

ano 22 – n. 87 | janeiro/março – 2022

Belo Horizonte | p. 1-306 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i87

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

As assimetrias da regulação estatal para a proteção de dados pessoais e a afirmação dos direitos fundamentais de primeira dimensão

The asymmetries in personal data protection state regulation and the affirmation of first dimension fundamental rights

Valter Shuenquener de Araújo*

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)
vsaraujo19@gmail.com

Maria Clara Mendonça Perim**

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)
mariaclaramperim@gmail.com

Koryander Figueirêdo Ribeiro***

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)
koryfigueiredo21@gmail.com

Como citar este artigo/*How to cite this article*: ARAÚJO, Valter Shuenquener de; PERIM, Maria Clara Mendonça; RIBEIRO, Koryander Figueirêdo. As assimetrias da regulação estatal para a proteção de dados pessoais e a afirmação dos direitos fundamentais de primeira dimensão. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 267-296, jan./mar. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i87.1453.

* Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito Público pela UERJ. Doutorado-Sanduíche pela *Ruprecht-Karls Universität de Heidelberg*. Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Conselheiro do CNMP (2015-maio de 2020). Juiz Federal. Juiz Auxiliar e Instrutor no STF no período de 2011-2014. Juiz Auxiliar no TSE em 2015. Ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Federal. Ex-Advogado da Petrobras. *E-mail*: vsaraujo19@gmail.com.

** Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Mestre em Saúde Coletiva (Políticas Públicas) pela Ufes. Promotora de Justiça da Defesa do Patrimônio Público no MPES. Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do CNMP no período de 2014 a 2017. *E-mail*: mariaclaramperim@gmail.com.

*** Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Estagiária da Procuradoria da Fazenda Nacional no período de 2018 a 2020. *E-mail*: koryfigueiredo21@gmail.com.

Recebido/Received: 27.09.2020/September 27th, 2020

Aprovado/Approved: 02.12.2021/December 2nd, 2021

Resumo: Este artigo analisa a regulação para a proteção de dados à luz dos direitos fundamentais individuais, diferenciando as funções do Estado como controlador ou regulador de bancos de dados. Parte-se da ideia de que o tratamento de dados é indispensável para os sistemas de mercado e do governo, mas implica sérios riscos de violação a direitos. O texto presume, ainda, que as variações de função do poder público em seus papéis regulatório e controlador importam para definir assimetrias. A partir disso, abordamos as possíveis colisões de direitos individuais com as demais dimensões dos direitos fundamentais para propor que a regulação nesse campo deva ser normativa, integral, efetiva e coerente, vedadas assimetrias regulatórias utilitaristas ou organicistas. Trata-se de uma pesquisa qualitativa e exploratória, cujas fontes são a ciência política e jurídica, bem como os precedentes judiciais. Os métodos são o dedutivo e o dialético.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. Regulação estatal. Controle de bancos de dados. Direitos fundamentais individuais. Assimetrias regulatórias.

Abstract: This article analyzes the regulation of data protection in accordance with individual fundamental rights, differentiating state functions of controller or regulator of data banks. This study assumes that the treatment of personal data is indispensable for market and governmental systems, but implicates serious risks of violating rights. It also assumes that the variations in controller and regulatory state functions matter when it comes to defining asymmetries. Considering these premises, this paper analyses the possible collisions of individual rights with other dimensions of fundamental rights, and proposes that data regulation must be normative, integral, effective and coherent, excluding any utilitarian or organicist regulatory asymmetries. This is a qualitative and exploratory research, whose sources of investigation are Political Science and Law, as well as judicial precedent. The deductive and dialectic methods were used.

Keywords: Personal data protection. State regulation. Control of data banks. Individual fundamental rights. Regulatory asymmetries.

Sumário: Introdução – **1** Abordagem preliminar sobre as posições diferenciais do Estado em controlador ou regulador de bancos de dados e os modelos de intervenção estatal – **2** Algumas possibilidades de afirmação e colisão de direitos fundamentais na LGPD – **3** Integridade hermenêutica dos direitos individuais na ponte da regulação entre o setor público e privado – assimetrias regulatórias conforme a definição do interesse público – Notas conclusivas: proposições em relação à proteção de dados à luz dos direitos de primeira dimensão – Referências

Introdução

Em meio a um ambiente de crescente importância da informação para os mercados, governos e a comunicação social, a Lei nº 13.709/2018 (LGPD) surgiu para dispor sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, seja este realizado por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Um dos objetivos principais da normatização brasileira é o de proteger os direitos fundamentais.

Há uma mundial tendência de normatização do tratamento de dados e proliferam-se os instrumentos de cooperação internacional nessa matéria. O Conselho da

Europa já havia editado a Convenção nº 108/1981.¹ Mais recentemente, a União Europeia editou o Regulamento nº 679/2016.² Em 2004, a Unesco produziu a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos.³

Também surgem paralelamente a esse fenômeno instâncias internacionais voltadas à proteção de dados pessoais,⁴ como o Grupo de Trabalho para a Segurança e Economia Digital (SPDE),⁵ que desenvolve políticas sobre economia digital, e a Rede Global para a Proteção da Privacidade (GPEN),⁶ que constitui uma agregação informal de autoridades com vistas à cooperação transfronteiriça na aplicação de leis que protegem a privacidade.

A LGPD faz parte desse conjunto de acenos transnacionais, que: i) representa um caminho sem volta no que concerne ao manejo de dados pessoais pelo mercado e instituições públicas⁷ e ii) dialoga, de maneira intensa, com os direitos fundamentais.

De um lado, a atualidade torna imprescindível o tratamento de dados pessoais como elemento basal de eficiência dos sistemas de mercado, de comunicação e do governo. De outro, é agudo o risco de violação de direitos fundamentais nesse processo.

O potencial de danosidade da gestão temerária de dados pessoais tornou-se cristalino após a ocorrência dos grandes vazamentos de informações pessoais, tal como o episódio envolvendo o Facebook e a Cambridge Analytica ligado ao escândalo do uso de dados para propaganda política na campanha de Donald Trump

¹ CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO AUTOMATIC PROCESSING OF PERSONAL DATA. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

² REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 27 DE ABRIL DE 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 19 jun. 2020.

³ DECLARAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DADOS GENÉTICOS HUMANOS. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁴ Vide o sumário dos contextos de cooperação internacional. Disponível em: https://edpb.europa.eu/international-cooperation_pt. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁵ WORKING PARTY ON SECURITY AND PRIVACY IN THE DIGITAL ECONOMY (SPDE). Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/workingpartyonsecurityandprivacyinthedigitaleconomyspde.htm>. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

⁶ GLOBAL PRIVACY ENFORCEMENT NETWORK. Disponível em: <https://www.privacyenforcement.net/>. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

⁷ Em razão das análises baseadas em evidências sobre as dimensões econômicas da internet aberta, incluindo seu impacto na produtividade, empregos e crescimento, a OCDE reconhece que a economia digital é imprescindível não apenas sob o aspecto econômico, mas, sobretudo, para ajudar os governos a desenvolverem políticas de transformação digital em benefício da coletividade. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/internet-policy-and-governance.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

à presidência dos EUA.⁸ E esse é apenas um dos inúmeros casos de elevada repercussão internacional relacionados ao acesso indevido de informações.⁹

O tema da colisão de direitos fundamentais no tratamento de dados pessoais é complexo, atual e relevante. A matéria ainda demanda a exploração de proposições jurídicas que possam contribuir para a hermenêutica de seus princípios à luz do constitucionalismo contemporâneo,¹⁰ em especial em relação à primazia substancialista e à adoção da proporcionalidade em contraposição ao positivismo jurídico.

Nesse espaço, a administração pública deve ser protagonista na função de proteger dados pessoais. E é preciso destacar que o Estado pode ocupar posições variadas em relação ao tratamento de dados – ora é controlador de bancos de dados, ora é regulador de controladores particulares e públicos.

O objetivo deste artigo é, assim, o de analisar a LGPD em relação aos direitos fundamentais individuais da pessoa humana, tendo como pano de fundo os problemas que podem ser causados pelas posições dessemelhantes que o poder público ocupa nas relações sociais, para fins de avançar na formulação de possíveis soluções normativas.

Para tanto, partimos da consideração de que o tratamento de dados é indispensável para os sistemas de mercado e do governo, mas ele origina sérios riscos de violação a direitos. Ademais, analisamos como as variações de função do poder público em seus papéis regulatório e controlador importam para definir assimetrias.

A partir desse contexto, objetiva-se responder ao seguinte problema: quais são as proposições normativas para a regulação estatal da proteção de dados, à luz das ambiguidades entre o público e privado e das possíveis colisões dos direitos individuais com as demais dimensões dos direitos fundamentais?

⁸ VALENTE, Jonas. Facebook notifica usuários que tiveram dados vazados. *Agência Brasil*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-04/facebook-notifica-usuarios-que-tiveram-dados-vazados-443-mil-sao-no-brasil>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁹ Citem-se outros escândalos envolvendo a exposição das contas dos correntistas digitais do Banco Inter (Proteção de dados: relembre seis casos de vazamentos. *ConectaJá!*. Disponível em: <https://conectaja.proteste.org.br/casos-de-vazamentos-de-dados/>. Acesso em: 19 jun. 2020) ou o descomunal vazamento de dados na rede hoteleira Marriott, que resultou no acesso indevido a informações pessoais de cerca de 500 milhões de hóspedes no mundo todo, inclusive seus dados sobre cartões de crédito e passaportes (GALLAS, Luciano. Proteção de dados: lei apresenta avanços, mas não esgota desafios à privacidade e liberdade de expressão. *Observatório do direito à comunicação*. Disponível em: <http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=30241>. Acesso em: 19 jun. 2020).

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

1 Abordagem preliminar sobre as posições diferenciais do Estado em controlador ou regulador de bancos de dados e os modelos de intervenção estatal

O Estado atua em papéis distintos nas relações sociais no que diz respeito à proteção de dados pessoais. Tanto pode figurar na posição de gestor dos bancos de dados, quanto na função de regulador dos tratamentos de dados realizados por outros controladores (públicos ou privados). Na primeira atribuição, o Estado age como prestador direto/indireto dos serviços públicos e, na segunda, resguarda horizontalmente direitos fundamentais nas relações privadas.

As posições do Estado como controlador ou como regulador no tratamento de dados pessoais têm raízes teóricas no próprio debate sobre as funções do Estado e o seu tamanho. Isso porque, quando a administração pública controla diretamente bancos de dados pessoais, o faz para realizar funções públicas, cuja execução tomou para si. Por sua vez, a atividade reguladora pressupõe uma espécie de intervenção estatal mais moderada, ajustada à condição de mediador de atividades realizadas pelo particular.

Portanto, os espaços de controle e de regulação estatais são influenciados pelo modelo de Estado escolhido e, nessa medida, comunicam-se com as escolas de pensamento que influenciaram uma maior ou menor intervenção estatal na vida privada.

Por volta do século XVIII, a modernidade assistiu à ascensão do liberalismo, quando floresceu a teoria de não intervenção do Estado na economia. Inspirado pelos fisiocratas e pelo lema “*laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même*”,¹¹ Adam Smith¹² defendeu que a prosperidade seria um valor, e a soma de interesses particulares promoveria a evolução generalizada da riqueza e beneficiaria a todos. Nessa perspectiva, a sociedade ideal é a da não intervenção estatal, autorregulada pelo mercado.

Outros teóricos talharam a filosofia liberal,¹³ mas foi Locke¹⁴ que contribuiu para o constitucionalismo moderno reforçando as ideias de contrato social e de direitos naturais, frente aos quais seria vedada a ingerência estatal.¹⁵

¹¹ Tradução livre: “Deixai fazer, deixai passar, que o mundo caminha por si mesmo”.

¹² SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Madras, 2018.

¹³ A exemplo, Stuart Mill defendeu a liberdade individual contra as interferências da sociedade em assuntos pessoais, vale cf. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2018.

¹⁴ Especialmente o direito de propriedade era tido como um direito natural. Sobre o tema, vide: AMARAL, Carlos Eduardo Pacheco. *Introdução a John Locke: segundo tratado de governo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 5-24.

¹⁵ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 129-133.

O contrato social é uma base teórica que pressupõe a voluntariedade do indivíduo em aderir às normas sociais, de forma livre e não compulsória ou estamental. A fraseologia contratualista foi encorpada com seus consectários da soberania popular e da autonomia pela filosofia rousseauiana.¹⁶

Com o tempo, a teoria liberal agregou, cada vez mais, a perspectiva do “indivíduo”, da “autonomia” e da “liberdade”, especialmente em frente ao Estado, sempre com vistas a limitá-lo, de modo a salvaguardar o livre mercado e outras liberdades.

No curso da história, contudo, essa compreensão de Estado mínimo sofreu distúrbios, porque o liberalismo não teve capacidade de superar as iniquidades. De fato, a crise do início do século XX explicita a falência de suas estruturas originárias em solucionar problemas de desigualdade. A Europa viveu, nessa época, duas grandes guerras e, do cenário de caos, palpitou a constatação de que as “liberdades” foram insuficientes.

Especialmente a partir da universalização dos direitos políticos, transmudou-se a concepção de cidadania.¹⁷ Advieram o socialismo e a social-democracia, e deu-se a incorporação dos direitos sociais aos direitos fundamentais. Tais encadeamentos resultaram na inclusão política de classes trabalhadoras e na assunção de atividades prestacionais pelo poder público, que passou não apenas a defender as clássicas liberdades, mas, também, a prestar uma gama de serviços públicos.

Dentre as dissidências ao *laissez-faire*, é importante mencionar a escola keynesiana. A grande depressão nos Estados Unidos (crise de 1929) levou o Estado a intervir mais intensamente na economia. Passou a executar, além de serviços públicos, atividades tipicamente econômicas para garantir a produtividade, empregos e pôr fim à recessão.¹⁸

Algumas décadas mais tarde, a expansão da produção mundial encontrou limites na capacidade dos mercados e sobreveio uma nova crise do capitalismo. O ampliado papel de intervenção econômica estatal tinha cultivado déficits e foi compreendido como uma das causas para os graves problemas econômicos. A partir de 1980,

¹⁶ A filosofia de Jean Jacques Rousseau foi fundamental para o contratualismo. Segundo Rousseau, os homens possuem uma liberdade natural e devem recuperá-la para, a partir dela, escolher seus governantes e a forma como serão governados. Tais escolhas serão realizadas por meio de um pacto social que confere ao governante poderes para que garanta a autonomia do homem, e essa é a razão que justifica a passagem do estado natural para o estado civil (ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2013).

¹⁷ Sobre o impacto da generalização da cidadania nos direitos sociais: MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge University Press, 1950. No dizer de Martínéz: “*La democracia será el punto de encuentro del liberalismo y del socialismo*” (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 164).

¹⁸ KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

ascendeu o fenômeno do neoliberalismo, e suas estratégias foram capitaneadas pelos governos de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e de Margaret Thatcher, na Inglaterra. As medidas eram, em linhas gerais, baseadas em privatizações, ajuste fiscal e flexibilização da carga tributária e dos direitos trabalhistas.

Do ponto de vista teórico, os liberais da Escola da Áustria e de Chicago¹⁹ resgataram o eco do *laissez-faire* e contrapuseram-se ao keynesianismo e às políticas de bem-estar social, aduzindo que as interferências no campo da seguridade social podem comprometer severamente as liberdades e o mercado.²⁰

No Brasil, a crise do Estado relacionada à sua incapacidade de minimamente atender as demandas da sociedade não se deu em razão da necessidade de custeio dos direitos sociais. Teve origem, contudo, no desenvolvimentismo adotado a partir de 1930, que acreditou na industrialização lastreada no crédito internacional. Disso decorreu um aumento expressivo da dívida pública externa brasileira,²¹ e a crise econômica abriu espaço para as soluções neoliberais, dentre as quais a diminuição do intervencionismo estatal, mediante a privatização, a abertura comercial e retorno aos mecanismos de mercado.²²

A propensão à redução do Estado realizou-se na década de 1990,²³ especialmente pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE).²⁴ Tal documento estabeleceu como causas da crise brasileira o modo de intervenção estatal e a burocracia administrativa, qualificada de lenta, cara e ineficiente, porque focava nos procedimentos, e não em resultados. O PDRAE propôs a redefinição do papel do Estado, de molde a substituir a execução de direitos sociais por atividades financiadoras e reguladoras, superando a administração pública burocrática pela gerencial.

Nessa ambiência, sobressaíram-se as agências reguladoras como entidades destinadas a equacionar problemas políticos e econômicos pelo novo paradigma

¹⁹ Vale cf., PALLEY, Thomas I. Del keynesianismo al neoliberalismo: paradigmas cambiantes en economía. *Economía UNAM*, México, v. 2, n. 4, p. 138-148, abr. 2005.

²⁰ HAYEK, F. A. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Oxford: Routledge, 2003. p. 101-107.

²¹ SALLUM JR., Brasílio. *Labirintos: dos gerais à Nova República*. São Paulo: HUCITEC, 1996.

²² PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV, 2005; SALLUM JR., Brasílio. *Labirintos: dos gerais à Nova República*. São Paulo: HUCITEC, 1996.

²³ A reforma gerencial no Brasil teve lugar num pacote de alterações do direito público, a exemplo: Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998; as leis do terceiro setor (Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e nº 9.790, de 23 de março de 1999); o Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997); e a instituição de agências reguladoras.

²⁴ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República/MARE, 1995. Sobre o tema, conferir: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 48, v. 1, n. 1, p. 5-25, 1997; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, v. 1, n. 1, p. 5-42, 1998.

de intervenção estatal indireta, o da regulação.²⁵ Para Di Pietro, nesse modelo, “(...) o Estado limita-se a exercer o poder de polícia sobre a atividade econômica desempenhada pelo particular, estabelecendo regras, fiscalizando, reprimindo, ou, em suma, regulando”.²⁶

Inequivocamente, os vocábulos regulação e desregulação ganharam relevo conceitual a partir desse período, porque a regulação tinha por objetivo garantir a presença do Estado naquelas atividades privatizadas.²⁷ Em razão disso, são frequentemente vinculadas ao neoliberalismo.

Todavia, no campo da proteção de dados, o termo regulação possui uma acepção mais ampla, para além do controle de atividades tipicamente econômicas privatizadas ou de serviços públicos. Pretende-se um enfoque de regulação que esteja ligado à proteção de direitos fundamentais em face de ações que lhes causem riscos e violações.

Veja-se que, também nesse âmbito, se está diante de uma regulação “para significar tanto a edição de normas quanto a fiscalização do seu cumprimento, a imposição de penalidades e as atuações destinadas a conciliar interesses, a obter acordos, a persuadir”.²⁸

A regulação pode se especializar, portanto, em razão da proteção estatal, e não da natureza da atividade econômica regulada ou do movimento de desestatização.²⁹ É como acontece com a regulação sanitária, ambiental e com a proteção de dados pessoais. Medauar³⁰ concorda que a regulação não se restringe à atividade econômica e aos serviços públicos e cita como exemplo a regulação dos dados sensíveis da vida social, como preservação de dados pessoais, segurança do trabalho, acesso a documentos e as relações raciais.

²⁵ Sobre o histórico e contexto das agências reguladoras brasileiras, vide: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 125-160.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação e legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório – Temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23.

²⁷ MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002.

²⁸ MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002, p. 125. Vide, ainda, Shuenquener de Araújo, para quem a regulação contém um leque que “compreende a edição de atos normativos e de atos de consentimento de polícia (licenças, permissões e autorizações), bem como a função adjudicatória (de dirimir conflitos entre os players que são atingidos pela regulação) e outras necessárias ao pleno funcionamento da atividade regulada” (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 20, n. 120, p. 64-91, fev./maio 2017, p. 68).

²⁹ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal afirmou que “o escopo do modelo regulatório adotado no Brasil não se reduz à regulação concorrencial, não se limitando à correção das chamadas ‘falhas de mercado’. Pelo contrário, incorpora também instrumentos necessários para o atingimento de objetivos gerais de interesse público: regulação social, e não apenas econômica” (STF, ADI nº 4.874/DF, rel. Min. Rosa Weber, Data de julgamento em 01.02.2018).

³⁰ MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002, p. 126.

Apesar das tradições terminológicas, o signo da regulação tem sido aplicável às atividades de interesse social das mais variadas. O histórico da regulação não deve atrelar seu significado a formatos e, muito menos, a ideologias: dizer que a regulação pertence estritamente ao campo do neoliberalismo é obliterar novas miras da intervenção estatal.

De igual modo, as atividades regulatórias podem emanar de estruturas diversas na administração pública. Por certo que a função regulatória é usualmente exercida por agências reguladoras, entidades criadas para exercer a intervenção estatal nesse formato. Entretanto, as agências não são raias estreitas ao poder regulatório estatal.

A regulação sequer é atividade exclusiva do poder público e pode acontecer no mundo privado.³¹ Segundo Floriano Marques Neto e Marina Zago,³² essa função pode ser desempenhada por um ente autônomo como pode ser exercida pela administração pública direta, desde que estejam aptos a desenhar uma política regulatória e a manejar instrumentos interventivos.

Nessa acepção, são propriamente de regulação as competências da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) para a proteção de dados, porque contemplam proibições sancionatórias, decisões sobre conflitos, fiscalizações, regulamentações, produção e difusão de informações, além da formulação de diretrizes para a política setorial.

Portanto, a proteção de dados é matéria objeto de regulação, que, aliás, requer intervenção estatal nos mais diversificados campos de atividades. Em verdade, estamos diante de uma regulação focada precipuamente na afirmação de direitos fundamentais. Logo, reclama coerência do poder público como regulador e controlador de bancos de dados.

Como regulador de bancos de dados, o Estado toma, para si, a tarefa de regular a proteção de dados na moldura da ANPD. Como controlador, o Estado também se torna um sujeito “a ser regulado”. O poder público é um mantenedor de peso de bancos de dados pessoais, que podem estar relacionados às atividades econômicas estatizadas, à prestação de serviços essenciais ou, mesmo, à consecução de políticas públicas.

A título de exemplo, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) se constitui no principal provedor brasileiro de dados e informações do Brasil. Citem-se,

³¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, p. 64-91, fev./maio 2017, p. 68.

³² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 181.

ainda, os amplos bancos de dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e do Instituto Nacional de Ensino e Pesquisa (INEP-MEC).

Algumas empresas públicas e sociedades de economia mista também controlam relevantes bancos de dados pessoais e financeiros de titularidade dos usuários de seus serviços, tal como acontece com a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil. Em outras áreas, como da segurança pública, governos se valem de bancos de dados de organizações internacionais, que são, também, alimentados com informações estatais.³³

O que é desafiador à proteção de dados pessoais é que os espaços ocupados pelo Estado nas relações sociais influenciam diretamente na efetivação de direitos fundamentais. Por vezes, o Estado é parte da relação jurídica, tendo como sinalagma o particular; por outras, encarrega-se do papel de normatizar, controlar e intervir em relações públicas ou privadas, das quais pode ou não ser parte.

Assim como a teoria política influenciou no tamanho e nas funções do aparelho estatal, o direito também reproduz, na afirmação dos direitos humanos, valores hegemônicos de um tempo histórico. Todo esse conjunto reverbera na proteção de dados.

2 Algumas possibilidades de afirmação e colisão de direitos fundamentais na LGPD

O art. 2º da LGPD prevê os seguintes fundamentos para atividade de proteção de dados: respeito à privacidade; liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; desenvolvimento econômico, tecnológico e inovação; livre iniciativa/concorrência e defesa do consumidor; direitos humanos, desenvolvimento da personalidade, dignidade e cidadania.

Por sua vez, o art. 6º da LGPD sujeita o tratamento de dados pessoais aos seguintes princípios: finalidade específica, adequada, legítima e informada; proporcionalidade (vedação de excesso); livre acesso e consulta aos titulares; qualidade de dados (clareza, fidedignidade e atualidade); transparência; segurança e prevenção de danos; não discriminação e responsabilização e prestação de contas.

Na LGPD, a positivação de princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais é bastante generosa e alcança direitos fundamentais em todas as suas dimensões, desde os direitos individuais, políticos e sociais até os direitos difusos e de minorias. Assim, o tema dos dados pessoais atravessa uma cadeia intrincada

³³ A Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) é uma organização internacional cujo objetivo é facilitar a cooperação policial mundial e o controle do crime. A Interpol gerencia uma série de bancos de dados, incluindo milhões de registros com informações sobre indivíduos, tais como nomes, impressões digitais; bens roubados, passaportes e veículos; armas de fogo etc. Disponível em: <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Bases-de-datos>. Acesso em: 10 jun. 2020.

de direitos individuais e coletivos, para além do subjacente dilema do público vs. privado.

Os direitos fundamentais foram incorporados a partir da modernidade numa relação de contínua complementariedade racional e histórica. Apesar de a teoria constitucional classificá-los com sutis diferenças,³⁴ é importante considerá-los em suas variadas dimensões.³⁵

Os chamados direitos de primeira dimensão são os de liberdade individual: referem-se a objeções contra a ingerência estatal no espaço particular. Trata-se dos direitos negativos e de resistência à opressão, como as liberdades, a igualdade perante a lei e as garantias processuais, além dos direitos políticos.³⁶ Já os direitos de segunda geração são os direitos sociais ou de igualdade e explicitam uma pretensão ao bem-estar social. São direitos positivos, ou seja, que reclamam atividades prestacionais do Estado.

Por fim, os direitos de terceira dimensão são os de solidariedade e possuem como marca distintiva a proteção de coletividades, de futuras gerações, de interesses difusos, como o meio ambiente e da qualidade de vida.³⁷ Nesse enredamento, há

³⁴ Autores classificam a evolução dos direitos fundamentais em gerações/dimensões, conforme as etapas de suas incorporações como valores aptos a responder a problemas sociais. Sobre o tema, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: Por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 353-366.

³⁵ Consoante Sarlet, as dimensões dos direitos fundamentais “nos revelam que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 52). Vide ainda sobre o tema: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: Por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 353-366.

³⁶ Sarlet entende os direitos políticos como de primeira dimensão, vale cf., SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46-47. Em relação a eles, o fenômeno da generalização ocorreu posteriormente aos direitos civis e teve profundas implicações, dentre as quais a de permitir a pretensão social de garantia de *standards* civilizatórios mínimos para todas as classes sociais. Marshall analisa a evolução dos direitos fundamentais fazendo uma distinção de três fases do reconhecimento dos direitos. A primeira, dos direitos individuais de liberdade (século XVIII); a segunda, da democratização dos direitos políticos (século XIX); e a terceira, dos direitos sociais (século XX), vale cf., MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge University Press, 1950.

³⁷ Para Bonavides, “têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: Por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 356).

uma série de debates sobre as dimensões desses direitos, ora compreendendo-os inseridos nas tipologias já existentes, ora em umas quartas e quintas dimensões.³⁸

A LGPD positiva, em sede de proteção de dados, direitos fundamentais de primeira, segunda e subseqüentes dimensões,³⁹ e tais axiomas se associam às funções estatais de regulação ou de controle de bancos de dados pessoais. Em relação especificamente aos direitos de primeira dimensão, a citada lei reafirma os direitos à privacidade, à autodeterminação e à liberdade de informação, opinião e expressão, à honra e à imagem; à livre iniciativa e concorrência; e ao livre desenvolvimento da personalidade.

A dignidade humana é um dos fundamentos da proteção de dados e, dentre todos, é o que envolve o mais interminável rol de debates morais e uma complexa definição conceitual.⁴⁰ Daniel Sarmiento⁴¹ reconstrói o sentido normativo desse princípio, compondo-o de: i) valor intrínseco da pessoa humana, ii) autonomia, iii) mínimo existencial e iv) reconhecimento intersubjetivo.

Veja-se que os componentes da dignidade humana dialogam muito de perto com o tema da proteção de dados e irradiam efeitos por toda a normatividade da LGPD. O valor intrínseco e a autonomia são especialmente importantes na afirmação dos direitos fundamentais individuais de primeira dimensão na proteção de dados pessoais.

³⁸ Sarlet entende que, apesar da divisão em dimensões, em essência, todas as demandas dos direitos fundamentais gravitam em torno dos valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade, tendo por base o princípio maior da dignidade humana (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 50). A exemplo, o direito de informática, cujo reconhecimento e autonomia são postulados em virtude do contexto atual de uso de dados pessoais, meios de comunicação, etc., mas que, pela sua vinculação com os direitos de liberdade e privacidade, suscita dúvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão de direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 49).

³⁹ Os direitos à defesa do consumidor, à inovação, à segurança, à qualidade dos dados, à prevenção de danos e à não discriminação se aproximam das dimensões mais recentes de direitos fundamentais, embora não possam ser, assim, hermeticamente categorizados, porque intercambiáveis. Na categoria mais recente, citem-se, ainda, os direitos ao desenvolvimento econômico, tecnológico e à inovação. Sobre o direito ao desenvolvimento, vide: MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*. *Estud. av.*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 17-41, ago. 1997.

⁴⁰ A indefinição semântica é um risco para a sua eficácia protetora, porque a dignidade tem de ser algo mais do que um conceito antitético assimétrico para garantir eficácia em suas funcionalidades. Analogicamente à análise de Neves sobre a semântica do vocábulo *constituição*, a dignidade humana reclama uma delimitação semântica conceitual, sob pena de que seu uso inflacionário a transforme numa metáfora do discurso ou retórica político, pouco útil para solução de problemas reais. Sobre o risco de conceitos antitéticos (que apenas desqualificam o que lhes opõe), vide: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 1-6. No entanto, o fechamento teórico do espectro da dignidade humana também seria indesejável, já que conceitos rígidos podem inibir o seu dom, que é a abertura do direito para a moral (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 69-70).

⁴¹ Sobre os elementos da dignidade humana, vide: SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 101-289.

De se ver que a proteção de dados é uma matéria complexa, permeia direitos fundamentais em todas as suas dimensões e, por isso mesmo, inspira o perigo de colisões dos direitos individuais negativos com os valores acolhidos.

Ainda que não se possa antever todos os possíveis conflitos envolvendo o tratamento de dados pessoais, algumas conclusões são apriorísticas. Em relação aos direitos negativos, estes podem mostrar antagonismos entre si, já que a privacidade e os direitos à honra e à imagem podem colidir com a liberdade de mercado, de informação, de expressão e comunicação, ou mesmo com o desenvolvimento tecnológico e a inovação.

Os casos dos grandes vazamentos de dados e da subsequente venda desse material, por canais legítimos e ilegítimos, evidenciam a colisão entre o livre mercado e a privacidade.⁴² Mesmo na esfera da legalidade, a eficiência dos mercados pressupõe manejo de dados. Com um crescimento anual esperado de cerca de 10%, o mercado de dados é um dos que mais prospera na economia europeia.⁴³

Não à toa, a Digialeurope, organização europeia composta por grandes empresas de tecnologia e que representa o setor de tecnologia digital, fomenta a transformação digital. Isso se dá porque essas tecnologias aumentam a produção, melhoram a eficiência energética e avançam no modelo de negócios baseado em dados.⁴⁴

Por isso, a livre iniciativa e o desenvolvimento têm se apresentado como importantes contrapontos à privacidade. Em que pesem tais movimentos, os dilemas em torno dos limites da privacidade não se restringem às demandas com um foco mais econômico e transbordam para discussões sobre outras liberdades.

A exemplo disso, o tema de Repercussão Geral nº 987,⁴⁵ do Supremo Tribunal Federal, trata do dever do provedor de internet de controlar e excluir conteúdo ofensivo a terceiro e tem, por pano de fundo, o estranhamento entre liberdade de expressão e de informação vs. direito à privacidade, à intimidade, à honra.

⁴² Proteção de dados: relembre seis casos de vazamentos. *ConectaJá!* Disponível em: <https://conectaja.proteste.org.br/casos-de-vazamentos-de-dados/>. Acesso em: 19 jun. 2020; GUSMAO, Gustavo. Os 15 maiores vazamentos de dados da última década. *Exame*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/os-15-maiores-vazamentos-de-dados-da-ultima-decada>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁴³ Conforme informação da Digialeurope em maio de 2020, existem mais de 280.000 empresas de dados com sede na União Europeia, mas a importância da atividade é sentida em todas as áreas do desenvolvimento econômico. Disponível em: <https://www.digialeurope.org/policies/data-privacy/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁴⁴ DIGITAL EUROPE. Disponível em: <https://www.digialeurope.org/policies/digital-transformation/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁴⁵ O Tema nº 987 discute a constitucionalidade do art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, *websites* e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos. Vide: STF, ARE nº 660.861 RG, Relator Ministro Luiz Fux, Data de julgamento em 22.03.2012 e STF, RE nº 1.037.396-RG/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, Data de julgamento em 01.03.2018.

É a questão do direito ao esquecimento⁴⁶ ou do direito de apagar dados (*right to erasure*) discutida mundialmente. No caso *Google Spain v. González*,⁴⁷ Mario Costeja González pretendia apagar dados pessoais disponíveis no Google, porque tratavam de uma antiga execução por dívidas. O Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu a responsabilidade dos motores de busca qualificando suas atividades como de tratamento de dados, bem como o direito, não absoluto, de apagar dados pessoais na internet.⁴⁸

Em 2013, a tese do direito ao esquecimento foi assegurada pela primeira vez no Superior Tribunal de Justiça (STJ), por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.334.097 e 1.335.153,⁴⁹ ambos de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão.

No caso do RE nº 1.334.097,⁵⁰ um dos acusados de participação na Chacina da Candelária postulava a condenação da Rede Globo em danos morais pela divulgação que entendia indevida, porque havia sido absolvido na ação penal. Por sua vez, o RE nº 1.335.153 decorreu de uma ação ajuizada pela família da vítima de um grave e notório crime cometido em 1958. Em razão do passar dos anos, os autores pretendiam não ter tais fatos lembrados por lhes causarem lembranças angustiantes e máculas à honra.

Embora com modulações diferenciadas nas condenações de direitos morais e fundamentos,⁵¹ em ambos os casos, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento, com base na imprescindibilidade de sopesamento entre as liberdades de expressão e imprensa e o direito à dignidade humana e à privacidade, honra e imagem.

Ainda no âmbito das liberdades, é conjuntural a colisão entre as liberdades de expressão e os direitos humanos de dignidade e de não discriminação. Com efeito,

⁴⁶ Vale cf., SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao "esquecimento na sociedade da informação"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁴⁷ GOOGLE SPAIN V. GONZÁLEZ, Data de julgamento em 13.05.2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁴⁸ O tema do direito ao esquecimento não é simples e merece uma análise específica que foge do escopo deste texto. O objetivo do destaque foi o de apenas demonstrar a complicação que pode existir entre as liberdades de comunicação e os direitos de personalidade e destes vs. transparência.

⁴⁹ STJ, Quarta turma, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ (2011/0057428-0), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento em 28.05.2013, Data de publicação em 10.09.2013.

⁵⁰ STJ, Quarta turma, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ (2011/0057428-0), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento em 28.05.2013, Data de publicação em 10.09.2013.

⁵¹ No caso do autor que havia sido absolvido das acusações de participação na Chacina da Candelária, o julgamento se utilizou da prescrição para entender que a publicidade no processo penal tem pertinência enquanto durar a necessidade de fiscalização da sociedade sobre a efetividade da aplicação da justiça e tende a desaparecer com o passar do tempo e com a extinção da pena ou absolvição. Em razão desses fundamentos, houve condenação a danos morais. Já no caso da família da vítima do crime passado, o relator reconheceu o direito da família em não ver o caso lembrado pela imprensa para que não sejam reacendidas antigas dores morais. Todavia, deixou de condenar em danos morais, sob a premissa de que a outra face do direito ao esquecimento é justamente a diminuição da dor com o decurso do tempo. A aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível, quando for invocada pela própria vítima ou pelos seus familiares, é objeto de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (Tema nº 786).

a transparência e o acesso a informações sobre condições pessoais, notadamente os dados sensíveis, ora são essenciais, ora descombinam com a almejada redução dos estigmas de desigualdade, seja na esfera pública, seja na privada.

O espaço de colisão entre a liberdade de expressão e o direito de personalidade pulsa, há algum tempo, na discussão do *hate speech*,⁵² e o Supremo Tribunal Federal (STF) posicionou-se pela supremacia da dignidade humana em frente às liberdades no caso *Ellwanger*,⁵³ ao qualificar de racismo publicações antissemitas. Nesse caso, a colisão é graduada, porque tem repercussões na solidariedade entre pessoas e povos.

Dando um passo à frente, uma pontiaguda incongruência jaz entre os direitos individuais negativos e os direitos sociais, entre a liberdade e a igualdade. É assim porque o direito de não ser submetido ao domínio de outrem apresenta um natural estranhamento com a ideia de compensações sociais para garantir igualdades de condições. Da mesma forma, a cidadania se materializa em um intrincado horizonte de miscigenação de direitos que assombra o mal resolvido conflito entre a justiça social e o mercado.⁵⁴

Há um debate filosófico expressivo sobre o peso do indivíduo em contraposição à comunidade – ora se desloca o centro do interesse da pessoa natural para o corpo social, ora o contrário. Aqui não cabe aprofundá-lo, porque não se contém no escopo da análise deste texto, mas ele começa com a visão antropocêntrica do liberalismo como oposição ao arbítrio.⁵⁵ Depois, a teoria liberal sofreu críticas pela insuficiência do individualismo abstrato para a afirmação de um mundo melhor. Em sentido diametralmente oposto, o organicismo chegou a conceber que o indivíduo só existe em função da comunidade a que pertence, mas embasou o terror dos regimes totalitários⁵⁶ e trouxe de volta a importância da condição humana.

Entre liberais e socialistas, a teoria da justiça de Rawls representou uma tentativa de equilíbrio, com uma proposta liberal, porém mais substantiva para escolhas sociais.⁵⁷ Mas é certo que o pêndulo entre o indivíduo e a comunidade continua operando fortes controvérsias.⁵⁸ Essa contenda é importante para a

⁵² SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵³ STF, Tribunal Pleno, HC 82.424, Relator Ministro Maurício Corrêa, Data de julgamento em 17.09.2003.

⁵⁴ Sobre o tema do impacto dos direitos de cidadania na desigualdade social, vide: MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge University Press, 1950.

⁵⁵ Sobre os princípios do liberalismo, vale conferir: GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁶ Sobre o totalitarismo como ideologia organicista, vide: ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

⁵⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

⁵⁸ Como a teoria da justiça ganhou centralidade na teoria política, as suas principais oposições e as discussões que as subjazem trazem um conteúdo sintético sobre o debate dos valores de igualdade e liberdade, valendo a pena conferir sinteticamente em: GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça de*

proteção de dados, porque patenteia a densidade da alteração entre o Estado regulador e o controlador, bem como suscita reflexões sobre as distinções regulatórias conforme finalidades sejam públicas ou privadas.

É singelamente pressuposta a ocorrência de colisões entre os direitos de liberdade e os direitos comunitários (difusos ou sociais). Os direitos da personalidade (privacidade, honra e imagem) estão em costumeiro contrassenso com a eficiência das políticas públicas (saúde, segurança e educação, por exemplo), dado que a eficiência de quaisquer atuações estatais pressupõe certa dose de informação sobre dados pessoais.

Certamente não se planejam ações ou se criam inovações sem informação e comunicação. A dinâmica dessa colisão é usual, mas, em tempos de crise, ela alcança maior intensidade. É o que ocorreu na pandemia do *Coronavirus disease 2019* (COVID-19), em que direitos de liberdade foram limitados em prol da saúde, da vida e da solidariedade. Há um conjunto de medidas de privação de direitos de liberdade (de locomoção, de livre iniciativa) e sociais (de pleno emprego, seguridade, etc.) e latejam interferências nas eleições.⁵⁹

Os dados pessoais são medulares nesse cenário, porque cruciais para levantamentos epidemiológicos e medidas de controle. A exemplo disso, há um dilema moral em torno das medidas de rastreamento de pessoas por georreferenciamento de seus celulares a fim de se monitorar o cumprimento do isolamento social⁶⁰ e outras finalidades.

Veja-se que a Medida Provisória (MP) nº 954/2020, que teve sua eficácia suspensa pelo STF,⁶¹ visava permitir que o IBGE tivesse acesso aos nomes, números de telefone e endereços dos clientes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, para a produção de dados estatísticos durante a pandemia de COVID-19. No julgamento, o STF decidiu, por maioria de votos, no sentido de suspender a aludida MP, tendo em vista que estava em jogo o direito à privacidade e sigilo dos dados pessoais e das telecomunicações. A Corte Suprema ainda considerou que a MP não cuidou de especificar a finalidade e o procedimento para o uso dos dados.

Essa discussão sobre a proteção de dados pessoais em coletas censitárias não é recente. Em 1984, a Corte Constitucional alemã já havia declarado inconstitucional

Rawls: um breve manual de filosofia política de Roberto Gargarella. São Paulo: Martins Fontes, 2008; KYMLICKA, Will. *Filosofia política e contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵⁹ FIGUEIREDO, Janaína. Nove países da América Latina já adiaram eleições para combater COVID-19. *O Globo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/nove-paises-da-america-latina-ja-adiaram-eleicoes-para-combater-covid-19-24372085>. Acesso em: 11 jun. 2020.

⁶⁰ APPLE E GOOGLE VÃO LANÇAR PLATAFORMA DE RASTREAMENTO DE PESSOAS. *Canal Meio*. Disponível em: https://www.canalmeio.com.br/edicoes/2020/04/13/brasileiro-nao-sabe-se-escuta-ministro-ou-presidente/?jumpto=apple-e-google-vao-lancar-plataforma-de-rastreamento&utm_source=meio&utm_medium=whatsapp. Acesso em: 11 jun. 2020.

⁶¹ STF. Plenário. ADIs nº 6.393, 6.387, 6.388, 6.389, ADI nº 6.390. Rel. Min. Rosa Weber. Data do julgamento: 07.05.20.

um censo pretendido pelo governo.⁶² Naquela ocasião, os dados deveriam ser coletados em questionários sob a supervisão das autoridades locais e inexistiam restrições para usos apenas estatísticos.

A Suprema Corte alemã manteve o objetivo geral do censo, mas considerou inconstitucional a transferência de dados para as autoridades locais, porque estavam obscuros os limites entre os fins estatísticos anônimos e o processamento dos dados por essas autoridades. Decidiu-se que o Estado não deveria ser considerado uma entidade única no que diz respeito à coleta e uso de dados pessoais, competindo-lhe informar de forma clara, facilitada e específica a finalidade para a qual os dados são processados.

Esse julgamento marca o surgimento do direito da autodeterminação informacional, sob a premissa de que, se as intervenções em direitos fundamentais forem consideradas necessárias, os cidadãos deverão ser colocados em uma posição em que possam avaliar os riscos para sua personalidade relacionados ao processamento de seus dados pessoais.⁶³

Para implementar o censo em 2011, a Alemanha adotou um método misto que coleta dados de várias fontes, combinando pesquisas por amostra de questionário com dados dos registros administrativos diversos, que contêm informações inseridas por autodeclaração dos cidadãos. Além disso, todas as estatísticas oficiais na Alemanha estão sujeitas à proibição de compartilhar dados com outras autoridades.⁶⁴

Nesse caminho, a eficiência da economia e dos governos pode ser diametralmente oposta à proteção dos dados pessoais na perspectiva do indivíduo. Porém, os direitos individuais são salvaguardas contra a assimetria de poder de sistemas como o de mercado. Ademais, inibem o próprio arbítrio estatal. Em última instância, são garantias de autonomia e de não opressão.

Por isso, o dilema moral sobre o grau de intangibilidade de dados pessoais quando se está diante do interesse comunitário é de intrincada solução. É muito provável que a maior parte dos casos em que há uma colisão entre interesses comunitários e individuais na proteção de dados seja *difícil* (*hard cases*).⁶⁵ Isso acontece porque o conflito tem envergadura constitucional, apresenta tensão entre direitos fundamentais, evidencia desacordos morais razoáveis e demanda solução

⁶² Sobre a “*Mikrozensus-Decision*” (*Bundesverfassungsgericht*), vide: HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph Schnabel. Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, Issue 1, Volume 25, p. 84-88, 2009.

⁶³ HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph Schnabel. Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, Issue 1, Volume 25, p. 84-88, 2009.

⁶⁴ ALEMANHA INICIA PRIMEIRO RECENTEAMENTO DESDE A REUNIFICAÇÃO. *DW Brasil*. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/alemanha-inicia-primeiro-recenseamento-desde-a-reunificacao/a-15059706>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 347-348.

construída argumentativamente a partir de parâmetros da norma conjugada a elementos externos ao direito (inclusive técnicos).

3 Integridade hermenêutica dos direitos individuais na ponte da regulação entre o setor público e privado – assimetrias regulatórias conforme a definição do interesse público

Como dito, os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos negativos de liberdade atrelados à condição humana como indivíduo. Expressam-se na liberdade, igualdade, personalidade e se caracterizam como objeções de não ingerência. Em matéria de dados pessoais, ligam-se aos aspectos de privacidade e autonomia.

Sem a pretensão de esgotar o rol de direitos subjetivos previstos pela LGPD, o art. 17 coincide com a dimensão dos direitos individuais negativos ao assegurar como direitos da pessoa natural a liberdade, a intimidade e a privacidade. Tais direitos se referem ao “titular do dado”, assim considerada a pessoa natural a quem dizem respeito os dados tratados. Na qualidade de direitos subjetivos, são oponíveis ao controlador ou operador.

Depreende-se que haja um forte conteúdo de limitação do poder de controlar dados (público e privado) pela afirmação dos direitos das pessoas naturais. Os direitos individuais funcionam como escudo de proteção, e os conteúdos de liberdade e autonomia destacam a adoção subjacente do contratualismo.

A origem do debate sobre os direitos dos indivíduos perante o controle de dados pessoais teve início na década de 1960, com a proposta de criação do *National Data Center* pelo governo dos Estados Unidos. O projeto consistiria em um gigantesco banco de dados concentrando as informações pulverizadas em vários sistemas da administração pública sobre os cidadãos norte-americanos. Após acirradas discussões sobre a ameaça às liberdades individuais, o governo norte-americano abortou a ideia.⁶⁶

A partir desse acontecimento e até o início da década de 1970, sucedeu um incipiente modelo regulatório pautado no controle público por concessão/autorização para o funcionamento de centros de dados. No entanto, com a proliferação dos bancos, esse formato de intervenção inviabilizou-se, ao tempo em que aumentavam as reclamações de pessoas por usos indevidos de seus dados pessoais sem correspondentes garantias.⁶⁷

⁶⁶ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011, p. 98.

⁶⁷ Sobre o histórico da evolução da proteção de dados e seus paradigmas, vide: DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011, p. 98.

No final da década de 1970, inicia-se um novo momento da proteção de dados que respondia a essa demanda de resguardo aos direitos dos indivíduos. Segundo Donela,⁶⁸ um de seus grandes marcos foi a Lei Francesa de Proteção de Dados Pessoais de 1978, intitulada *Informatique et Libertées*.⁶⁹

É interessante para o tema dos espaços estatais resgatar o histórico da *Informatique et Libertées*. Em 1971, também o governo francês havia decidido centralizar os diretórios de identificação por meio do projeto Sistema Automatizado de Arquivos Administrativos e Diretório de Pessoas (SAFARI), que visava interconectar arquivos e sistemas governamentais. O projeto SAFARI gerou grande oposição social, a ponto de o jornal *Le Monde* publicar “SAFARI, ou caça aos franceses”. O clamor popular fez com que o projeto se inviabilizasse politicamente. A partir de tais críticas, foi criada na França uma comissão de proteção de dados, de que resultou a lei “Computação e Liberdades”.⁷⁰

A lembrança histórica é importante para sublinhar o quanto a afirmação da liberdade individual se referencia diante não apenas do poder do mercado, mas, também, do poder estatal, com a qualidade de limite para o controle de dados pessoais.

Feita a ressalva, o protótipo inaugurado pela lei francesa e que orientou as subsequentes legislações foi marcado pelo deslocamento de dois eixos: i) do fenômeno computacional para a proteção da privacidade e ii) do regime do controle via autorização prévia do poder público para um sistema de garantias que permita ao cidadão identificar o uso indevido de suas informações pessoais e buscar sua tutela.⁷¹

Zanatta⁷² analisa que esse modelo teórico da autodeterminação informacional se caracteriza pela positivação de direitos individuais de liberdade e, como os tem por base teórica, carrega as marcas da contratualização do consentimento, com garantias de informação, lealdade e fidedignidade de tratamento que giram em torno do domínio do titular sobre seus dados pessoais e sobre a liberdade de deles dispor.

É bem verdade que a proteção de dados ganhou novos contornos com suas subsequentes gerações, mas as figuras do consentimento e da informação ainda se encontram muito presentes. Em solo nacional, a regra da LGPD reclama o

⁶⁸ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011, p. 96.

⁶⁹ LOI N° 78-17 DU 6 JANVIER 1978 RELATIVE À L'INFORMATIQUE, AUX FICHIERS ET AUX LIBERTÉS. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000886460>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁷⁰ Sobre a evolução histórica citada, vide: DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

⁷¹ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011, p. 96.

⁷² ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação do risco: uma nova moldura teórica. In: *Anais Rede 2017: I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet*. São Paulo: 2018, p. 180.

consentimento do indivíduo para a coleta e o compartilhamento dos dados para fins particulares. Esse consentimento deve ser escrito e destacado, válido para finalidades específicas e revogável a qualquer tempo, em procedimento gratuito e facilitado.

Além disso, o titular do dado tem direito à obtenção de informações do controlador sobre seus próprios dados por ele tratados, com especificações claras, adequadas e ostensivas, incluindo a confirmação do tratamento, acesso ou correção, anonimização, portabilidade e eliminação. Tais direitos assegurados ao titular ante o controlador têm natureza de regras-garantias, pois que dirigidas à efetividade da liberdade, privacidade e intimidade.

A mensagem da LGPD é de acolhimento ao pacote do modelo da autodeterminação informacional e, portanto, espelha a teoria contratualista, pois pressupõe o indivíduo como livre e igual para decidir sobre o arranjo social/contratual que lhe convém, a partir da premissa da autonomia da vontade, e lhe confere condições de garanti-lo.

A adoção do modelo de autodeterminação, contudo, é mais intensa em relação ao controle de bancos particulares. Em relação a esses, a autonomia da vontade está posta de forma muito vívida nas exigências e condicionamentos do consentimento. Já o tratamento de dados pessoais para finalidades públicas requer que sejam informadas as hipóteses, previsões, finalidades, procedimentos e as práticas de execução, mas, como regra, não exige o consentimento. Existe, assim, um relevante *discrímen* da autodeterminação do sujeito entre os regimes público e privado de tratamento de dados.

A mitigação da autonomia da vontade do titular é uma ponte entre o controle público e privado que vai implicar severas assimetrias regulatórias em um ou noutro campo. Segundo Floriano Marques Neto e Marina Zago,⁷³ costuma-se referir à “assimetria regulatória” para os casos em que atores de um mesmo setor poderão estar sujeitos a preceitos e obrigações diferentes, porque se sujeitam a regimes jurídicos diversos, cada qual com suas regras de atuação.

É usual que haja diferenças entre as normas regulatórias destinadas a atingir os variados agentes econômicos de dado setor, pois algumas especificidades geram eficiência, notadamente em temas de elevada densidade técnica. Isso pode acontecer considerando diversidades de regime público ou privado ou no âmbito interno da atividade econômica, neste caso, com vistas a evitar vantagens e privilégios entre os agentes do setor ou, mesmo, para neutralizar desequilíbrios contratuais.

Contudo, a modulação regulatória não autoriza distinções ilimitadas entre atores e atividades equivalentes, sob pena de ruptura à isonomia e à livre iniciativa. Para

⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 182.

Floriano Marques Neto e Marina Zago,⁷⁴ a legitimidade das assimetrias pressupõe a existência de: i) uma finalidade (adequação aos objetivos da política regulatória); ii) um meio (necessidade, considerando a subsidiariedade e a proporcionalidade); e iii) uma forma (fundamentação e justificação pelo regulador, mediante densa, clara e transparente fundamentação).

Indiscutivelmente, a finalidade é nodal para definir dessemelhanças entre regimes regulatórios, envolvendo o público e o privado.⁷⁵ Dessa forma, é escorreita a equivalência prevista expressamente pela LGPD entre o privado e o público no exercício de atividades de natureza econômica de um mesmo setor. Assim também o é a assimetria de regimes quando o Estado tenha por finalidade a execução de políticas públicas, já que, nessas hipóteses, os setores são diferentes e os interesses são diversos.

A finalidade está posta como justificação válida de assimetrias regulatórias, mas pode apresentar intensidades muito diversas, a depender da compreensão sobre os limites do controle de dados à luz dos direitos fundamentais e, ainda, conforme se confira ou não integridade à hermenêutica do tema entre os setores público e privado.

É proveitoso aos direitos fundamentais entrincheirados na proteção de dados que haja sopesamentos conforme o interesse/objetivo do tratamento do dado pessoal. Na verdade, os temperamentos regulatórios (legais ou administrativos) representam um exercício da ponderação, inclusive entre as finalidades públicas e privadas. Todavia, em termos de direitos fundamentais, a questão do interesse público e, por conseguinte, da sua controvertida supremacia deve entoar cautelosamente.

Nunca é inútil lembrar que o interesse público descende da vocação legalista do direito administrativo e tem a ver com toda a formação de sua base teórica. Osório⁷⁶ historia que os pilares do direito administrativo foram classicamente a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público.

A origem dessas sedimentações é a segregação das ideias de administração e propriedade e a afirmação da finalidade impessoal do agente público. No direito brasileiro, Bandeira de Mello⁷⁷ é o principal expoente desses postulados, que

⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 186.

⁷⁵ Isso acontece dentro do próprio setor privado, por exemplo, em relação aos dados sensíveis. Há obstáculos quando o compartilhamento de dados sensíveis se dirige a vantagens econômicas, como a proibição dos usos de dados pessoais de saúde pelas operadoras de planos privados para seleção de riscos em contratações ou exclusões de beneficiário.

⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72-73.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 69-87.

frearam o patrimonialismo, mas disseminaram inferências positivistas no agir estatal, com efeitos na burocracia estatal, inclusive.

O cumprimento mecanicista da lei e a aplicação intransigente da tese da supremacia e indisponibilidade do interesse público impediram a construção e aceitação de espaços de valoração na aplicação da norma ao fato e de criação de saídas que não sejam as literalmente previstas pelo direito objetivo (lei). Esse é um problema que deve ser enfrentado pela proteção de dados.

Um dos aspectos do problema é relativo à amplificação do espaço de produção normativa regulatória e à admissão dessa produção como fonte do direito, tendo como contrapartida a relativização da concepção positivista de legalidade estrita.

Sobre o tema do protagonismo regulatório diante da crise do parlamento, Valter Shuenquener de Araújo⁷⁸ menciona que as agências reguladoras possuem melhores condições de proferir decisões normativas em matérias cujas circunstâncias fáticas e especificidades epistemológicas são complexas, especializadas e dificilmente acessíveis a observadores distantes.

A assunção da melhor condição de análise do quadro fático pelo ente regulador na busca de soluções ideais admitiu uma concepção regulatória com lastro em leis-quadro que operacionalizam a deslegalização, ou seja, um modelo em que a lei em sentido estrito não cria direitos e obrigações, mas abre a possibilidade de que o regulador o faça.

Cuida-se de uma verdadeira relativização da legalidade estrita positivista, porque confere ao ente regulador o poder de produção da norma jurídica, com força de direito objetivo. A regulação, aliás, mitiga a separação dos poderes, pois permite o condensamento das funções estatais (normatizar condutas, executar políticas e decidir conflitos) dentro da circunscrição setorial.

Os argumentos que sustentam as prerrogativas regulatórias são relevantes e dizem respeito à importância da consideração aos elementos extrajurídicos na construção normativa, notadamente os de especificidades técnicas.

A deslegalização regulatória é um tema que suscita relevantes controvérsias, especialmente a ilegitimidade da agência no exercício do poder de produção do direito. Por conseguinte, os limites do poder normativo regulador *vis-à-vis* o princípio da legalidade são campos moveáveis, havendo quem os entenda maiores ou menores.

Em 2018, o STF⁷⁹ reconheceu a função normativa das agências reguladoras na forma das leis de criação. O entendimento ultrapassa a compreensão de que a normatização regulatória visa ao mero preenchimento de lacunas ou à execução

⁷⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 20, n. 120, p. 64-91, fev./maio 2017, p. 78.

⁷⁹ O pedido julgado improcedente era de declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, III e XV, da Lei nº 9.782/1999 e da Resolução da Diretoria Colegiada nº 14/2012 da Anvisa. ADI nº 4.874/DF, rel. Min.

mecânica da lei, erigindo-a à fonte de direito. O regulamento normativo do regulador tem categoria que não é nem inferior, nem exterior à legislação, apenas qualitativamente diferente, pelo seu viés técnico, ainda que conformada pela ordem constitucional e legal vigente.

Hesitações à parte, a abertura normativa das agências reguladoras é uma realidade, como de resto também o são as brechas regulamentares em outros campos, como, por exemplo, as normativas sanitárias ou a norma penal em branco. O acabamento da semântica do lícito/ilícito, muito frequentemente, é desenhado na hermenêutica administrativa e o será, com mais força, na normatização regulatória, não apenas na normatização, mas, também, nas soluções alcançadas pela “jurisdição” administrativa.

A proteção de dados pessoais é um campo de regulação dirigido ao balanceamento de direitos fundamentais e de interesses postos sobre a mesa. Assim, tratando-se de uma regulação social, ela interfere nas relações com vistas a garantir aquilo que se define como o interesse social ou interesse público.

Diante disso, importa perquirir em que medida os direitos colidentes influenciam na concepção do que seja o interesse público ou social. Ao fim e ao cabo, o resultado desse plexo de influências definirá parte da janela da licitude no setor regulado e, por decorrência, flexionará a lógica de funcionamento do sistema de justiça nesse campo.

Admite-se, assim, a produção de norma jurídica por mais de um centro de poder, incluindo o ente regulador no multicentro que já compreendia os Poderes Legislativo e Judiciário.

Tais ponderações devem, aliás, ser complementadas em relação não apenas às fontes normativas, mas à metodologia empregada no alcance de soluções, notadamente no que diz respeito à superação da subsunção positivista para uma hermenêutica que considere valores na definição do que seja o interesse social regulatório.

Mesmo autores que compreendem que o interesse público sobrevive como o eixo central do direito administrativo admitem que a noção de interesse público passou a assumir novas feições, notadamente à luz do feixe complexo de interesses transindividuais envolvidos nessas relações.⁸⁰

Rosa Weber, julgamento em 1.2.2018 (ADI-4874). Tema semelhante a respeito dos limites de atuação das agências reguladoras é objeto da ADI nº 5.906/DF.

⁸⁰ Nesse sentido, Fábio Medina Osório destaca que o pilar do interesse público é a base do direito administrativo: “[...] Essa noção, todavia, assume feições cada vez mais difusas e abrangentes, não raro alcançando outras categorias, tais como interesses coletivos, interesses gerais, interesses difusos ou individuais indisponíveis” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 73).

Daniel Sarmiento⁸¹ é um dos que questionam o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e propõe que a solução das colisões de interesses se efetive na centralidade dos direitos fundamentais, prestigiando-se a ponderação em superação à preconcebida supremacia do interesse público sobre o particular.⁸² Essa é uma premissa imprescindível para a afirmação dos direitos humanos individuais na proteção de dados.

Nesse campo, as posições do Estado como controlador ou como regulador dos bancos de dados parecem diametralmente opostas.⁸³ No entanto, os direitos individuais definem liberdades, cujo respeito é intrínseco e indissociável da noção do interesse público: a proteção deve ser integral, efetiva e coerente, seja o poder público parte ou não da relação jurídica.

Por certo que a pretendida integridade resulta, em alguma medida, do modelo regulatório e das assimetrias adotadas, que tendem naturalmente a ser diferenciais. No caso dos bancos de dados particulares, cabe ao Estado institucionalizar mecanismos de garantia da proteção dos direitos inerentes a relações jurídicas das quais não participa. Quando o Estado é parte da relação jurídica com o particular, o escudo dos direitos individuais é contra si dirigido e, neste caso, a neutralidade regulatória pode acabar se tornando mais distante e custosa.

Como pontua Valter Shuenquener de Araújo,⁸⁴ não é tarefa fácil pôr em prática o discurso doutrinário que prega a separação total de uma matéria técnica em relação a escolhas políticas. Em alguns casos, isso se mostra até mesmo impossível, uma vez que a opção por critérios técnicos pode depender de uma avaliação política.

Nesses momentos, é preciso alargar o efeito hermenêutico da proporcionalidade para as atividades de controle público de banco de dados e compreender que o interesse público que lhes autoriza não é estritamente o da política pública em execução, mas o resultado do sopesamento do plexo de direitos fundamentais em aparente colisão.

Por seu turno, a efetividade de direitos de liberdade reclama, apesar das naturais assimetrias justificáveis pela finalidade, uma integridade de aceitação dos direitos da pessoa natural pelos mecanismos de controle privados e públicos. Esse reclamo está ligado ao valor intrínseco da pessoa humana, que deriva da ideia

⁸¹ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁸² Pensamos da mesma forma.

⁸³ Apesar de dissidentes, ambas as compreensões convergem para paradigmas liberais, ou porque limitam o poder estatal no controle do banco, ou porque meramente estabelecem uma intervenção-regulação que não é de natureza prestacional.

⁸⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 20, n. 120, p. 64-91, fev./maio 2017, p. 70.

kantiana⁸⁵ de que pessoas são sujeitos, e não objetos, e, portanto, não podem ser utilizadas como instrumentos de metas coletivas.

A conclusão sobre o efeito protetivo do valor intrínseco da dignidade humana é aquela que confere ao indivíduo trunfos contra as vontades das maiorias ou contra o interesse de entes abstratos como o Estado ou a coletividade. Por essa razão, o valor intrínseco é incompatível com o organicismo e o utilitarismo.⁸⁶

O organicismo se baseia na concepção de que o indivíduo não é um fim em si mesmo, mas uma parte (órgão) de uma comunidade política. Por esse viés, as finalidades da comunidade são superiores às das pessoas que a integram e, para alcançá-las, os direitos individuais podem ser desrespeitados.

Por sua vez, o utilitarismo é uma teoria que pressupõe que o ato ou o procedimento correto é aquele que produz a maior utilidade para os membros da sociedade, dando igual peso à escolha ou ao interesse de cada pessoa.⁸⁷ Nesse sentido, o utilitarismo liga-se à democracia e se revela como uma teoria que prestigia o poder de escolha da hegemonia política ou, dito de outra forma, o poder político da situação.

Assim como o organicismo vilipendia o individualismo, o utilitarismo apresenta problemas em relação à justiça. O principal entrave é que o raciocínio utilitarista "(...) acredita que todas as preferências racionais devem ser incluídas na agregação de utilidades, mesmo as que pareçam inequitativas",⁸⁸ ou seja, amorais.

Os direitos individuais de liberdade não são absolutos e certamente podem ser sopesados diante do interesse geral. De toda forma, o regime regulatório de proteção de dados deve se contrapor a influências organicistas ou utilitaristas, notadamente quando desproporcionais ou autoritárias.

É preciso aceitar que os modelos de regulação para o controle de bancos de dados públicos e privados têm propensão às assimetrias, desde a definição da autodeterminação e exigência do consentimento como liberdade até a prática adotada em relação à gestão das infrações e aplicação das sanções pela autoridade de proteção.

Se existe a previsão de sanções ao controlador infrator, indistintamente aplicáveis ao público e privado,⁸⁹ resta saber como haverá parametrização no comportamento da autoridade nacional em relação à proteção de direitos do

⁸⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2011.

⁸⁶ Vide SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 117-125.

⁸⁷ KYMLICKA, Will. *Filosofia política e contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11-15.

⁸⁸ KYMLICKA, Will. *Filosofia política e contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 51.

⁸⁹ São previstas as sanções de advertência, publicização da infração, bloqueio e eliminação dos dados pessoais referentes à infração e até a suspensão parcial do funcionamento do banco de dados e a proibição do exercício de atividades relacionadas ao tratamento.

titular do dado na presença de bancos de dados públicos, a partir de definições de interesse público.

Floriano Marques Neto e Marina Zago⁹⁰ admitem que o regulador nunca é completamente livre para manejar a atividade regulatória apenas a partir de sua discricionariedade técnica, pois que limitado por adstrições típicas da atividade administrativa, do setor regulado e pela própria política setorial. Em suas palavras, “as políticas regulatórias não são neutras. Tem interfaces de intensidade e prioridade de intervenção”.⁹¹

Na vida real, a regulação será definida a partir de opções tanto sobre prioridades quanto sobre os instrumentos regulatórios e seus destinatários. Inexoravelmente, a atividade regulatória envolve a ponderação sobre necessidade, finalidade e intensidade da intervenção. Por isso, desenvolvem-se ordenamentos setoriais a partir de hermenêuticas peculiares da cadeia regulada e é normal que os subsistemas sejam específicos.⁹²

No âmbito da proteção de dados, o sopesamento regulatório extrapola a política setorial e o atingimento de suas diretrizes quando o Estado é controlador para fins de realizar outras políticas públicas. Nessas hipóteses, a escolha dos meios, instrumentos e destinatários é influenciada por vetores diversificados e exógenos ao setor.

Desse intrincado contexto ressaí a possibilidade de ocorrência de assimetrias abissais entre a política regulatória dirigida ao poder público ou ao particular, influenciada de forma preponderante pela finalidade de interesse público do tratamento de dados. Decerto, finalidades diversas podem justificar assimetrias normativas, mas, se houver excessos nos conflitos de interesse, isso pode ocasionar uma política regulatória *soft law* em relação ao controle estatal de dados para fins de execução de políticas públicas.

Os padrões de adesão a direitos humanos associam-se não apenas aos conteúdos substantivos, mas aos custos da adesão e às disposições de implementação. Cole⁹³ demonstra que a efetivação de tratados de direitos humanos se relaciona com o realismo, o que significa dizer que está condicionado ao cálculo

⁹⁰ MARQUES NETO, Florianos de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 181, p. 179-181.

⁹¹ MARQUES NETO, Florianos de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 181, p. 181.

⁹² MARQUES NETO, Florianos de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 181, p. 181-182.

⁹³ Sobre os padrões de adesão diferenciais de pactos internacionais de direitos humanos entre países, conforme compromisso, vide: COLE, Wade M. Hard. Soft Commitments to Human Rights Treaties (1966-2000). *Sociological Forum*, vol. 24, n. 3, p. 563-588, September 2009.

de custos e de benefícios potenciais, considerando-se menos custosa a adesão na qual inexistam desconformidades, ou na qual existam, quando a inconformidade ou não é detectada ou não é sancionada.

Outro ponto interessante apontado por Cole⁹⁴ é que, mesmo sob o prisma do liberalismo, as taxas de ratificação dos compromissos em direitos humanos podem ser mais baixas entre as democracias liberais estáveis, precisamente porque estas os levam a sério e porque têm mecanismos internos de aplicação mais fortes do que as democracias frágeis, razão pela qual são, em regra, mais cautelosas em assumir tais compromissos.

As constatações sugerem a imprescindibilidade de que a política regulatória direcionada para o controle de dados estatal não se limite a uma carta de intenções e tenha ênfase em medidas de cumprimento, o que pressupõe qualificação e mecanismos de monitoramento e exequibilidade da conformidade.

Nesse diapasão, a efetividade da proteção de dados dependerá da integridade na apreciação do que seja o interesse público em face de direitos fundamentais da pessoa e da coerência na aplicação desse entendimento entre o público e o privado. Dependerá, ao fim e ao cabo, da autonomia do regulador e da sua capacidade de alijar orientações e assimetrias de cunho organicista e utilitário.

Notas conclusivas: proposições em relação à proteção de dados à luz dos direitos de primeira dimensão

Em razão da simultaneidade de posições estatais no que diz respeito à proteção de dados pessoais e da possibilidade de que ambiguidades reflitam colisões de interesse em prejuízo da proteção de direitos fundamentais individuais, sugerem-se as seguintes proposições:

- i) a regulação de dados pessoais é uma modalidade de regulação vocacionada para a afirmação de direitos fundamentais;
- ii) devem ser superadas as perspectivas positivistas para fins de que o ente regulador: a) seja compreendido como fonte construtiva de produção da norma jurídica em matéria de proteção de dados, seja na atividade normativa ou na jurisdição administrativa, e b) adote a metodologia da ponderação dos interesses individuais vs. comunitários, sob uma perspectiva de interesse público centrada nos direitos fundamentais;
- iii) a proteção regulatória de dados deve ser integral, efetiva e coerente, seja o poder público parte ou não da relação jurídica. Nesse sentido, admitem-se assimetrias regulatórias pela finalidade e interesse público, desde que: a) sejam proporcionais e justificáveis; b) não impliquem em

⁹⁴ COLE, Wade M. Hard. Soft Commitments to Human Rights Treaties (1966-2000). *Sociological Forum*, vol. 24, n. 3, p. 563-588, September 2009.

um *soft law* quanto a mecanismos de monitoramento e exequibilidade da conformidade; c) não resultem em concepções e práticas organicistas ou utilitaristas.

Referências

AMARAL, Carlos Eduardo Pacheco. *Introdução a John Locke: segundo tratado de governo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, p. 64-91, fev./maio 2017.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: Por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COLE, Wade M. Hard. Soft Commitments to Human Rights Treaties (1966-2000). *Sociological Forum*, vol. 24, n. 3, p. 563-588, September 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação e legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório – Temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça de Rawls: um breve manual de filosofia política de Roberto Gargarella*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Oxford: Routledge, 2003.

HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph Schnabel. Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, Issue 1, Volume 25, p. 84-88, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política e contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge University Press, 1950.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial del Estado, 1999.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estud. av.*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 17-41, ago. 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018.

MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2018.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PALLEY, Thomas I. Del keynesianismo al neoliberalismo: paradigmas cambiantes en economía. *Economía UNAM*, México, v. 2, n. 4, p. 138-148, abr. 2005.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 48, v. 1, n. 1, p. 5-25, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, v. 1, n. 1, p. 5-42, 1998.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques Rousseau. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SALLUM JR., Brasílio. *Labirintos: dos generais à Nova República*. São Paulo: HUCITEC, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao "esquecimento na sociedade da informação"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Madras, 2018.

ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação do risco: uma nova moldura teórica. In: *Anais Rede 2017: I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet*. São Paulo: 2018. p. 175-193.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; PERIM, Maria Clara Mendonça; RIBEIRO, Koryander Figueirêdo. As assimetrias da regulação estatal para a proteção de dados pessoais e a afirmação dos direitos fundamentais de primeira dimensão. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 267-296, jan./mar. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i87.1453.
