

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS III

DANIELLE JACON AYRES PINTO

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

AIRES JOSE ROVER

FABIANO HARTMANN PEIXOTO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFES - Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito, governança e novas tecnologias III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aires Jose Rover; Danielle Jacon Ayres Pinto; Fabiano Hartmann Peixoto; José Renato Gaziero Cella – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-258-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Governança. 3. Novas tecnologias. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS III

Apresentação

No II Encontro Virtual do CONPEDI, realizado nos dias 02, 03, 04, 05, 07 e 08 de dezembro de 2020, o grupo de trabalho “Direito, Governança e Novas Tecnologias III”, que teve lugar na tarde de 04 de dezembro de 2020, destacou-se no evento não apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados, mas pelos autores dos artigos, que são professores pesquisadores acompanhados de seus alunos pós-graduandos e uma graduanda. Foram apresentados 20 artigos objeto de um intenso debate presidido pelos coordenadores e acompanhado pela participação instigante do público presente na sala virtual.

Esse fato demonstra a inquietude que os temas debatidos despertam na seara jurídica. Cientes desse fato, os programas de pós-graduação em Direito empreendem um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que as novas tecnologias impõem ao Direito. Para apresentar e discutir os trabalhos produzidos sob essa perspectiva, os coordenadores do grupo de trabalho dividiram os artigos em três blocos, quais sejam a) proteção de dados; b) pandemia de COVID-19; e c) Direito, Governança e Novas Tecnologias.

A proteção de dados pessoais foi objeto do primeiro bloco de trabalhos que versaram sobre a “proteção de dados: o direito a privacidade e a função fiscalizadora do estado em face da sociedade digital”; a “vigilância líquida: o controle e a produção da informação como instrumento de poder”; a “sociedade da informação e o uso da tecnologia big data na prevenção de crimes digitais”; a “produção de provas na sociedade da informação”; o “monitoramento das atividades virtuais no trabalho para fins de segurança da informação: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados e da constituição federal de 1988”; “a lei geral de proteção de dados pessoais: a obrigatoriedade do fornecimento de consentimento pelo titular para o tratamento dos dados pessoais”; e “a salvaguarda do direito fundamental à privacidade na dimensão cibernética sob as perspectivas da lei geral de proteção de dados pessoais”.

A COVID-19 foi o pano de fundo do segundo bloco de trabalhos apresentados, em que os problemas decorrentes do enfrentamento dessa pandemia foram debatidos em temas como a “desconstruções imotivadas pós-pandemia do COVID-19 em detrimento à proteção aos direitos de personalidade no âmbito digital neste ano de 2020”; o “comportamento do consumidor na pandemia (COVID-19) e a utilização da internet das coisas (IOTS)”; o

“agronegócio pós-pandemia: utilização da blockchain como mecanismo de efetivação da segurança do alimento”; “a possibilidade jurídica de rastreamento tecnológico de contatos diante da decisão do STF na ADin 6387”; e a “transparência pública durante a pandemia de COVID-19”.

As discussões acerca da governança e dos impactos das novas tecnologias no Direito congregou a “revolução 4.0: justiça, desenvolvimento e desigualdades”; o “software como principal ativo na empresa contemporânea”; “os tolos que alimentam os monstros”; os “programas de compliance à luz do exército brasileiro”; “a importância do compliance e da governança corporativa à luz da regulação do comércio internacional”; “o juiz ciborgue: inteligência artificial e decisão judicial”; “o acesso à informação como instrumento à educação inclusiva: um olhar a partir do desenvolvimento sustentável”; e o “individualismo privado antigo e moderno em direção à socialização pós industrial (sociedade da informação)”.

Os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno do tema “Direito, Governança e Novas Tecnologias”. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em Direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Aires José Rover

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof. Dra. Danielle Jacon Ayres Pinto

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto

Nota técnica: O artigo intitulado “A SALVAGUARDA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NA DIMENSÃO CIBERNÉTICA SOB AS PERSPECTIVAS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica Mestrado e Doutorado da UENP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Governança e Novas Tecnologias III apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PROTEÇÃO DE DADOS: O DIREITO A PRIVACIDADE E A FUNÇÃO FISCALIZADORA DO ESTADO EM FACE DA SOCIEDADE DIGITAL

DATA PROTECTION: THE RIGHT TO PRIVACY AND THE FISCALIZING FUNCTION OF THE STATE IN FACE OF THE DIGITAL SOCIETY

**Victória Cássia Mozaner
Vivianne Rigoldi
Mario Furlaneto Neto**

Resumo

Os direitos fundamentais não podem ser compreendidos como comandos estáticos e sim, integrados à sistema de valores que acompanha a dinâmica em torno do qual gravita a evolução e modo de organização da vida em sociedade. Neste contexto, em meio às profundas mudanças operadas em razão do fluxo contínuo de novas tecnologias da comunicação e da informação, o direito fundamental à privacidade tem sofrido uma gama de transformações. O objetivo do trabalho é discorrer sobre o sigilo de dados como elemento indissociável do direito a privacidade. A metodologia utilizada é o método hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Privacidade, Autodeterminação informativa, Sociedade digital, Juízo de ponderação, Liberdade e dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

Fundamental rights cannot be understood as static commands, but integrated with the value system that accompanies the dynamics around which the evolution and way of organizing life in society. In this context, amid the deep changes brought about by the continuous flow of new communication technologies and the information, the fundamental right to privacy has undergone a range of transformations. The aim of this paper is to discuss data confidentiality as an inseparable element of the right to privacy. The methodology used is the hypothetical deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Privacy, Informative self-determination, digital society, Weighting judgment, Freedom and dignity of the human person

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento na área da Tecnologia da Comunicação e da Informação, bem como o uso da Internet trouxeram muitos benefícios à sociedade, como por exemplo, a rapidez e a facilidade da comunicação. Desta forma, tornou-se mais ampla a utilização de dados pessoais para inúmeras atividades, identificação, classificação, utilização por instituições públicas e organizações privadas, dentre tantas outras.

Sendo assim, ao passo em que o século XX trouxe consigo uma série de transformações no modo de comunicação e na forma de construção das relações entre os seres humanos e entre estes e organizações públicas e privadas, um dos desafios que emergem no despontar do século consiste justamente na necessidade de conferir um status protetivo à gama de dados produzidos em face desta dinâmica, inclusive, em especial, no que se refere ao próprio Estado a quem cabe à função de fiscalizar e tutelar os direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à privacidade.

Tem-se, de tal modo que o tratamento, controle e fiscalização do uso de dados pessoais deve ter por base os inúmeros riscos que a utilização e manipulação indevida dos dados armazenados podem provocar, emergindo em face deste cenário, a necessidade de proteção destes, para a preservação do direito fundamental à privacidade, enquanto alicerce para a promoção da dignidade da pessoa humana.

No tocante ao direito de privacidade, algumas discussões emergiram quanto à sua amplitude, sobretudo, quanto ao seu conceito e significado, gerando a discussão sobre as possibilidades de cada sujeito controlar as informações que lhes dizem respeito.

Embora as divergências, não se pode desconsiderar o fato de que a privacidade apresenta-se como um direito fundamental, assegurado pela ordem constitucional vigente, constituindo-se, ponto primordial a ser elucidado consiste em quais os meios efetivos para assegurar a concretização deste direito em meio à sociedade digital e o influxo de novas tecnologias, que embora sejam amplamente disponíveis, acabam se furtando ao controle do indivíduo e das autoridades incumbidas de sua fiscalização que atuam em nome do Estado.

Há que se atentar para o fato de que o Estado em razão do seu poder de império tem a sua disposição nos bancos de dados de seus inúmeros órgãos, entidades e instituições um elevado número de informações a respeito dos seus concidadãos, cuja “violabilidade” somente se justifica quando necessária à preservação dos interesses de toda a coletividade.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o fato de que o Estado por meio dos seus inúmeros órgãos tem a sua disposição uma infinidade de dados sobre seus concidadãos e em

especial, contribuintes, emergindo a necessidade de estabelecimento de regras que venham limitar a sua utilização, salvo as exceções constitucionais e legalmente vigentes.

Partindo deste pressuposto, o objetivo do presente trabalho consiste em discorrer sobre o sigilo de dados como elemento indissociável do direito à privacidade, destacando a função fiscalizadora do Estado em face da sociedade digital, inclusive, quanto à manipulação de dados pessoais por parte dos seus próprios órgãos e agentes, situando a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – como um direito fundamental.

Busca-se, de tal modo, resposta aos seguintes questionamentos: Quais as transformações operadas no conceito do direito à privacidade ao longo da história? Qual o papel atribuível ao Estado frente ao grande volume de dados produzidos na sociedade digital? É possível relativizar o conceito de liberdade? Frente a colisão entre direitos fundamentais, qual a melhor solução aplicável? A Lei de Proteção de Dados pode ser considerada um direito fundamental?

Para tanto, utilizou-se o método hipotético dedutivo, quanto aos procedimentos técnicos a serem utilizados ao longo da realização da pesquisa, classificada em pesquisa de natureza bibliográfica realizada com base no referencial teórico existente sobre o tema disposto em livros, revistas e artigos científicos.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como postulados universalmente aceitos, os direitos fundamentais emergem no âmbito de um determinado ordenamento jurídico como o alicerce ou a base da qual derivam outros direitos assegurados.

Há que se atentar de tal modo para a relação entre os direitos fundamentais e a concretização da dignidade de cada ser humano, ou seja, o atendimento aos pressupostos que contribuem para uma vida condigna.

No âmbito desta discussão Marmelstein (2018), destaca inicialmente que os direitos fundamentais possuem um reconhecido conteúdo ético, do ponto de vista material, consistindo em valores essenciais para uma vida digna em sociedade.

É possível então, compreender que sem a fruição de direitos básicos, não há que se falar na garantia de preservação e concretização da dignidade do ser humano junto à sociedade da qual faz parte, concorrendo a coexistência dos direitos fundamentais como um núcleo mínimo a ser respeitado, inclusive, por parte do próprio Estado em prol da preservação do máximo.

Daí a razão pela qual conforme Marmelstein (2018), os direitos tidos por fundamentais estão intrinsecamente relacionados ao ideário de promoção da dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, até mesmo pelo fato de que a opressão em qualquer de suas faces contrapõe-se a busca pela concretização de uma vida digna.

Daí a sustentação por parte deste autor da dignidade humana como base axiológica para a existência, reconhecimento e valorização dos direitos fundamentais.

No que tange à diversidade de significado de direitos fundamentais, com base nas proposições de Michael; Morlok(2016), que a liberdade em qualquer de suas esferas faz parte do desejo humano.

Neste sentido, tais autores enfatizam que tendo em vista a configuração da liberdade como uma demanda elementar e pressuposto para o desenvolvimento humano, as normas que irão assegurar esta liberdade são intituladas de direitos fundamentais.

Tomando-se, por base tais aspectos, evidencia-se, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – como um direito fundamental, que traz expressamente em seu âmbito a configuração dos dados pessoais como um assunto de interesse nacional, ou seja, uma temática que acaba se tornando preocupação por parte da sociedade civil organizada, que se utilizada de forma cada vez mais acentuada dos meios de comunicação digitais para a realização de uma série de relações e transações de diferentes espécies.

Tem-se, então, a “quebra” de confiança depositada nesta ampla teia de relações e interações como processo que gera uma série de riscos e consequências, gerando instabilidade jurídica e social, que deve ser contida, inclusive, por parte do próprio Estado quanto aos dados pessoais que lhes são disponíveis, até mesmo de forma “compulsória”.

Daí a razão pela qual consagra taxativamente o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 13.709, de agosto de 2018, que as normas gerais estabelecidas em seu âmbito devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, extraindo conseqüentemente, a necessidade de um controle efetivo sobre os dados pessoais presentes nos bancos de dados de todas as entidades governamentais, cuja violação somente poderá se dar em casos excepcionais, marcados pela preservação dos interesses de toda a sociedade.

2 FUNÇÃO FISCALIZADORA DO ESTADO NA SOCIEDADE DIGITAL

Ao longo do século XX, sobretudo, ao longo das últimas décadas foi se desenhando em meio à sociedade uma revolução drástica no modo pelo qual são construídas uma gama de relações entre indivíduos e entre estes e organizações de natureza pública e privada.

Tal movimento cada vez mais irrefreável em que pese a modificação operada traz consigo uma série de desafios no tocante à proteção e preservação dos dados produzidos, sobretudo, em relação àqueles que fazem parte dos bancos de dados de órgãos, entidades e instituições de natureza pública, ao passo em que a tutela ao direito à privacidade traz consigo implicações que implicam via de regra, na sua inviolabilidade, constituindo de tal modo, a sua violação como exceção que somente pode operar nos casos e limites permitidos pela própria Constituição Federal.

É possível então, sustentar que diante da intensa circulação de dados no âmbito da sociedade digital, que passam ser compilados e integrados em bancos de dados de natureza pública e privada, o ordenamento jurídico pátrio não poderia ficar indiferente à ampla gama de possibilidades de utilização indevida dos dados existentes do cidadão, sobretudo, quando perpetrados pelo próprio Estado.

No tocante ao sistema jurídico brasileiro, embora seja recente a elaboração de um regramento específico sobre o tema, cujas diretrizes normativas ainda não entraram em vigor, no plano internacional evidencia-se que a problemática que gravita em torno da proteção de dados demonstra a relevância de se atentar para sua fiscalização.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro em face da emergência do tema, foi editada a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, cuja maioria dos dispositivos tem previsão para entrada em vigor em 14 de agosto de 2020, compreendendo disposições expressas sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Partindo deste pressuposto, conforme o artigo 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Tem-se, então, uma gama de fundamentos que embasaram a edição da lei geral de proteção de dados pessoais, consagrando a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião responsável, preservando-se, a inviolabilidade dos atributos que concorrem para a dignidade do ser humano.

Quanto ao alcance desta nova legislação, de acordo com o artigo 4º esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III - realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

De tal forma, a regra da inviolabilidade dos dados pessoais não deve ser assegurada quando os dados se tornam imprescindíveis, dentre outros aspectos, à preservação dos interesses necessários à salvaguarda da própria sociedade.

3 DIREITO À PRIVACIDADE

Consagra a Constituição Federal de 1988, intitulada Constituição Federal a proteção expressa à gama de valores inerentes à privacidade do indivíduo.

Neste sentido:

CF. Artigo 5º, 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;

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.

Ressalta-se, que o conceito e amplitude do termo privacidade foi se transformando ao longo da história.

Rothenburg (2014, p. 153), salienta que “privacidade (vida privada) e intimidade podem ser distinguidas em função do âmbito de abrangência e da intensidade.

“Assim, a privacidade corresponderia a uma esfera mais ampla (trabalho, família), enquanto a intimidade, a uma esfera mais restrita” (ROTHENBURG, 2014, p. 153).

“As pessoas querem e podem ter expectativas de privacidade diferentes conforme as situações em que se encontrem. São, assim, aspectos específicos que definem a possibilidade e a extensão da divulgação” (ROTHENBURG, 2014, p. 153).

Neste contexto, segundo o referencial teórico de Mendes (2014) o início das discussões doutrinárias sobre o direito à privacidade passa a ocupar posição destaque com o influxo de novas técnicas e instrumentos tecnológicos, ao passo que passaram a permitir o acesso e a divulgação de fatos inerentes à esfera privada de um indivíduo de uma forma até determinado momento não pensada.

De acordo com Mendes (2014), a primeira geração das normas de proteção de dados pessoais surgiu no transcorrer da década de 70, tem em vista o processamento eletrônico de dados nas Administrações Públicas e nas empresas privadas, bem como para fazer frente às ideias de centralização dos bancos de dados em gigantes de bancos nacionais, destacando-se, entre os diplomas legais de primeira geração: as leis do Estado alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e a Lei de Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977).

Ainda no plano de internacional, merece destaque a contribuição americana para a compreensão da privacidade como elemento inerente à personalidade.

Neste âmbito:

Uma importante contribuição para a definição do conceito de privacidade foi dada pela Corte dos EUA na segunda metade do século XIX. Especificamente, no ano de 1890, o juiz L. Brandies, da Suprema Corte, formulou um conceito hipotético sobre “o direito de ficar só” (*right to be let alone*), baseado no princípio da propriedade. Uma posterior evolução doutrinária elucidou que o conceito de privacidade não se fundamenta no princípio da propriedade, mas no princípio da “inviolabilidade da personalidade” (PAESANI, 2014, p. 36).

A privacidade tomada em sua acepção ampla, tem como “fundamento a defesa da personalidade humana contra injunções ou intromissões alheias” (PAESANI, 2014, p. 34).

“Um, o direito ao segredo, ou sigilo. Não só este se depreende do direito à privacidade e à intimidade (art. 5º, X), mas é ele a base — não referida — de outros, como o do sigilo de fonte de informações (art. 5º, XIV)” (FERREIRA FILHO, 2016, p. 120).

Comportando de forma estrita o direito ao sigilo, implicando a não possibilidade de acesso a determinados dados.

Neste contexto:

Certas manifestações da pessoa destinam-se a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, quer dizer, secretas; não é apenas ilícito divulgar tais manifestações, mas também tomar delas conhecimento, e revelá-las, não importa a quantas pessoas (PAESANI, 2014, p. 33).

Tomando-se, por base tais elementos, o direito à privacidade, sobretudo, no que diz respeito a gama de dados pessoais, ganhou com a expansão do acesso à Internet novos contornos. Neste sentido:

Os desenvolvimentos nas últimas duas décadas da prática jurídica brasileira, tanto no âmbito da jurisprudência como no âmbito de iniciativas legais e infralegais, sugerem uma evolução do conceito de privacidade também entre nós, inclusive com a aplicação de diversos princípios relacionados à proteção de dados pessoais consolidados na doutrina internacional (MENDES, 2014, p. 127).

Complementando tais elementos:

O desenvolvimento da informática colocou em crise o conceito de privacidade, e, a partir dos anos 80, passamos a ter um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações mesmo quando disponíveis em bancos de dados. Por obra do judiciário alemão, nasce o direito à autodeterminação da informação, ou seja, o poder de acesso e controle dos próprios dados pessoais e o direito de selecionar o que cada indivíduo quer expor de si mesmo aos outros através da manifestação do consentimento. Logo, o consentimento do interessado é o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade (PAESANI, 2014, p. 35).

Tem-se, então, a privacidade, em especial, aquela que diz respeito às relações estabelecidas por meio da rede mundial de computadores, como integrante do núcleo intangível dos direitos fundamentais inerentes à cada ser humano.

Tomando-se, por base tais aspectos:

A privacidade pode ser considerada como o direito da personalidade quemais sofreu transformações, desde o tradicional conceito elaborado por Warren e Brandeis como o “direito a ser deixado só”, até a concepção atual, caracterizada pela liberdade de autodeterminação informativa, isto é, a capacidade de controlar as informações pessoais pelo seu titular (MACHADO, 2014, p. 339).

No âmbito de valorização e reconhecimento do direito à privacidade na sociedade digital, em que pese a refutação a medidas direcionadas ao controle das informações ou das comunicações realizadas entre indivíduos situados em diferentes pontos do planeta, não se pode aceitar a irresponsabilização daqueles que fazem uso inadequado dos dados disponibilizados.

“Portanto, o funcionamento da rede recusa um controle hierárquico, global ou qualquer possível sistema de censura da informação ou da comunicação, mas acata e faz apelo à responsabilidade dos fornecedores e usuários da informação desse espaço público” (PAESANI, 2014, p. 43).

Daí a razão pela qual:

O debate acerca da privacidade não se restringe mais ao tema clássico da defesa da esfera privada contra as invasões externas, isto porque tal discussão evoluiu qualitativamente, o que nos faz considerar que os problemas da privacidade no âmbito da infraestrutura da informação representam um dos componentes mais importantes atualmente (MACHADO, 2014, p. 345).

Torna-se, então, essencial atentar para a gama de transformações que marcam a evolução do conceito do direito à privacidade, a luz do influxo de novas tecnologias de comunicação e informação.

Tem-se de tal modo que:

Hodiernamente, chama-se a atenção para a possibilidade de os indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações, é o chamado direito à autodeterminação informativa, ou seja, o poder de controlar as suas próprias informações (MACHADO, 2014, p. 345).

Preservando os dados e informações de ordem pessoal de qualquer intromissão e violação, salvo nas hipóteses consagradas em prol do atendimento da preponderância do interesse público sobre o interesse individual.

4–RELATIVIDADE DAS LIBERDADES PÚBLICAS

Inicialmente cabe destacar o papel ocupado pelos princípios em um dado ordenamento jurídico, ao passo em que se constituem a base ou o alicerce sobre a refletir nas possibilidades de interpretação de uma determinada norma.

Neste sentido, conforme Andréa (2013) a partir da doutrina de Roberto Alexy passa-se a compreender que os princípios, compreendem em conjunto com as regras, um dado sistema jurídico, produzindo um “efeito de irradiação” sobre todo o direito ordinário, com reflexos preponderantes no seu sistema de interpretação e consequentemente aplicação.

Tal compreensão se torna fundamental para o entendimento do sentido e amplitude compreendidos no âmbito das liberdades públicas, cujo elenco consoante as observações de Romero (2019), comporta um elenco marcado pela liberdade de pensamento e pela liberdade de expressão, que por sua vez, se inter-relacionam com uma série de liberdades como a liberdade de consciência, a liberdade de informação, a liberdade de cátedra e a liberdade de associação.

Romero (2019) enfatiza com base na doutrina de Robert Alexy que o conceito de liberdade, embora apareça como direito fundamental se torna “impreciso” quando induz à compreensão de que se parece limitado.

Na perspectiva sustentada por Rothenburg a liberdade é assegurada pelo princípio da legalidade, ao consagrar uma presunção de liberdade que significa autorização para que o indivíduo possa fazer tudo que não seja considerado ilícito por parte do ordenamento jurídico.

Todavia, ao passo em que se constitui em instrumento primordial para a realização do ser humano, concretização de sua autonomia e desenvolvimento individual e social, do ponto de vista constitucional consagra-se, com base em Rothenburg (2014) a partir de uma relação ambivalente de meio e fim, cabendo atentar para o fato de que este direito fundamental deve ser considerado relativo e sujeito à ponderação, tal como se sucede em relação aos demais direitos fundamentais.

“As liberdades são poderes de fazer; seu objeto, portanto, são ações (fazer) ou omissões (não-fazer)” (FERREIRA FILHO, 2016, p. 126).

Ganha espaço neste contexto, a delimitação de liberdade negativa ofertada a partir da doutrina de Robert Alexy, ao passo em que segundo propõe Romero (2019), enquanto princípio ela não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer, e sim, que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos), que fundamentem sua restrição.

Reside então, segundo Romero (2019) o fundamento da liberdade negativa na necessidade de se considerar em sua plenitude a vinculação do indivíduo à comunidade.

Associa-se, diretamente à questão da relatividade das liberdades públicas a colisão entre dois dados direitos fundamentais consagrados em um dado ordenamento jurídico.

Desta forma:

Nashipóteses de “colisão entre direitos fundamentais”, como, por exemplo, no caso Lebach, onde o litígio versava sobre uma colisão entre o princípio de proteção da personalidade (art. 2º, 2º, da Lei Fundamental alemã) e o princípio da liberdade de informação (art. 1º, 1º, da LF alemã), o Tribunal Constitucional Federal alemão, reconhecendo que nenhuma das normas poderia ter uma precedência absoluta, decidiu que, em face das circunstâncias presentes, a proteção da personalidade tinha preferência sobre a liberdade de informação, o que confirmaria o entendimento dominante, de que os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, cujo conteúdo só é determinável nas situações concretas. Trata-se de ponderação sobre qual dos interesses, abstratamente de mesma posição e igualmente válidos, possui maior peso no caso concreto (relação de precedência condicionada). (ANDRÉA, 2013, p. 71).

Tem-se, então, a relativização da liberdade de divulgação de um dado pessoal quando as circunstâncias que os envolvem implicam na preponderância da proteção da privacidade enquanto atributo indissociável da proteção da personalidade de cada indivíduo.

Não se pode então, deixar de se atentar para a relevância da proteção dos direitos e a necessidade da organização do Estado para protegê-los.

No que diz respeito à proteção dos direitos destacam-se, os seguintes aspectos:

Esses direitos-liberdades, graças ao reconhecimento, ganham proteção. São garantidos pela ordem jurídica, pelo Estado. Isto significa passarem a gozar de coercibilidade. Sim, porque, uma vez reconhecidos, cabe ao Estado restaurá-los coercitivamente se violados, mesmo que o violador seja órgão ou agente do Estado (FERREIRA FILHO, 2016, p. 47).

Por sua vez, no que tange ao papel estatal, “o constitucionalismo exige que o Estado se organize em função dessa finalidade” (FERREIRA FILHO, 2016, p. 47).

Emergindo diante de tais aspectos o regime repressivo e de suma importância o sistema preventivo.

Neste contexto:

O regime repressivo. Caracteriza-se por deixar ao titular o direito livre e incondicionado para exercê-lo — dentro dos eventuais limites traçados pela Constituição ou pela lei — sujeitando-o a sanções, todavia, pelas violações a

esses limites, e mesmo pelos abusos que cometer. O regime preventivo. O chamado sistema preventivo é menos adequado às liberdades públicas, embora seja, às vezes, o único que possa evitar graves problemas ou colisões. De fato, ele é o melhor meio de conciliar o exercício de um mesmo direito por diferentes pessoas ou grupos (FERREIRA FILHO, 2016, p. 51).

Observa-se, que do ponto de vista preventivo tem-se a melhor alternativa para a preservação das liberdades públicas, sob o prisma da preponderância do interesse coletivo sobre o individual.

5- PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E SUA APLICABILIDADE

Tomando-se por base os aspectos anteriormente citados não se pode deixar de atentar para a aplicabilidade do Juízo de ponderação quando se está em jogo a preservação de dados pessoais, condição que certamente nos induz à reflexão de que tal exercício é plausível a partir das condições inerentes a uma situação concreta.

Há que se ter em mente, portanto, que na mesma medida em se garante a preservação e a inviolabilidade dos dados pessoais, inclusive, aqueles que estão compreendidos nas bases de dados de órgãos governamentais, por outro lado, converge o imperativo de que tais dados não podem ser preservados quando seu conteúdo violar os preceitos que regem a ordem consagrada pelo ordenamento jurídico constitucional vigente.

Neste contexto:

No entanto, essa questão é mesmo resolvida apenas com o exame do caso concreto. Isso porque não há propriamente antinomias insolúveis na Constituição (princípio da unidade). Defende-se, dessa forma, a inexistência de hierarquia entre direitos e princípios da mesma natureza constitucional, a predominância do interesse público e, fundamentalmente, a razoabilidade. De acordo com Couture, “o intérprete é o intermediário entre o texto e a realidade” (SALOMÃO, 2018, p. 04).

Consequentemente, a partir da valoração das condições presente em uma situação em concreto é de substancial importância a ponderação, buscando uma solução que seja proporcionalmente adequada, ao passo em que implica no “sacrifício” do direito de uma das partes em prol da preservação do máximo (interesses coletivos).

Partindo deste pressuposto:

Os óbices, inerentes ao processo de interpretação/aplicação, são potencializados pela dificuldade referente à passagem da lei ao caso concreto

(decisão), ou seja, pelo percurso que vai do geral para o particular, o que acaba colocando em evidência o problema crucial da razão jurídica, que nutre o essencial das reflexões filosóficas dos juristas contemporâneos (ANDRÉA, 2013, p. 159-160).

A preocupação para com a ponderação está presente de forma implícita na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, em seu artigo 4º, inciso III, segundo a qual suas normas não se aplicam ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de:

- a) segurança pública;
- b) defesa nacional;
- c) segurança do Estado; ou
- d) atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Há que se atentar então na essência valorativa compreendida em cada uma destas esferas, ao passo que se revestem de conteúdos que implicam na necessidade de se sacrificar o “mínimo” para preservação do máximo.

Outros limites à privacidade podem ser impostos, quando atingem interesses coletivos diferentes do direito à informação e de maior relevância numa avaliação conjunta do interesse geral. A predominância do interesse coletivo sobre o particular requer, em cada caso, a verificação do alcance respectivo, a fim de não se sacrificar indevidamente a pessoa salvo quando a divulgação de notícias com finalidades científicas ou de polícia venham a sacrificar o interesse particular em prol da coletividade (PAESANI, 2014, p. 34).

Ocupa espaço decisivo então, conforme Toledo (2017), baseando-se, na teoria de Robert Alexy a discricionariedade legislativa e judicial, ao passo que ambos os processos não podem se dissociar da ordem constitucional vigente e sua base principiológica, a implicar na valoração das situações inerentes a um dado em concreto, buscando uma solução que seja socialmente adequada aos interesses em conflito.

Neste contexto:

O juiz está adstrito à constituição positiva, à legislação e, portanto, à dogmática jurídica e aos precedentes, bem como, em medida menor, ao discurso prático geral. Os vínculos a tantos padrões normativos geram duas consequências. Em primeiro lugar, mesmo se não houvesse qualquer distinção qualitativa entre legislação e jurisdição, como afirma Kelsen, a discricionariedade judicial seria significativamente menor que a discricionariedade legislativa, também como afirma Kelsen, pois o juiz está vinculado a mais padrões que o legislador. Em segundo lugar, o vínculo a tantos padrões e a distinção qualitativa entre legislação e jurisdição, esta

última negada por Kelsen, fazem com que a jurisdição seja uma atividade muito complexa. (TOLEDO, 2017, p. 118).

Tal discussão se torna relevante, quando se tem em mente uma série de discussões envolvendo a quebra de sigilo de dados de contribuintes por parte da Receita Federal.

Neste sentido, cabe ressaltar que por maioria, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal cassou decisão monocrática do ministro Luiz Edson Fachin para retomar posição das instâncias inferiores contra o compartilhamento de dados da Receita Federal com o Ministério Público sem autorização judicial. Com a decisão, tomada nesta terça-feira (7/5), o caso volta ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

CONCLUSÃO

Embora a sociedade digital marcada notadamente pelo influxo de novas Tecnologias da Comunicação e da Informação seja marcada pela agilidade e dinamismo, permitindo ao cidadão a praticidade e a comodidade em termos de desenvolvimento de uma intensa teia de relações com diferentes tipos de organizações, quer sejam, públicas e ou privadas, por outro lado, traz implícita uma série de riscos, uma vez que tais dados podem ser utilizados de forma inadequada, inclusive, por parte dos órgãos e entidades do próprio Estado a quem cabe tutelá-los.

Torna-se, então, primordial, atentar para as transformações operadas no conceito do direito à privacidade ao longo da história e conseqüentemente, sua ressignificação em meio às transformações operadas no modo de comunicação e armazenamento de informações, cenário no qual o direito à autodeterminação informativa implica via de regra, na prerrogativa do cidadão de conservar os dados e informações que lhe dizem respeito a salvo das intromissões alheias, constituindo a violabilidade medida excepcional.

Assim sendo, o direito fundamental à privacidade, inicialmente tido como o direito de “permanecer só” evoluiu e passou a comportar no contexto contemporâneo todas as informações e dados referentes a um determinado indivíduo, contemplando todos os aspectos inerentes à intimidade e vida privada do indivíduo, integrados aos bancos de dados de natureza pública e privada, cujo ideário protetivo tende a concorrer para a concretização dos direitos à liberdade e promoção da dignidade da pessoa humana.

Emerge diante deste cenário a função fiscalizadora por excelência do Estado em prol da proteção, preservação e controle dos bancos de dados, sobretudo, quando diz respeito aos atos praticados por seus próprios agentes e órgãos, cuja violação pode trazer conseqüências irreparáveis ao cidadão/contribuinte.

Aliado a tal debate é de suma relevância compreender a abrangência do *status* conferido ao direito à liberdade, ao passo em que a exemplo do que se sucede com outros direitos fundamentais não pode ser compreendida de forma absoluta, gravitando o seu exercício a ponto de se fomentar o seu uso social responsável, preservando-se, os direitos de

terceiros e os interesses coletivos que possam ser atingidos pela manipulação indevida de dados e informações.

A liberdade negativa implica de tal modo no dever de abstenção em atenção à regra geral da inviolabilidade dos dados pessoais, constituindo as exceções legais e constitucionalmente consagradas, o reconhecimento da necessidade de se sacrificar o mínimo em prol da preservação dos interesses maiores destinados à proteção de toda a coletividade.

Decorrendo deste sentido, a necessidade de em caso de colisão entre direitos fundamentais de aplicação do Juízo de ponderação, tomando-se, por base as circunstâncias presentes em cada caso em concreto, buscando uma solução que seja socialmente adequada aos interesses em conflito.

Conclui-se, de tal modo, que a Lei de Proteção de Dados pode ser considerada um direito fundamental, na medida em que implica na proteção expressa da liberdade e autonomia dos dados pessoais inerentes ao cidadão, devendo haver rígidos mecanismos de controle por parte do Estado, inclusive, sobre seus próprios atos, impedindo de tal modo, que os incontáveis benefícios gerados pela compilação de dados e informações se transformem em instrumento para a violação do direito fundamental à privacidade, a partir da totalidade de elementos e valores nele compreendidos.

REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Fernando de. **Robert Alexy: introdução crítica**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 ago. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. **A expansão do conceito de privacidade e a evolução na Tecnologia de Informação com o surgimento dos bancos de dados**. Revista da AJURIS v. 41, n. 134, Junho 2014. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/206-263-1-sm.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROMERO, Ralfe Oliveira. **Direito 5.0: Temas contemporâneos em Direito**. Erechim: Deviant, 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Novas Tecnologias e Direitos Fundamentais**. CONJUR. 07 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-palestra-salomao-novas-tecnologias.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2019.

TOLEDO, Cláudia (organizadora). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.