidos, que possibilitou, após os ataques de 11.09.2001, o compartilhamento direto dos dados de viajantes tidos como “potenciais violadores” de regras de segurança no transporte, com entidades de coleta de débitos para fins de cobrança de dívidas (Anderson SCHREIBER, *Direito à privacidade...*, cit., p. 196). Reportagem sobre este assunto foi publicada no jornal *The New York Times*, de 21.10.2013 (http://www.nytimes.com/2013/10/22/business/security-check-now-starts-long-before-you-fly.html?pagewanted=all&_r=0), acesso em 22.12.2014). Interessante ponto de vista, aqui, o de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, segundo quem a leitura que resguardaria a intimidade dos envolvidos, nos termos do disposto no art. 16 da Lei 12.850/2013, é aquela que atrela o tal “acesso direto e permanente” à “prévia existência de uma denúncia ou indiciamento” (*Comentários...*, cit., p. 191).

111. E chama a atenção, aqui, que mesmo que os autores citados (Vicente Geco FILHO, Guilherme de Souza Nucci, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato) tenham entendido como *constitucional* a primeira parte do art. 15 da Lei 12.850/2013, reputam como imprescindível a prévia autorização judicial para a entrega dos dados previstos no art. 17, da mesma lei (a respeito, ver, respectivamente, *Comentários...*, cit., p. 67; *Organização...*, cit., p. 42, e *Comentários...*, cit., pp. 191-2). A interpretação de todos é que, no que tange ao conteúdo do art. 17, cuida-se de desdobramento de informações inerentes às comunicações telefônicas e, por isso, impor-se-ia a reserva jurisdicional. Distinta é a opinião de Marcelo Mendroni, segundo quem os próprios “números pesquisados – números dos terminais de origem e de destino das ligações, também se incluem em dados cadastrais” (*Comentários...*, cit., p. 88). No ponto, assume

Pior: pela legislação aqui comentada, sem controle judicial ou mesmo administrativo, de instância independente, quanto às justificativas para a colheita, uso, e duração do acesso aos dados.

Pelo que se pode perceber, o legislador brasileiro cuidou muito mal da proteção – e limites – aos dados cadastrais, mesmo que em investigações criminais.

Na disciplina prevista na Lei 12.850/2013, não houve qualquer preocupação quanto às (i) finalidades que devem ser declaradas para a pretensão do acesso e armazenamento dos tais dados; (ii) ao tempo em que os próprios dados podem ser utilizados para os fins declarados na Lei; (iii) à informação que seria de se exigir ao próprio titular dos dados em questão, de que seus dados foram coletados para determinada investigação; (iv) às previsões específicas sobre o consentimento do próprio titular dos dados, e mesmo, de sua inexigibilidade, a depender das situações concretas; e, por fim (v) ao controle por órgão externo à investigação, quanto aos procedimentos seguidos, desde a colheita dos dados, até seu uso e descarte.

O tema, como se viu, extravasa a importância que lhe foi dada nos poucos artigos da Lei 12.850/2013. Por isso a equivocada colocação do legislador pode ser corrigida se a matéria for incorporada ao Anteprojeto de Lei, ora submetido a consulta e participação pública, pelo Ministério da Justiça do Brasil, que cuida da Proteção de Dados Pessoais.

o último autor que “a mera chamada para outro número é apenas indício ou um elemento de prova, que pode se converter em parte de um contexto probatório (sentido amplo)” (*Comentários...*, cit., p. 89).

112. O chamado “marco civil da internet” no Brasil (Lei 12.965/2014) prevê, como direitos do usuário, o de “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;” e de “informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: (a) justifiquem sua coleta; (b) não sejam vedadas pela legislação; e (c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;” e ainda “consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais” (art. 7.º, VII, VIII e IX).

No citado anteprojeto, em boa medida se seguem os conceitos idealizados no continente europeu desde a Diretiva 95/46 como se trata de todos os aspectos aqui lembrados.

Malgrado se tenha cuidado de regras inerentes ao consentimento do titular de dados em seu fornecimento (arts. 7.º a 11), não se notaram ali, ainda, previsões expressas quanto às autoridades imparciais de controle dos dados como se viu no contexto europeu.

De toda forma se cogita, no citado Anteprojeto, de criação de “órgão competente a fiscalizar o impacto na privacidade das operações de tratamento de dados” (art. 39, § 2.º), a “dispor sobre formato, estrutura e tempo de guarda do registro das operações de tratamento de dados pessoais” (art. 40), “estabelecer normas complementares acerca de critérios e padrões mínimos de segurança” (art. 47) e, também, estabelecer sanções tais como multa, dissociação dos dados pessoais, bloqueio, suspensão da operação de tratamento de dados pessoais, cancelamento dos dados pessoais e outras (art. 50).

Defende-se, neste texto, e justamente por se entender que a matéria mereceria ser encampado no citado Anteprojeto de Lei, que a finalidade da colheita e armazenamento dos dados cadastrais deve seguir os critérios definidos no citado anteprojeto de lei, nos termos de seu art. 4.º.¹¹³

Trata-se, já se percebeu a essa altura, de problema que extravasa os limites de um específico tipo penal (o da criminalidade organizada) e mereceria ser tratado em legislação própria ao direito fundamental envolvido, até porque se cuida de garantir o exercício do direito fundamental; mas não o de – a depender das razões de conveniência – torná-lo menos protegido quando em jogo determinada política pública de segurança.

113. “Art. 4.º Os tratamentos de dados pessoais para fins exclusivos de segurança pública, defesa, segurança do Estado, ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, serão regidos por legislação específica, observados os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.” A íntegra do anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais pode ser consultada diretamente no site do Ministério da Justiça da República Federativa do Brasil pelo link: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>> (acesso em 01.06.2015).

Como apresentada a matéria nos arts. 15 a 17 da Lei 12.850/2013, também sob a perspectiva aqui vista, não só o art. 15 da Lei 12.850/2013, mas também os arts. 16 e 17 são materialmente inconstitucionais, eis que, agora, ofendem o art. 5.º, X, da Constituição Federal.

Bibliografia

- AKRIVOPOULOU, Cristina; PSYGKAS, Athanasios (coords.). *Personal Data Privacy and Protection in a Surveillance Era. Technologies and Practices*. Hershey, New York: Information Science Reference, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. “Vinte anos da Constituição Federal de 1988: o Estado a que chegamos”. *Revista de Direito do Estado*, n. 10, abr.-jun. 2008.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo Bancário. Análise crítica da Lei 105/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de Torres. *The inter-american Court of Human Rights. Case law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. “Direito à privacidade”. *Revista da EMERJ*, vol. 1, n. 2, 1998.
- _____. *Processo penal e Constituição. Princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COSTA, Luiz. *A Brief Analysis of Data Protection Law in Brazil*. Report presented to the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD). June 2012. Disponível em <<http://>
-

[www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/Report%20\(June%204th%202012\)%20-%20A%20brief%20analysis%20of%20DP%20in%20Brazil%20\(updated%20version\).pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/Report%20(June%204th%202012)%20-%20A%20brief%20analysis%20of%20DP%20in%20Brazil%20(updated%20version).pdf)>. Acesso em 13.10.2014

- DONATTI, Filippo. *Article 8. Protection of personal data*. In *Human Rights in Europe. Commentary on the charter of fundamental rights of the European Union*. Edited by William B.T. Mock & Ginmario Demuro. Durham: Carolina Academic Press, 2010.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DUARTE, Maria Luísa. “O Tratado de Lisboa e o sistema de protecção dos direitos fundamentais”. *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais*. Nuno Piçarra, coord. Coimbra: Almedina, 2011
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FILHO, Vicente Greco. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FUSTER, Gloria González. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Switzerland: Springer International Publishing, 2014.
- GOOLD, Benjamin. “Technologies of surveillance and the erosion of institutional trust”. *Technologies of Insecurity. The surveillance of everyday life*. Edited by Katja Franko Aas, Helene Oppen Gundhus, Heidi Mork Lomell. Oxford: Routledge-Cavendish, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “O regime brasileiro das interceptações telefônicas”. in: Ada Pellegrini Grinover. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- HARRIS, D. J.; O’BOYLE, M.; WARBRICK, C. *Law of the European Convention on human rights*. Londres, Dublin, Edinburgo: Butterworths, 1995.
- HASSEMER, Winfried; SÁNCHEZ, Alferdo Chirino. *El Derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.

- JACOBS, WHITE & OVEY. *The European Convention on Human Rights*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- JÚNIOR, Miguel Reale. “Incompetência do Ministério Público para a quebra de sigilo bancário”. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In *Sigilo fiscal e bancário* (Reinaldo Pizolio, Jayr Viégas Gavaldão Jr., coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Volume 1 – quadros. Brasília. Senado Federal, 2013.
- LIMBERGER, Têmis. “Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão”. *Direitos fundamentais, informática e comunicação. Algumas aproximações*. Ingo Wolfgang Sarlet, coord. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MACHADO, André Augusto Mendes; KEHDI, Andre Pires de Andrade. “Sigilo das comunicações e de dados”. *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo* (Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes, Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OMTZIGT, Pieter. *Mass Surveillance* (Rapporteur). Committee on Legal Affairs and Human Rights. Council of Europe. Parliamentary Assembly. Visto em: <<http://website-pace.net/documents/19838/1085720/20150126-MassSurveillance-en.pdf>>.
- PENALVA, Ernesto Pedraz. (Coord.) *Protección de Datos y Proceso Penal*. Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2010.
- PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; Lumen Juris, 2008.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis. *La Red Iberoamericana de Protección de datos. Declaraciones y documentos. Declarations and documents*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

- PRADO, Geraldo Mascarenhas. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- RAMIRO, Mónica Arenas. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- RAMOS, Saulo. *A Assembleia Constituinte. O que pode e o que não pode: natureza, extensão e limitação dos seus poderes*. Rio de Janeiro: Alhambra, 1987.
- REZENDE, Bruno Titz de. "Sigilo de dados cadastrais bancários e telefônicos e o Poder Geral de Polícia". *Segurança Pública & Cidadania*, vol. 3, n. 1, jan.-jun. 2010.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. da 25. ed. alemã de Gabriela E. Córdoba e Daniel Pastor, revisada por Julio Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.
- RUSSO, Carlo; QUAINI, Paolo M. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della corte di Strasburgo*. Milão: Giuffrè, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo discursivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Lumen Juris, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. "Direito à privacidade no Brasil: avanços e retrocessos em 25 anos de Constituição". *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. Coords. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
-

- SILVA, Virgílio Afonso da. “Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, 2001.
- _____. “Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial”. *Revista Direito GV* 3, vol. 2, n. 1, pp. 191-210, jan.-jun. 2006.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings. With the assistance of Sarah J. Summers*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- UNIÃO EUROPEIA, Agência dos Direitos Fundamentais da; Conselho da Europa. *Manual da legislação europeia sobre proteção de dados*. Luxemburgo, 2014.
- WALDRON, Jeremy. *Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*. Oxford University Press, 2010.
- VALVERDE, Patricia Esquinas. *Protección de datos personales en la policía europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal. Reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onixjur, 2012.
- ZEDNER, Lucia. *Too much security? Crime and Security. The international library of criminology, criminal justice & penology*. Benjamin Goold and Lucia Zedner (eds.). Oxford: Ashgate. Hampshire. England, 2006.
- _____. *Security*. London and New York: Routledge. Taylor & Francis Group, 2009.
-