

# **Temas da LGPD para o Observatório de Proteção de Dados**

**Programa de Mestrado em Direito da Sociedade  
da Informação FMU**

**Jose Marcelo Menezes Vigliar (Org.)**

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores.

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Temas da LGPD para o observatório de proteção de dados [livro eletrônico] : programa de mestrado em direito da sociedade da informação FMU / Jose Marcelo Menezes Vigliar (org.). -- 1. ed. -- São Paulo : Ed. dos Autores, 2023. PDF.

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-65-00-59702-8

1. Direito à privacidade 2. Proteção de dados  
3. Proteção de dados - Direito - Brasil 4. Proteção de dados - Leis e legislação 5. Proteção de dados pessoais 6. Sociedade da informação I. Vigliar, Jose Marcelo Menezes.

22-140700

CDU-342.721(81)

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Proteção de dados pessoais : Direito  
342.721(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

**Título:** Temas da LGPD para o Observatório de Proteção de Dados

**ISBN:** 978-65-00-59702-8

**Formato:** Livro Digital

**Veiculação:** Digital



## Sobre os Autores

❖ **Alan Rocha Martins:** Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Legale - Brasil. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sá. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0258443451610223>. E-mail: [alanrochaadvogado@gmail.com](mailto:alanrochaadvogado@gmail.com). São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Devanildo de Amorim Souza:** Mestre em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP com bolsa institucional. Graduado em Direito – FMU/SP. Advogado. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3461110540185889>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2489-1373>. São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Ederson Silva Balduino:** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Pós-graduando em Segurança Pública e Investigação Criminal - UNIMAIS. Pós-graduado em Direito Penal Militar – UNICSUL. Pós-graduado em Ciências Jurídicas UNICID. Graduado em Direito – UNICID. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3934305688369104>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5578-3394>. São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Felipe Faé Lavareda De Souza:** Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Delegado de Polícia Federal. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Administrativo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5891179208225078>. E-mail: [felipe0408@yahoo.com.br](mailto:felipe0408@yahoo.com.br). São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Fernanda de Alcântara Pires:** Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU/SP. Pós-graduada em Direito de Trabalho e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Estácio. Graduada em Direito pela Centro Universitário Santo Agostinho - UniFSA/PI. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6187093349004518>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7515-0041>. Guarulhos/SP, Brasil.

❖ **Joel Ricardo Ribeiro de Chaves:** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Especialista em Direito e Processo Tributário – CERS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Advogado e Encarregado de Proteção de Dados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5949275058454555>. Cuiabá/MT, Brasil.

❖ **Joseph Rodrigo Amorim Picazio:** Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduando com dupla titulação em LLM (Master of Laws) in data protection: LGPD e GDPR pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa -PT/EU. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8480121283283541>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6948-239X>. São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Luís Delcídes Rodrigues da Silva:** Pós-graduado “lato sensu” em Marketing e Comunicação Integrada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Graduado em Jornalismo pelas Faculdades Integradas Alcântara Machado (FIAM). Jornalista. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3215-6029>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5456750358720852>. São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Luiz Henrique da Silva Nogueira:** Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado Criminalista. Especialista no Tribunal do Júri. Sócio Fundador da LHN Advogados Associados. Empreendedor. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4054494519984835>. E-mail: [luiz.nogueira@lhnadvocacia.com.br](mailto:luiz.nogueira@lhnadvocacia.com.br). São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Rafael Luiz Silveira Bizarria:** Mestrando em Direito da Sociedade da Informação nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Pós-graduado em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale – FALEGALE. Professor em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Legale – FALEGALE. Autor de artigos jurídicos e coautor de obras jurídicas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1901771118286712>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7359-3706>. Caçapava/SP, Brasil.

❖ **Ricardo Yunes Cestari:** Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduado em Direitos Material e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduado em Direito pela Universidade Paulista (UNIP). Advogado e Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4406456847394174>. ORCID: 0000-0001-8036-2551. E-mail: [ricyunes@gmail.com](mailto:ricyunes@gmail.com). São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Sabrina S. Graciano Canovas:** Mestranda no Centro Universitário FMU em Direito da Sociedade da Informação. MBA em Corporate Strategy pela Business School São Paulo (BSP). Pós-Graduado com título de Especialista em Direitos Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Direito pela Universidade São Francisco de Bragança Paulista - SP. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1534049642299051>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8449-3962>. E-mail: [sagraciono@gmail.com](mailto:sagraciono@gmail.com). São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Valdir Rodrigues de Sá:** Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pela FMU. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pelo Senac/SP. Instrutor na Oficina de Oratória da OAB Seccional Sé, no período de 2016/2018. Pres. da Comissão de Oratória Forense da Subseção da OAB Ipiranga/SP desde 2017. Presidente da Comissão da OAB Ipiranga vai à Escola, no triênio 2022/2024. Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4234640336541384>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8296-5687>. E-mail: [valdir.sa@uol.com.br](mailto:valdir.sa@uol.com.br). São Paulo/SP, Brasil.

❖ **Victor Hugo Cunha Silva:** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Especialista em Direito Civil e em Direito Notarial e Registral pela UNIBF. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Oficial do Ministério Público do Estado de São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2928719588468171>. São Paulo/SP, Brasil.

## Sumário

<b>1 A desinformação na contemporaneidade e a superabundância intercomunicacional no campo da proteção de dados.....</b>	<b>7</b>
Luís Delcides Rodrigues da Silva.....	7
Devanildo de Amorim Souza .....	7
<b>2 O direito fundamental à proteção de dados e a tutela da privacidade na sociedade da informação.....</b>	<b>21</b>
Alan Rocha Martins .....	21
Ricardo Yunes Cestari .....	21
<b>3 Proteção de dados pessoais e o direito fundamental de acesso a informações públicas</b>	<b>36</b>
Joel Ricardo Ribeiro de Chaves.....	36
Victor Hugo Cunha Silva.....	36
<b>4 Proteção de dados e assistência a justiça gratuita: concretização de direitos por meio da inclusão digital .....</b>	<b>59</b>
Joseph Rodrigo Amorim Picazio .....	59
Fernanda de Alcântara Pires.....	59
<b>5 A proteção de dados pessoais como meio de respeito ao devido processo legal na persecução penal.....</b>	<b>82</b>
Ederson Silva Balduino.....	82
Rafael Luiz Silveira Bizarria.....	82
<b>6 Proteção de dados e o contraditório na sociedade da informação .....</b>	<b>99</b>
Felipe Faé Lavareda De Souza.....	99
Luiz Henrique da Silva Nogueira .....	99
<b>7 Proteção de dados pessoais e obtenção de provas por meios lícitos.....</b>	<b>117</b>
Sabrina S. Graciano Canovas .....	117
Valdir Rodrigues de Sá .....	117

## PREFÁCIO

O presente livro é fruto das pesquisas realizadas pelos autores que cursaram a disciplina que regi intitulada Seminários de Produção Intelectual, no primeiro semestre de 2022, e outros que são membros do Observatório de Proteção de Dados, que é uma atividade do Grupo de Pesquisas Efetividade da Tutela Jurisdicional na Sociedade da Informação, que tenho a oportunidade de liderar. Ambas as disciplinas integram a grade do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

O direito à proteção de dados, inclusive no meio digital, foi alçado à categoria de direito fundamental, a partir da ainda recente Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.

Trata-se de tema de grande relevância e que será – como vem sendo – cada vez mais debatidos nos tribunais, sobretudo a partir da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados que agora repousa sobre o referido direito fundamental.

Obviamente, os pronunciamentos judiciais sobre a proteção de dados tomarão de empréstimo da doutrina os fundamentos para as decisões. Decisões judiciais têm o poder de modificar a vida dos jurisdicionados envolvidos, sendo certo que as que são proferidas em ações coletivas, diante da extensão dos limites subjetivos da coisa julgada material, podem alcançar pessoas indeterminadas e mesmo indetermináveis.

Assim, a presente obra, que tenho a honra de prefaciá-la, constituirá fonte segura para que tais decisões sejam construídas com o embasamento devido e, ainda, como ponto de partida para pesquisas de outros acadêmicos.

São Paulo, dezembro de 2022.

**Prof. Dr. Jose Marcelo Menezes Vigliar**

Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Clássica). Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7804146294630374> Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-8600-0711>  
Advogado. São Paulo/SP, Brasil.

# **1 A desinformação na contemporaneidade e a superabundância intercomunicacional no campo da proteção de dados**

## **Misinformation in contemporary times and the intercommunicational overabundance in the field of data protection**

**Luís Delcídes Rodrigues da Silva**

Pós-graduado “lato sensu” em Marketing e Comunicação Integrada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Graduado em Jornalismo pelas Faculdades Integradas Alcântara Machado (FIAM). Jornalista. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5456750358720852>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3215-6029>. São Paulo/SP, Brasil.

**Devanildo de Amorim Souza**

Mestre em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP com bolsa institucional. Graduado em Direito – FMU/SP. Advogado. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3461110540185889>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2489-1373>. São Paulo/SP, Brasil.

### **Resumo**

Este trabalho apresenta a desinformação na contemporaneidade em meio a uma superabundância na comunicação pelas diversas plataformas digitais e analógicas no campo da proteção de dados. O objetivo deste estudo é compreender os efeitos dessa desinformação, quando atinge a liberdade jornalística e a proteção de dados, especialmente o sigilo das fontes. O método escolhido é o dedutivo, através de levantamento qualitativo-bibliográfico por meio de artigos e livros concernentes ao tema, além da consulta a legislação vigente. Analisou-se se a superabundância comunicacional dificulta a assimilação dos conteúdos e dados difundidos pelas diversas plataformas midiáticas. Conclui-se que o excesso de informação pode se tornar um impeditivo para tomada de decisão ao fomentar a polarização do debate, especialmente por gestores e demais profissionais com poder de mando que pode acarretar graves problemas de saúde mental e jurídicos em pontos concernentes ao direito à personalidade.

**Palavras-Chave:** Comunicação; Dados Pessoais; *Fake News*; e Informação.

### **Abstract**

This paper presents misinformation in contemporary times amidst an overabundance in communication by the various digital and analog platforms in the field of data protection. The objective of this study is to understand the effects of this disinformation when it affects journalistic freedom and data protection, especially the confidentiality of sources. The chosen method is the deductive one, through a qualitative-bibliographical survey by means of articles and books concerning the theme, besides consulting the legislation in force. It was analyzed whether the overabundance of communication hinders the assimilation of the contents and data disseminated by the various media platforms. It is concluded that the excess of information can become an impediment to decision making by fostering the polarization of the debate,

especially by managers and other professionals with power of command that can lead to serious mental health and legal problems at points concerning the right to personality.

**Key words:** Communication; Personal data; Fake News; and Information.

## **Introdução**

Na atual conformação social, conhecida, entre outras, como “Sociedade pós-capitalista” (Peter Drucker – 1995); “Sociedade Informática” (Adam Schaff – 1997); “Sociedade em rede ou sociedade da informação” (Manuel Castells – 1999); “Cibercultura” (Pierre Lévy – 1999); “Era do Conhecimento” (Marc Halévy – 2010); “Quarta revolução industrial” (Klaus Schwab – 2016), evidencia-se o fenômeno da hipertransparência fomentado pelo uso das redes sociais.

As redes sociais proporcionam um intenso compartilhamento de informações de maneira orgânica ou não que pode ser potencializada pelo uso da publicidade. De outro modo, a hiperexposição pode ocorrer de maneira espontânea ou induzida.

As postagens de seus navegantes virtuais com textos, vídeos, figuras, *memes*, *links* com informações noticiosas e elementos que deixam transparecer os dados pessoais como: localização, tendências ideológicas e afinidades com determinados assuntos são objetos de regulação legal. Ao mencionar o último, trata-se de dados sensíveis e, tomando por referência o princípio da autodeterminação informativa, conforme elencado no artigo 2, II, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, deve-se observar limites mínimos para se preservar os ideais da condição humana.

São essas situações e outras, especialmente no campo da liberdade de expressão – que encontra guarida nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) – que atualmente são objetos de regulação legal, mas que ainda podem ser aprimoradas.

Nesse sentido, se investiga se superabundância comunicacional e a busca por eleger uma pauta que tenha maior aderência ao público macula a autodeterminação informativa por dificultar a assimilação desses conteúdos pelos receptores das informações difundidos pelas plataformas midiáticas.

Nesse trabalho utilizou-se o dedutivo por meio do levantamento qualitativo-bibliográfico por meio de artigos e livros concernentes ao tema, além da consulta a legislação vigente.

O objetivo desse estudo é compreender os efeitos da desinformação, especialmente quando atinge a liberdade jornalística e a proteção de dados, principalmente do sigilo das fontes (artigo 5º, XIV, CRFB/88).

Já, os objetivos específicos é avaliar como essa comunicação interpessoal e grupal, transformada pelas novas tecnologias, se torna uma máquina de destruição de privacidades por permitir a invasão do espaço individual se tornando uma mola propulsora da desinformação.

Em meio as múltiplas possibilidades de confecção de discursos, os dados podem ser compartilhados, sem o mínimo de cuidado, tanto por parte de indivíduos, órgãos de imprensa e entidades públicas.

Com isso, há uma intensa contribuição para a difusão de informações onde se torna um impeditivo para uma compreensão adequada dos conteúdos recebidos.

## **1 A desinformação na contemporaneidade**

A realidade contemporânea permite inferir que o processo de comunicação é intrinsecamente correlacionado com a democracia por transformar a informação em elemento de poder – não apenas comunicativo – mas, também, político, econômico e social. Para Onuma (2022, p. 106) há uma amplificação da esfera pública e política de forma exponencial e continuamente modificada com os novos meios de comunicação.

Sabendo da existência de grupos politicamente presentes, ora formado por pessoas com poder de representatividade legítima, ora por indivíduos que tenta se relacionar politicamente por meio de constrangimentos ilegítimos, o apego a discursos fraudulentos apresenta-se como uma tentativa antidemocrática que se apega ao falseamento do real para potencializar um discurso que carece de legitimidade.

Ao trazer a situação acima mencionada para a atual conjectura, os sujeitos buscam informações através dos grupos virtuais sem ater para a fidedignidade do discurso, vindo – por vezes – a compartilhar tais informações de procedência duvidosa por mero viés de confirmação as suas crenças e tendencias filosóficas, políticas ou religiosas.

Os sujeitos, independentemente do agente político ou do partido, não querem se orientar por leis já existentes, mas pretendem introduzir uma ordem legal fraudulentamente/ilegítima (HABERMAS, 2003, p. 137).

Portanto, quando não se conhecem os verdadeiros impactos das deliberações que se embasaram em premissas falsas a ramificação de tais comandos são replicados sem grandes questionamentos, portanto, como alerta Friedrich Nietzsche:

Os homens fogem menos da mentira do que do prejuízo provocado por uma mentira. Fundamentalmente, não detestam tanto as ilusões, mas as consequências deploráveis e nefastas de certos tipos de ilusão. É apenas nesse sentido restrito que o homem quer a verdade. Deseja os resultados favoráveis da verdade, aqueles que conservam a vida; mas é indiferente diante do conhecimento puro e sem consequência, e é mesmo hostil para com as verdades que podem ser prejudiciais e destrutivas. (2007, p. 60)

Desse modo, Sustein (2014, p. 19) ao mencionar sobre os rumores concernentes as notícias fraudulentas (*fake news*), frequentemente difundidas por propagadores autoconscientes organicamente, afirma que eles possuem diversas motivações. Ora sem qualquer sustentação científica, ora anticientífica visando tutelar um suposto bem coletivo que na verdade se trata de uma mera opinião particular sem nenhuma evidência com o objetivo de chamar atenção.

Assim, trata-se de uma forma estratégica de postagem no ambiente digital pensada apenas para causar impacto nas redes sociais (MALHEIRO; SILVA, 2022, p. 141). Assim, a finalidade desse tipo de artifício é apenas concatenar novos seguidores aderentes a um determinado tipo de discurso e ampliar o número de aderentes.

A forma de escrita polêmica tendente a polarização apenas reforça a operacionalidade dessa desinformação, também nos ambientes jornalísticos. Espera-se o mínimo de segurança informacional e jurídica, por parte de repórteres, apresentadores (âncoras) e produtores. Logo, a falta de profissionais e a diminuição da força de trabalho nas redações, aumentam mais a precarização do trabalho investigativo.

Por isso, a desinformação torna-se uma máquina de guerra em meio a um sistema fragmentado, onde o homem torna-se uma única e mesma realidade essencial do produtor e do produto (DELEUZE; GUATARRI, 2010, p. 15). O sujeito perde a criticidade e repete algo de forma repentina e sem uma resposta plausível no momento que é questionado.

Assim, o sujeito não quer mais se orientar por leis ou buscar informações em fontes seguras. Eles querem estar influenciados por um agente político e – conforme Habermas (2003, p. 137) – ele influencia a vontade dos outros ao orientar pelas intenções gerais do público que se tenha em vista o bem-estar da sociedade como um todo.

Com isso, no lugar da informação, há a desinformação e a ignorância, principalmente quando o conhecimento é substituído pela superficialidade do sujeito quando desconhece e se alicerça em informações falsas e obtidas como verdadeiras, sem nenhuma pretensão ou a capacidade de serem corrigidas.

Há uma relativização da verdade onde cada um se considera dono da sua própria verdade (ONUMA, 2022, p. 108). Também há uma subversão do Estado de Direito e a mídia,

especialmente o jornalismo eletrônico - seja o televisivo quanto o digital – onde esses apenas replicam as informações inconsistentes de forma dolosa ou acidental.

Há possibilidade de cobrar da população uma postura crítica com relação a comunicação produzida pelos canais midiáticos, desde que o letramento digital seja um dos pontos principais a ser trabalhado visando a melhoria da receptividade e criticidade dos indivíduos. Na seção seguinte, será laborado premissas norteadoras do poder de dominância jornalístico que deve sempre estar respaldado em regras legais, éticas e morais.

## **2 O limite da liberdade jornalística e a proteção de dados**

Para Ruaro, Rodriguez e Finger (2011, p. 50) deve haver uma preocupação estatal na mudança de sentido, especialmente ao ter uma nítida noção do que efetivamente significa a difusão de informações. Também é necessário considerar sobre a importância da proteção adequada em face de seus registros, distorções e manipulações.

No entanto, se trata de uma tarefa crucial na sociedade da informação, mas negligenciada pelos Estados. Em nome de uma confusão conceitual são permitidos os abusos da liberdade de expressão ao entendê-la de forma plena, o que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe limites a essa autonomia comunicacional.

Ao trazer a luz sobre o surgimento do direito a proteção dos dados pessoais é necessário mencionar sobre o direito de decidir sobre a publicização de informações personalíssimas em mídias jornalísticas e publicitárias (RUARO; RODRIGUEZ; FINGER, 2011, p. 54). Desse modo, é necessário a autorização expressa para o uso de imagem vinculadas em veículos de imprensa e publicidade, conforme está previsto no artigo 2º, I, e 5º, XII da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 e, também, na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 20, com o objetivo de resguardar o entrevistado (fonte).

É necessário destacar a ausência de regulação acerca da liberdade de imprensa, pois, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130), a lei que regulava a matéria foi declarada inconstitucional e, por ora, por ausência de lei vigente que regula a matéria, deixa antever uma liberdade maior aos meios de comunicação.

Logo, por ausência de regulamentação legal que estipule balizas mínimas de respeito a direitos, a matéria flerta com a possibilidade de colisão de direitos fundamentais. Por isso é necessário a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para manter a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Também é importante apontar a cláusula contida no artigo 220, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>1</sup>, onde nenhuma lei constituirá embaraço a plena liberdade de informação jornalística. Por conseguinte, se assegura a liberdade e a menção da fonte, o direito de resposta a inviolabilidade das pessoas, dos dados e a gravação de reportagens em locais públicos, desde que não frustrem o trabalho de outro colega jornalista ou cause constrangimento e embaraço ao entrevistado<sup>2</sup>.

Desse modo, há limites, seja no campo da proteção de dados ou no campo principiológico, que orienta a atuação do profissional da comunicação, principalmente na sua atuação jornalística.

## 2.2 É possível a não aplicabilidade do tratamento de dados para o jornalismo?

De acordo com a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), há exceções no quesito ao tratamento de dados, conforme o rol taxativo do artigo 4º do mencionado diploma. Logo, para seus fins, o dado pessoal, tipificado no inciso I do artigo 5º, trata-se de uma informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

Na compreensão de Mulholland (2018, p. 164) os dados devem ser tratados para determinados propósitos e necessitam ser informados ao titular em tempo hábil, de maneira explícita e sem a possibilidade da utilização posterior para outra aplicação. Ou seja, só reforça a importância da anuência expressa da fonte ou entrevistado para a captação de informações e imagem.

Ao trazer o entendimento de Doneda (2005, p. 216), o princípio da finalidade possui grande relevância prática, pois estabelece como base a possibilidade da estipulação de um

---

<sup>1</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

<sup>2</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para certa finalidade. Assim, o tratamento de dados, principalmente a sua coleta, devem ser objetivas e limitadas (MORAES, 2008, p. 9). De outro modo, deve ser evitado e repudiado o abuso do poder de dominância.

Com base nesses entendimentos, se reforça a proteção criada pela LGPD. A não aplicabilidade do tratamento de dados para a produção jornalística colide com a autorização para uso de imagem, de acordo com o artigo 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e, também, sobre o dano a imagem, como está no inciso V, do artigo 5º da CF/1988.

Para Pinheiro (2020, p. 76) a delimitação da aplicabilidade da proteção de dados regulados pela LGPD deve seguir um propósito certo e funcional ao não superar a liberdade de informação, expressão e soberania do Estado. Essa restrição apenas contribui para reduzir os impactos econômicos e sociais, especialmente pelos elevados custos na implementação da exigência trazida pelo mencionado diploma.

Por ter um propósito certo e funcional, a não aplicabilidade no tratamento de dados pessoais para fins jornalísticos (produção, captação de imagens, texto, fala, nome) é possível, conforme o rol exemplificativo do artigo 5º da LGPD – desde que seja objetivo, limitado, respeito os limites constitucionais e se solicite a autorização aos entrevistados, conforme o Código Civil pátrio.

### **3 O conceito de informação**

Trata-se de uma reunião ou conjunto de dados e conhecimentos. No sentido de conhecimento a informação desempenha um importante papel na sociedade contemporânea e ganha relevância ao final da Segunda Guerra Mundial com a disseminação global do uso da rede de computadores (CAPURRO; HJORLAND, 2007, p. 148).

Pela sua significância na atualidade e em sua natureza digital, a informação ocupa um lugar-comum e é condição básica para o desenvolvimento econômico, juntamente com o trabalho, capital e matéria prima. Ela possui características como novidade e relevância ao fazer referência ao processo de transformação do conhecimento, interpretação e seleção dentro de um conhecimento específico.

Há uma leitura matemática da informação ao analisar o conceito estudado por Shannon e Weaver (1975) quando os dois pesquisadores criaram a Teoria Matemática da Comunicação em meio a preocupação com as taxas de transferência e velocidade da informação e seus fins

militares. Ambos os pesquisadores tinham o objetivo de transmitir o maior número de mensagens em um menor espaço de tempo, com baixo custo operacional e menor taxa de ruído.

Desse modo, a informação tem a necessidade de ser vista. Poderá ser *in loco* ou substituída por uma representação através de texto, imagem e som para ter acessibilidade pelo público sem limitações de tempo e espaço. Por isso a necessidade de documentação, registro, pelo seu acesso, é condicionada pelas variáveis espaciais e temporais.

A palavra *informação* contribui para definir como um termo formal, relacionado ao trabalho ou documentação e informação. É o ato de moldar a mente e difundir conhecimento (CAPURRO; HJORLAND, 2007, p. 155) e, ambos os atos, são intercambiáveis ao compreender a difusão de conhecimento de forma mais intensa.

Nesse sentido, as necessidades informacionais se especificaram com maior intensidade e, ao agregar as novas demandas, tornaram-se mais complexas. Para Liczbinski e Silva (2022, p. 144), há uma incorporação e priorização de novos conceitos na confecção e concepção de inúmeras epistemologias diferentes do campo informacional em suas práticas diversas.

O ideal de informação instantânea, após a criação das *news*, foi criado depois das agências de notícias. Consequentemente, o dispositivo de coleta e de difusão de notícias com as grandes redes de computadores e a intervenção em projetos de cabos submarinos, as agências fragmentavam o mundo em territórios ou esferas de influência para atender os diversos repórteres nas diferentes sucursais.

Ao assumirem o compromisso da não divulgação de notícias no “território” alheio, as agências de notícias concentram as suas forças em seu próprio mercado por mais de um século, sempre orientadas por interesses geopolíticos. Com o aparecimento tardio das agências de notícias no EUA, especialmente ao fundir-se com o jornalismo francês, foi priorizado o jornalismo *news value*, o *human interest*, uma informação pontual, rápida e concisa, como uma mensagem telegráfica, útil e objetiva (LICZBINSKI; SILVA, 2022, p. 145).

Por ser uma prerrogativa conferida pela Constituição Federal, o direito à informação é para a manutenção do Estado Democrático de Direito e tem como premissa: i) o direito de informar; ii) o direito de se informar; iii) e o direito de ser informado. A informação precisa ser analisada no aspecto ativo e passivo e a liberdade de imprensa precisa ser exercida com a necessária responsabilidade (MORAES, 2016, p. 121).

Assim, a liberdade de informação garante um livre espaço e o processo de redemocratização faz renascer a vontade e o seu desenvolvimento. Desse modo, para Bioni (2019, p. 2) trata-se de um elemento nuclear para o desenvolvimento da economia e um novo elemento estruturante para a reorganização da sociedade.

A informação refere-se à organização interna e a essência fragmentária, flutuante, casual do sentido. Ela se move da essência para a substância da ordem intelectual para os impulsos sensoriais (CAPURRO; HJORLAND, 2007, p. 159). Nesse sentido, a informação está ligada as visões sobre o conhecimento, principalmente por ser uma conexão muito negligenciada entre as teorias da comunicação e do conhecimento.

Assim, a informação é um fenômeno humano ao envolver indivíduos na transmissão e recepção de mensagens, com estruturas verticais e horizontais relacionados ao conceito grego de mensagem (*angelia*) e ao discurso filosófico (*logos*) (CAPURRO; HJORLAND, 2007, p. 161). Dessa forma, mediante a essa troca difusora de conteúdos, os dados também circulam em meio a excedente informacional.

#### **4 A Excedente Informacional**

O excesso de informação torna cada vez mais difícil separar dados e conteúdo. Os canais de percepção, conseqüentemente, ficam impossibilitados de desenvolver a indexação com assertividade. Por inúmeras vezes, torna-se um impedimento para a capacidade de reflexão do ser humano em uma sociedade complexa.

Para Garcia e Duarte (2020, p. 1) o excesso de informação, por diversas vezes conflitante, torna mais dificultoso a localização de uma comunicação útil e segura com o objetivo de informar as pessoas de maneira adequada. Com isso, essa prática torna-se um impeditivo para tomada de decisão, especialmente por gestores e profissionais.

A informação é poder. Mas o seu excesso, em diferentes contextos sociais, pode acarretar graves problemas de saúde mental e graves problemas jurídicos, especialmente nas questões focadas no direito à personalidade. Por haver um tempo necessário para a formação de memórias de longa duração, o excesso informacional é presente, especialmente nas mídias sociais.

Por gerar uma confusão na absorção da informação, o seu excesso, delineado pelas excessivas produções midiáticas digitais, seja por parte de representantes governamentais, parlamentares e líderes religiosos, dificulta a assimilação do conteúdo recepcionado. Também, é necessário mencionar sobre o investimento em robôs financiados por difusores de mensagens favoráveis a um determinado produto, político ou religioso.

Isso só reforça a fase de transição da produção centralizada de conteúdo (criado por agentes de comunicação) para uma produção distribuída, fragmentada pelos diversos agentes sociais, além do aumento do acesso, à recuperação e ao compartilhamento de informações

através dos ambientes digitais (DANTAS DA SILVA; BALTAR CARNEIRO DE ALBUQUERQUE; FURTADO VELOSO, 2019, p. 415).

É preciso haver um tempo para formar memórias de longa duração. Mas a quantidade das *fake news* compartilhadas nas mídias sociais gera mais desinformação e conseqüentemente desenvolve um sentimento de culpa no indivíduo por não se manter atualizado a ponto de esse sentir-se impotente diante de tantas informações publicadas.

Diante da dificuldade em compreender e controlar o excesso de informação, Wurman (1991, p.106) faz um alerta sobre a ansiedade informacional:

Não compreender a informação, sentir-se assoberbado pelo seu volume; não saber se a informação existe; não saber onde encontrá-la; saber onde encontrá-la, mas não ter acesso. Logo, a Ansiedade é o resultado da distância entre o que compreendemos e o que achamos que deveríamos compreender (WURMAN, 1991, p. 106).

Assim, a alternativa entre a busca incessante de informações, para se tornar o primeiro a compartilhar a notícia nas redes digitais, apenas acelera mais a distância entre o entendimento do conteúdo disponibilizado e a compreensão individual acerca do tema noticiado.

Nesse aspecto a Comunicação Social – mediante a utilização da mídia noticiosa – possibilita o exercício do direito à informação e, ao ser contornado pelo direito à privacidade, ele protege a intimidade e garante ao cidadão a proteção aos abusos perpetrados pelo Estado e pelo poder econômico (FERNANDES NETO, 2004, p. 83).

Com isso essa excedente informacional não pode deixar o cidadão acanhado e embaraçado em meio a uma avalanche de conteúdos difundidos nos diversos ambientes digitais. Em meio a essas mensagens, recortes, sejam de imagens, textos ou vídeos, os dados estão presentes e sendo espalhados de forma atabalhoada e em desobediência aos princípios presentes nos Diplomas legais.

#### 4.1 Responsabilidade na Rede

A internet foi criada para funcionar e distribuir informações de forma ilimitada. Logo, há um conflito entre o aprisionamento das autoridades judiciárias pela normatividade institucional do Estado e a aplicabilidade dos controles judiciais em um momento histórico que já se fala em *big data*.

Com a criação de *blogs* e *sites* alinhados a determinados grupos econômicos e políticos, aos poucos aconteceu uma construção de uma nova linguagem, de um “novo pensar” e uma nova forma de olhar a história. Ao trazer a compreensão de Bobbio (1995), o pensar foi reduzido a uma díade de pensamento, logo se trata de construções binárias.

A internet transformou qualitativamente e quantitativamente as informações e, conseqüentemente, cria uma possibilidade de comunicação imediata ao possibilitar o acesso a uma quantidade máxima de informações.

Por outro lado, há características singulares e conflitantes, principalmente quando a internet se torna um espaço livre, sem controle, sem limites geográficos. É insubordinado a qualquer poder e se revela a um emaranhado perverso ao proporcionar o risco de aprisionamento por uma descontrolada elaboração eletrônica (PAESANI, 2014, p. 21).

Assim, as novas situações criadas pela internet, podem surgir contrastes de difícil composição entre os diversos sistemas legislativos dos países interessados como os recursos direcionados a autodisciplina, que permite manter a liberdade de rede e organizar toda a forma de comportamento mantida na internet por operadores e usuários.

As plataformas sociais foram saudadas como “os novos *gatekeepers*,” embora estes permaneçam relutantes em aceitar a responsabilidade de cuidar de publicações tradicionais – incluindo verificação e curadoria – apesar da tomada de decisões para censurar alguns conteúdos de uma maneira que diminua a liberdade de mídia.

O Marco Civil da Internet procura adaptar alguns princípios constitucionais como a liberdade de expressão e a privacidade. Ela adota parâmetros para a atuação de empresas e determina a neutralidade da rede, ao preservar dados e limitações da responsabilidade. A mencionada lei define as garantias e os deveres dos cidadãos que se valerem dos meios contemporâneos de comunicação (PAESANI, 2014, p.21).

## Conclusão

Ao compreender os efeitos da desinformação – especialmente quando atinge a liberdade jornalística – o presente estudo conclui que há uma dificuldade de assimilação causada pela superabundância comunicacional.

Com isso, os conteúdos e dados difundidos pelas plataformas midiáticas se tornam um impeditivo para tomada de decisões precisas, especialmente por gestores, profissionais. Em diversos contextos sociais, essas informações distribuídas de forma excessiva, acarretam graves problemas de saúde mentais e jurídicas, principalmente nas questões focadas no direito à personalidade.

Portanto, a informação é um fenômeno humano ao envolver indivíduos na transmissão e recepção de mensagens. Assim, os dados também circulam em meio aos excedentes informacionais lançados como uma arma propulsora de mensagens noticiosas sem a mínima significância e relevância.

Conquanto, os sistemas de informação tornaram-se articulados e complexos e a conquista do espaço na sociedade é sempre constante e conseqüentemente o reconhecimento constitucional nas legislações dos maiores países do planeta. Pela necessidade de haver um tempo para formar memórias de longa duração, os novos *gatekeepers* ainda relutam em assumir a responsabilidade de verificar a fazer a análise e seleção de publicações tradicionais como as notícias.

## Referências

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 19 de dezembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 19 dez. 2022.

CAPURRO, Rafael; HJORLAND, Birger. **O Conceito de Informação**. Tradução de Ana Maria Pereira Cardoso, Maria da Glória Actschin Ferreira, Marco Antônio de Azevedo. Ed. Blaise Cronin, 2003.

DANTAS DA SILVA, Mayara Karla; BALTAR CARNEIRO DE ALBUQUERQUE, Maria Elizabeth; FURTADO VELOSO, Maria do Socorro. Representação da informação noticiosa pelas agências de fact-checking: do acesso à informação ao excesso de informação. **Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019. ISSN 1980-6949. Disponível em: <https://rbbd.febab.org.br/rbbd/article/view/1225>. Acesso em: 20 dez. 2022.

DELEUZE, Gilles; GUATARRI, Felix. **O anti-édipo: capitalismo e esquizofrenia**. São Paulo: 34, 2010.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Leila Posenato; DUARTE, Elisete. Infodemia: excesso de quantidade em detrimento da qualidade das informações sobre a COVID-19. **Epidemiologia e Serviços de Saúde [online]**. v. 29, n. 4. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1679-49742020000400019>. Acesso em: 20 dez. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

MALHEIRO, Emerson Penha; SILVA, Luís Delcídes Rodrigues. Binarismo: obscurantismo e a excedente comunicacional na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, vol. 1042. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Apresentação. In: RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 3. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 20 dez. 2022.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e mentira**. Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.

ONUMA, Tatiana Tomie. Democracia, direitos e exclusão na sociedade da informação: o poder da (des) informação nas sociedades contemporâneas. In: VEIGA, Fábio da Silva; ZALUCKI, Mariusz. **LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice**. Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos: Porto, 2022.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PECK, Patrícia. **Proteção de dados pessoais**. São Paulo: Saraiva, 2020.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, 2012.

SHANNON, C. E.; WEAEVER, W. **A teoria matemática da comunicação**. Tradução de Orlando Agueda. São Paulo: DIFEL, 1975.

SILVA, Luís Delcídes Rodrigues da; LICZBINSKI, Cátia Rejane Mainardi. A “real” importância da informação para o processo político em um Estado Democrático de Direito e as sequelas das fake news. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 21, n.1, 2022.

SUSTEIN, Cass. R. **On Rumors: How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, and What Can Be Done**. New Jersey: Princenton University Press, 2014.

WURMANN, Richard Saul. **Ansiedade de Informação**. 1. ed. São Paulo: Cultura, 1991.

## **2 O direito fundamental à proteção de dados e a tutela da privacidade na sociedade da informação**

### **The fundamental right to data protection and the state protection of privacy in the information society**

#### **Alan Rocha Martins**

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Legale - Brasil. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sá. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0258443451610223>. E-mail: alanrochaadvogado@gmail.com. São Paulo/SP, Brasil.

#### **Ricardo Yunes Cestari**

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduado em Direitos Material e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduado em Direito pela Universidade Paulista (UNIP). Advogado e Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4406456847394174>. ORCID: 0000-0001-8036-2551. E-mail: ricyunes@gmail.com. São Paulo/SP, Brasil.

#### **Resumo**

A adaptação do Direito à sociedade da informação é tema que vem desafiando os operadores dos mais diversos ramos das ciências jurídicas. A subsunção das condutas praticadas na internet ao Código Civil (2002), ao Código Penal (1940), ao Código Tributário Nacional (1966), e até mesmo à própria Constituição Federal (1988), é dificultada pela ausência de descrição dos peculiares fatos jurídicos virtuais, em especial nas matérias sujeitas à tipicidade estrita. Para se evitar o vácuo normativo e garantir a tutela Estatal, o Poder Legislativo passou a editar normas mais flexíveis e abrangentes para que a rigidez do sistema positivista não impedisse a regulamentação das novas tecnologias. Por sua vez, o Poder Judiciário vem construindo normas individuais e concretas a partir de interpretação sistemática entre as codificações basilares e os marcos regulatórios já editados com vistas à sociedade da informação. Contudo, no que tange ao direito fundamental à proteção de dados pessoais em âmbito digital, apesar da previsão genérica original (art. 5º, XII, CF/88) e da Lei Ordinária já existente sobre o tema (Lei nº 13.709/2018), o Poder Constituinte Derivado entendeu pela necessidade de Emenda Constitucional específica (nº 115/2022). Neste contexto, o presente estudo visa abordar os métodos e soluções alcançados pelo Estado Brasileiro para garantir a tutela dos dados pessoais em âmbito digital, já consagrado como um direito fundamental.

**Palavras-Chave:** Proteção de Dados Pessoais; Tutela Estatal; Direito da Sociedade da Informação; Interpretação Sistemática; Direito Constitucional.

## Abstract

The adaptation of the law to the information society is a theme that has been challenging the jurists. The regulation of the virtual facts by the Civil Law, Criminal Law, Tax Law, and even by the Constitution, has been being a hard task, because of the lack of complete description of the facts by those laws, especially when the subject has to be regulated exclusively by the Legislative Power. To avoid a normative vacuum and guarantee State protection, the Legislative Power is making some embracing and flexible laws, so that the rigidity of the positivist system would not prevent the regulation of new technologies. In turn, the Judiciary Power has been building individual and concrete norms based on a systematic interpretation between the basic codifications and the laws edited with a view to the information society. However, regarding to the fundamental right to the protection of personal data in the digital environment, despite the original and generic provision (Article 5, XII, Brazilian Constitution) and the existing Ordinary Law on the subject (Law nº. 13,709/2018), the Legislative Power has concluded by the need for a specific Constitutional Amendment (nº 115/2022). In this context, this study aims to address the methods and solutions achieved by the Brazilian State to guarantee the protection of personal data in digital environment.

**Key words:** Personal Data Protection; State Protection; Information Society Law; Constitutional Law; Systematic Interpretation.

## Introdução

O direito da Sociedade da Informação busca subsumir as condutas praticadas em âmbito virtual, por meio de ferramentas digitais, aos suportes normativos relativos às diversas disciplinas jurídicas, editados antes da informatização completa da sociedade e do Estado.

A técnica consiste na interpretação sistemática entre as normas editadas já no contexto tecnológico atual (Lei de Acesso à Informação, Lei do Cadastro Positivo, Marco Civil da Internet, Lei Geral de Proteção de Dados), e aquelas editadas em uma realidade social predominantemente mecânica/analógica, no que se refere aos meios de comunicação e aos métodos de produção.

O objetivo é a adaptação das diversas disciplinas jurídicas à sociedade da informação, visto o impossível acompanhamento temporâneo das inovações tecnológicas por um sistema positivista (*civil law*), com as rígidas exigências democráticas do devido processo legislativo.

Para além disso, a velocidade da informatização da sociedade, com a virtualização de condutas que eram ordinariamente praticadas no mundo físico, exige também a dinamização da hermenêutica na construção de normas jurídicas individuais e concretas que reflitam as novas realidades.

É que as condutas praticadas no mundo virtual e as decorrentes relações jurídicas possuem peculiaridades não contempladas pelos fatos jurídicos descritos nas codificações

basilares do sistema de direito nacional, tais como o CC (2002), o CP (1940), o CTN (1966), e até mesmo na própria CF (1988).

Exemplo disso é a conduta de circular e obter dados e informações pessoais nas redes de comunicação, sem qualquer controle da sua disponibilização, uso ou venda por terceiros, como explica Eugênio Facchini Neto, utilizando o exemplo das redes sociais:

Informações sobre quem somos, o que fazemos e como nos comportamos são capturadas a cada momento do dia na rede, pois estão constantemente fluindo pelo mundo sem o nosso conhecimento, muito menos nosso consentimento, já que a estrutura das mídias sociais revela a necessidade da constante inserção de dados pessoais por parte de seus usuários. Tais dados são explorados e monetizados, através da venda de espaços para a publicidade e anúncios, do desenvolvimento de perfis para o direcionamento de produtos e informações. (FACCHINI NETO, 2021)

Com vistas a esse aspecto da vida cultural na sociedade da informação, o pensamento jurídico passou a entender que a tutela da privacidade corria risco de ineficácia se continuasse sendo realizada com base nas codificações do século XX, e com base nos marcos de internet já existentes no Brasil.

Dito de outra forma, o entendimento era de que as normas existentes e a tutela dos dados pessoais realizada a partir do inc. XII do art. 5º da CF/88 já não era suficiente à garantia de um direito fundamental à proteção de dados digitais, decorrente da autodeterminação informativa, assim compreendida como o poder que cada cidadão tem sobre seus próprios dados pessoais, e do próprio direito à privacidade, sendo necessária a criação de novos princípios jurídicos, regras de *compliance* e parâmetros cada vez mais objetivos de coleta, armazenamento e divulgação de dados pessoais por agentes de mercado.

Esse movimento, decisivamente influenciado pela entrada em vigor da *General Data Protection Regulation* (Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR - 25/05/2018) na Europa, resultou na promulgação da Lei nº 13.709/2018, e, posteriormente, da Emenda Constitucional nº 115/2022.

Assim, foi consideravelmente alterada a tutela constitucional da privacidade e da autodeterminação informativa para se assegurar, “*nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais*”, bem como se atribuir competência exclusiva à União para legislar sobre o tema.

Ocorre que a privacidade de dados digitais, antes e depois da regulamentação específica pelo ordenamento nacional, sempre foi individualizada e concretizada pelo Poder Judiciário com base na interpretação sistemática entre os marcos regulatórios do mundo virtual e os demais diplomas normativos interdisciplinares, bem como por meio do sopesamento entre os valores e direitos fundamentais individuais e coletivos garantidos pela CF/88.

Nos casos concretos que serão analisados pelo presente artigo, constata-se que o Poder Judiciário esteve diante de conflitos entre direitos fundamentais de extrema relevância como os direitos coletivos à liberdade de expressão, de informação e de imprensa, em contraponto aos direitos individuais à privacidade, à proteção de dados pessoais e ao esquecimento.

Neste contexto de adaptação do Direito à sociedade da informação e de aparente conflito entre direitos fundamentais individuais e coletivos, o presente artigo discorrerá sobre o nascimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais em âmbito digital, bem como sobre o modo como o Estado vem exercendo a tutela jurisdicional sobre este importante bem jurídico do mundo contemporâneo.

## **1 O direito fundamental à proteção de dados pessoais em âmbito digital**

Para o filósofo italiano Norberto Bobbio (1992, p. 19), há pelo menos três fases distintas no que diz respeito aos direitos humanos: a primeira tem relação com o direito à liberdade individual, quando se pretende limitar, de alguma forma, o controle do Estado sobre o indivíduo; a segunda se refere aos direitos políticos, que dizem respeito à ação dos indivíduos dentro de uma nação; e a terceira se refere aos direitos sociais que têm relação com igualdade material ou de direitos.

Essas fases ocorreram ao longo dos séculos XVII e XVIII, em um período conturbado das histórias europeia e norte-americana que culminou, enfim, com a Revolução Francesa e com a Constituição dos Estados Unidos da América.

Devido a turbulência desses movimentos, os direitos fundamentais eram ora cedidos aos indivíduos e ora cancelados, terminando por serem solidificados para o embasamento de toda a matéria que se tem atualmente. Pode-se mesmo dizer que tais direitos são atualmente reconhecidos em todos os países do Ocidente (CORTEZ, 2008, p. 57).

Deve-se destacar que as Constituições brasileiras, ao longo de sua história (1824 a 1988), foram reconhecendo, pouco a pouco, esses direitos basilares, a fim de garantir as liberdades individuais a todo cidadão, movimento que culminou com a última Constituição, promulgada após a redemocratização do país em 1988 (CORTEZ, 2008, p. 93).

O advento da Sociedade da Informação ou da hipermodernidade, em especial a partir da popularização da *internet*, passou a exigir uma exegese dos direitos fundamentais com vista aos fatos praticados no mundo virtual.

A informatização do modelo econômico alterou o modo de produção e de gestão empresarial e estatal, bem como os atos da vida civil. Tudo isso se tornou dependente do fornecimento constante de dados às redes de comunicação.

Em outras palavras, a era atual é caracterizada, principalmente, pela prática dos atos jurídicos e sociais em rede de computadores.

No âmbito da vida privada, a simples comunicação interpessoal à distância, os serviços de atendimento ao consumidor, a movimentação de uma conta bancária, pesquisas acadêmicas, entre outras atividades sociais, estão na iminência de serem conduzidos, exclusivamente, em âmbito digital.

Também as questões sociais supérfluas estão sendo praticadas amplamente com uso da *internet*, em especial, por meio das chamadas mídias sociais, sendo grande o número de pessoas que não imaginam a vida sem os seus *smartphones* para acessá-las.

A inserção constante de informações pessoais transforma a rede mundial de computadores em uma fonte de dados pessoais inesgotável, sendo possível, a partir dela, se obter os registros civis, perfis psicológicos e de consumo, preferências políticas, e até mesmo o itinerário de deslocamento físico que o indivíduo faz todos os dias.

Por isso, para autores como Ronaldo Lemos e Sérgio Branco, nossos dados pessoais se confundem com nossa própria personalidade, sendo a sua proteção um direito fundamental:

Eles são nossos avatares com relação a tudo o que acontece conosco no mundo digital, o corpo eletrônico que representa o que somos. Por meio deles, nossa vida é decidida em múltiplas esferas: se teremos acesso a crédito, a um seguro, qual tipo de propaganda ou conteúdo veremos e, na medida em que o governo se digitaliza, qual tipo de política se aplicará a cada um de nós (Lemos e Branco, 2021, p. 448).

Esta abordagem propõe uma nova compreensão dos direitos fundamentais relativos à privacidade e ao sigilo, com a regulamentação e controle dos dados circulantes na *internet*.

Neste escopo, apesar de a Constituição Federal de 1988, em sua redação original, já garantir o direito ao sigilo de dados e de comunicações (art. 5º, XII), ou mesmo com a regulamentação dada pela Lei nº 13.709/2018 (LGPD), foi promulgada a Emenda Constitucional nº 115/2022, para “*incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais*”.

Com isso, a proteção dos dados pessoais em âmbito digital foi oficializada como um “direito fundamental”: “assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (art. 5º, LXXIX, CF/88).

Inovou, assim, o Constituinte Derivado, ao acompanhar as transformações sociais com o intuito de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, em especial o de proteção de dados digitais, frente às tantas transformações impostas pela Sociedade da Informação.

Contudo, os direitos individuais à privacidade e à autodeterminação informativa são apenas alguns dos elementos jurídicos considerados na positivação de normas individuais e concretas relativas à tutela da privacidade de dados.

Antes e depois da promulgação da LGPD, o Poder Judiciário vem analisando os casos concretos com base na interpretação sistemática entre os marcos regulatórios do mundo virtual, incluindo a própria LGPD e os demais diplomas normativos interdisciplinares, bem como por meio do sopesamento entre os valores e direitos fundamentais individuais e coletivos garantidos pela CF/88, conforme se verá a seguir.

## **2 A tutela da privacidade de dados pela técnica de interpretação sistemática.**

Antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022 e da própria LGPD (2018), o problema da tutela da privacidade dos dados, em âmbito eletrônico, vinha sendo resolvido por meio da integração sistêmico-interpretativa entre normas genéricas e princípios gerais sobre a sociedade em rede, e as demais normas interdisciplinares do direito, as quais foram editadas sem um olhar para a essência do mundo virtual.

Esta técnica de resolução de litígios surgiu a partir da constatação de uma verdadeira impossibilidade de o Poder Legislativo acompanhar os avanços tecnológicos, como elucidou Kolbe Junior:

(...) o que muda de forma substancial é a postura de quem interpreta a lei, bem como faz sua aplicação. Assim, aquela visão arcaica de que a tecnologia cria um grande buraco negro – no qual a sociedade fica à margem do direito – é prontamente superada, uma vez que as leis em vigor são aplicáveis à matéria, desde que dada a sua devida interpretação e adequação. (KOLBE JUNIOR, 2020, p. 16)

Necessário ressaltar que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) já apresentava regulamentações sobre o tratamento de dados dos usuários da internet, reservando uma seção inteira para este tema (*Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas*), resguardando “à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas” (art. 10).

Ainda sobre o controle, acesso e alteração dos próprios dados pessoais, o CDC já dispunha, em sua Seção VI (*Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores*) que “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em

*cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes” (art. 43).*

Destarte, extrai-se que antes mesmo da regulamentação profunda do tema pela LGPD e com fundamento máximo no art. 5º, inc. XII, da CF/88, a tutela da privacidade de dados no Brasil vinha sendo construída pelo Poder Judiciário a partir da interpretação sistemática em meio as disposições existentes, tais como a CF/88, o CDC, a Lei de Acesso a Informação, a Lei do Cadastro Positivo, o Marco Civil da Internet, entre outras.

Por meio desta técnica é feita a subsunção dos fatos virtuais ao ordenamento, buscando elementos de adequação nos existentes marcos regulatórios da internet e dos dados eletrônicos. Foi assim, por exemplo, na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em controle da legalidade do sistema *credit scoring* (REsp 1419697/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014),<sup>3</sup>

O *credit scoring* (pontuação de crédito) nada mais é do que uma análise dos dados pessoais como idade, profissão, estado civil, endereço e renda, para fins de concessão de créditos por instituições financeiras. Também são verificados dados cadastrais como protestos, cheques, pendências financeiras e bancárias, ações judiciais, participações societárias e endividamento geral.

Tais dados eram acessados livremente pelas instituições financeiras na avaliação e oferecimento de crédito no mercado, sendo que, contra essa disponibilidade irrestrita de dados pessoais, foi ajuizada uma ação indenizatória de danos morais por quebra de privacidade, afetada como *leading case*.

Decidiu-se que **(i)** o *credit score* é uma “prática comercial lícita” por ser legalmente prevista; **(ii)** que devem ser respeitadas a tutela da privacidade e da máxima transparência prevista no CDC e na Lei n. 12.414/2011; **(iii)** que apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, é seu direito obter esclarecimentos acerca das fontes dos dados considerados e informações pessoais valoradas.

Restou assentado, também, **(iv)** que o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema *credit scoring*, configura abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC) e pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I

---

<sup>3</sup> Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201303862850&dt\\_publicacao=17/11/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303862850&dt_publicacao=17/11/2014)

e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

Repare-se que no caso em análise estavam em jogo a tutela da privacidade do indivíduo e o direito de “*formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito*”, sendo validada a relativização do direito à privacidade face à previsão legal específica da Lei nº 12.414/2011.

Ressalvada a não incidência da LGPD por ausência de vigência à época dos fatos, o Supremo Tribunal Federal validou os critérios de vedação à excessividade, adequação e relevância do compartilhamento de dados, bem como da supremacia do interesse público sobre o privado (ADI 6387 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).<sup>4</sup>

Ainda antes da vigência da LGPD, e seguindo a mesma técnica de interpretação sistemática e de sopesamento de direitos fundamentais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve a oportunidade de sopesar, de um lado, os direitos individuais ao esquecimento, à privacidade e à proteção de dados, e, do outro, o direito do um site de buscas a divulgar *links* de notícias sobre crimes cometidos por uma pessoa natural, como parte dos direitos coletivos à liberdade de expressão, de informação e de imprensa (TJSP; Apelação Cível 1012616-88.2017.8.26.0003; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/07/2018; Data de Registro: 04/07/2018).<sup>5</sup>

Novamente, os direitos individuais foram mitigados, sob fundamento de que a coletividade tem o direito de ser informada sobre os crimes graves cometidos pela pessoa natural em questão, de forma a se divulgar potenciais riscos inerentes à sua personalidade.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>

<sup>5</sup> Disponível em:

[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11600010&cdForo=0&uuidCaptcha=sa\\_jcaptcha\\_61d058ac4d4b419fb2530c781f967934&g-recaptcha-response=03ANYolqtCX2KxRyZk1JpzJzqy3iArXLWo9jfPw7W4qY1UKSmpuknABtqCzhJ7vdPiOrt98QtYAY6ZrgO4LW\\_3-vwtZgx7SjS1hCog9SJcuMp50PPPW\\_qYM6ST\\_OlyCgEB\\_p9VLPdR\\_8CVJt-oAE8t01\\_hGMKAqhej\\_QV04I-2SDB6di8IWapWCzV2EQA2--rHfTnS937dYSQYSR8qL5Te2UVZNMk5JKGgwxQ9h1eT9fS7zPLvYkWbx-dl5E\\_xIaFEL1fYXVLwVfjPPLbQDAOMMOImE7mPtjtfK4VGLoLHp3cojDyy-DbLOhy4RXMqCoG3AaBxflHhuJB8tkoOtv8NMsqTIDqLxmaIJvPOji0nhAANmODnXEdwkwLqrTqcM1aeug0aqqEBBYHF3DT4KFtUJbeDQtjHwiLaH4hiQSR5PuD3BZ7YDsBzsrZl2h3uYFH0v\\_V8kst3MaetM\\_Z4Q4uypgnuz840eZHYw](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11600010&cdForo=0&uuidCaptcha=sa_jcaptcha_61d058ac4d4b419fb2530c781f967934&g-recaptcha-response=03ANYolqtCX2KxRyZk1JpzJzqy3iArXLWo9jfPw7W4qY1UKSmpuknABtqCzhJ7vdPiOrt98QtYAY6ZrgO4LW_3-vwtZgx7SjS1hCog9SJcuMp50PPPW_qYM6ST_OlyCgEB_p9VLPdR_8CVJt-oAE8t01_hGMKAqhej_QV04I-2SDB6di8IWapWCzV2EQA2--rHfTnS937dYSQYSR8qL5Te2UVZNMk5JKGgwxQ9h1eT9fS7zPLvYkWbx-dl5E_xIaFEL1fYXVLwVfjPPLbQDAOMMOImE7mPtjtfK4VGLoLHp3cojDyy-DbLOhy4RXMqCoG3AaBxflHhuJB8tkoOtv8NMsqTIDqLxmaIJvPOji0nhAANmODnXEdwkwLqrTqcM1aeug0aqqEBBYHF3DT4KFtUJbeDQtjHwiLaH4hiQSR5PuD3BZ7YDsBzsrZl2h3uYFH0v_V8kst3MaetM_Z4Q4uypgnuz840eZHYw)

Antes da LGPD e da Emenda Constitucional nº 115/2020, a tutela estatal sobre a privacidade de dados era exercida pela técnica de interpretação sistemática e interdisciplinar entre o Direito da Sociedade da Informação e os demais ramos do direito, bem como pelo sopesamento dos direitos fundamentais envolvidos em cada caso concreto.

No entanto, antes da citada Emenda Constitucional e com base na regulamentação europeia sobre o tema, já havia sido promulgada a LGPD, cujos objetivos foram bem definidos por Ana Cláudia Redecker:

A LGPD surge para auxiliar o controle do indivíduo sobre seus dados e, mais especificamente, proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade das pessoas naturais. Baseia-se nesses fundamentos para atingir o objetivo de proteger a privacidade do titular dos dados, o direito fundamental de liberdade, intimidade, dignidade e o livre desenvolvimento econômico e tecnológico, ou seja, a LGPD é uma lei baseada em princípios, cláusulas gerais, *standards* de comportamento e conceitos abertos que precisam ser adaptados à situação específica de cada agente de tratamento de dados pessoais e dos riscos inerentes ao mesmo. Frisa-se que uma das preocupações fundamentais da LGPD é a de que o indivíduo não seja manipulado por informações que os agentes de tratamento de dados (de direito público ou privado) tenham sobre a sua pessoa, sem que ele saiba disso, conforme se verificou no escândalo Cambridge Analytica. (REDECKER, 2021, p. 10)

Assim, ao menos no aspecto principiológico, a LGPD repetiu os fundamentos já previstos no ordenamento jurídico no que se refere à proteção de dados pessoais. Nada obstante, a LGPD colocou o Brasil ao lado de diversos países que já possuíam regulamentação específica sobre a proteção de dados e aqueceu a discussão sobre a proteção de dados como direito fundamental, em sintonia com os direitos de autonomia decisória e da privacidade, terminando com a aprovação da Emenda Constitucional nº 115/2022.

Todavia, no campo da tutela da privacidade, os marcos específicos sobre a proteção de dados no Brasil abriram diversos novos debates, sendo um deles relativo ao fornecimento de informações pessoais de usuários da internet por provedores de acesso e por provedores de aplicações, de forma a se proceder a responsabilização de indivíduos por atos praticados no ambiente virtual e no mundo físico.

Note-se que a métrica tem sido obrigar os prestadores de serviços relacionados ao mundo virtual a fornecer dados de usuários, retirando-lhes o manto do anonimato, quando houver indícios de que atentaram contra direito alheio por meio de ferramentas digitais (STJ. REsp 1914596/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 08/02/2022).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100026434&dt\\_publicacao=08/02/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100026434&dt_publicacao=08/02/2022)

Em outro importante julgamento do Superior Tribunal de Justiça, relacionado à licitude de provas em investigação penal, validou-se diligência determinada pelo juízo de 1º grau com vistas à obtenção de dados estáticos (registros de conexão ou acesso a aplicações de internet e eventuais dados pessoais a eles vinculados), relacionados à identificação de usuários em determinada localização geográfica.

Veja-se que a ordem de 1º grau se dirigiu a toda uma localidade, quebrando a privacidade de dados pessoais de usuários indeterminados. Nada obstante, sopesando os direitos fundamentais individuais e coletivos envolvidos na causa, e sem perder de vista a gravidade do crime investigado (homicídio), a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a quebra de sigilos telemáticos de uma coletividade pode ser justificada pela existência de meros “*indícios da ocorrência do ilícito*”, e de quem sequer é parte na investigação criminal (RMS n. 61.302/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2020, DJe de 4/9/2020).<sup>7</sup>

Ou seja, com base na supremacia do interesse coletivo sobre o interesse privado, qualquer fator indiciário de ato ilícito (portanto, desprovido de prova), já é suficiente à mitigação do direito fundamental à proteção de dados digitais, de acordo com a atual jurisprudência brasileira sobre o tema.

### **3 Os princípios de interpretação das normas constitucionais e a tutela da privacidade de dados.**

De acordo com a jurisprudência pátria, os direitos fundamentais individuais à privacidade e à autodeterminação informativa não são valores absolutos, devendo ser mitigados em favor do interesse público/coletivo, atendidos os critérios de vedação à excessividade, adequação e relevância do compartilhamento de dados.

Neste aspecto, há de se ressaltar que qualquer conflito entre as garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade deve ser encarado como meramente aparente, de acordo com os princípios de interpretação das normas constitucionais.

Segundo o princípio da unidade da Constituição Federal, só se extrai a verdadeira amplitude e alcance das normas jurídicas constitucionais quando se conhece a Constituição como um corpo de linguagem único, racional, coeso e coerente, como ensina Gilmar Mendes:

---

<sup>7</sup> Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201901991320&dt\\_publicacao=04/09/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901991320&dt_publicacao=04/09/2020)

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituída na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade. (MENDES, 2009, p. 114)

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso afirma o seguinte:

A ideia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. (BARROSO, 2009, p. 105)

Por outro ângulo, se a Constituição Federal é **(i)** o fundamento de validade de todos os demais suportes normativos de um sistema de direito, e, ao mesmo tempo, **(ii)** é a norma hierarquicamente superior desse sistema, não se pode admitir qualquer antagonismo ou contradição entre as normas jurídicas que possam ser extraídas do texto constitucional, sob pena de se comprometer a coesão e a coerência de todo o sistema.

Assim, não se admite a conclusão de conflito entre as normas constitucionais, ou seja, que duas normas possuem o mesmo antecedente (fato jurídico), com consequências jurídicas distintas. Qualquer conflito deve ser encarado como meramente “aparente”, devendo ser desqualificado e resolvido pela interpretação sistemática do texto constitucional, e por meio da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade veda a concretização de normas constitucionais com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades do ordenamento jurídico.

Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta permita providências insensatas, é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a imputar desatinos à própria regra do Direito.

Luis Roberto Barroso definiu o princípio da razoabilidade com eloquência ímpar:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. (BARROSO, 2009, p. 118)

Pretende-se evitar a prévia adoção em norma de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse jurídico tutelado pela regra aplicada, pois, através dela, visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida

que, em cada situação, atenda de modo perfeito a finalidade da norma constitucional (MELLO, 2006, p. 97).

Já sobre o correlato princípio da proporcionalidade, adota-se aqui os três aspectos lecionados por José dos Santos Carvalho Filho: a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 31).

No mesmo sentido, discorrendo sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade ao ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

As competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desdobram do âmbito da competência, ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. (MELLO, 2006, p. 99)

Assim, como verdadeiros limites objetivos ao exercício da competência administrativa ou judicante, e como pressuposto do devido processo legal, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser observados por qualquer autoridade investida de poder público, cujos atos exarados possuem presunção relativa de constitucionalidade e exequibilidade pelas vias coercitivas do Estado.

E, pela aplicação conjunta dos princípios interpretativos da unidade da constituição, da razoabilidade e da proporcionalidade, à tutela da privacidade de dados pessoais disponibilizados no âmbito digital não encontra solução rígida no que tange à garantia de direitos individuais.

Em cada caso concreto, o aplicador do Direito deve sopesar os valores fundamentais envolvidos e as previsões infraconstitucionais regulatórias, sempre privilegiando o interesse público/coletivo, em detrimento do interesse privado, conforme balizas jurisprudenciais ora apresentadas.

## **Conclusão**

O presente estudo visou apresentar a proteção de dados pessoais como um direito fundamental individual ou coletivo, a depender da tutela específica ou causa de pedir analisada pelo Poder Judiciário.

Por meio de abordagem jurisprudencial, demonstrou-se que a tutela estatal sobre a proteção de dados vem sendo concretizada a partir da interpretação sistemática entre os marcos regulatórios do mundo virtual e os demais diplomas interdisciplinares promulgados antes da informatização massiva da sociedade (popularização da internet).

Ainda de acordo com os julgados abordados, constatou-se que essa técnica de subsunção dos fatos ao direito é aplicada antes e depois da consagração do direito à proteção de dados digitais pelo art. 5º, LXXIX, da CF/88, e da promulgação da própria LGPD.

As razões de decidir encontradas, invariavelmente, comprovaram que o direito à proteção de dados não é absoluto, devendo sempre ser apreciado em sintonia com as demais garantias fundamentais qualificadas na CF/88, também em observância ao cânone interpretativo da Unidade da Constituição, o qual se estende a todo sistema de direito posto.

Por fim, e ainda de acordo com os princípios de interpretação da CF/88, demonstrou-se que quaisquer conflitos entre os direitos fundamentais e coletivos devem ser entendidos como meramente aparente, devendo ser resolvidos com privilégio do interesse da coletividade em detrimento do interesse particular, bem como pelos critérios exegéticos da proporcionalidade e da razoabilidade.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. “**Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.**” In: Migalhas, 2008. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf) Acesso em 17/04/2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod\\_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

CORTEZ, Artur. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

DEMO, Pedro. “**Ambivalências da Sociedade da Informação**”. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/797VnWgmBHvsnvbJJytzKnP/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 17/04/2022.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Limites à Proteção de Dados: Dragnet Surveillance e o caso Marielle Franco**, de acordo com recente julgamento da terceira seção do STJ. Artigo publicado no livro *Proteção de Dados – Temas Controvertidos*. Indaiatuba, SP; Foco, 2021.

LEMO, Ronaldo; BRANCO, Sérgio. **Privacy by Design: conceito, fundamentos e aplicabilidade da LGPD**. In: MENDES, Laura Shertel. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro; Forense, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição, São Paulo: Saraiva. 2009.

OLIVEIRA, Fabiane. & LANZILLO, Anderson. “**Estado, novas tecnologias e proteção de dados pessoais como direito fundamental**”. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/7901> Acesso em 17/04/2022.

REDECKER, Ana Cláudia. **Da pertinência do marco regulatório de proteção de dados pessoais na sociedade brasileira**. Artigo publicado no livro *Proteção de Dados – Temas Controvertidos*. Indaiatuba, SP; Foco, 2021.

WEBER, Rosa. **Voto sobre a Emenda Constitucional 115**. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em  
14/04/2022.

### **3 Proteção de dados pessoais e o direito fundamental de acesso a informações públicas**

#### **Personal data protection and the fundamental right to information access**

**Joel Ricardo Ribeiro de Chaves**

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Especialista em Direito e Processo Tributário – CERS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Advogado e Encarregado de Proteção de Dados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5949275058454555>. Cuiabá/MT, Brasil.

**Victor Hugo Cunha Silva**

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Especialista em Direito Civil e em Direito Notarial e Registral pela UNIBF. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Oficial do Ministério Público do Estado de São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2928719588468171>. São Paulo/SP, Brasil.

#### **Resumo**

A Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, incluiu expressamente a proteção de dados pessoais no texto constitucional como um direito fundamental, inserindo o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal. Embora a doutrina e a jurisprudência já apontassem o caráter implícito de tal proteção no bojo da ordem constitucional, fato é que o novo comando reacende debates a respeito da compatibilização ou prevalência do regime jurídico da proteção de dados pessoais em face a outros direitos. Nesse sentido, o presente trabalho visa à análise da relação entre o direito fundamental à proteção de dados e o direito, também fundamental, de acesso a informações públicas, previsto no art. 5º, inciso XXXIII, do diploma constitucional. Para tanto, este estudo adota como metodologia a linha jurídico-dogmática, que considera a ciência jurídica como autossuficiente do ponto de vista metodológico e utiliza elementos internos ao ordenamento jurídico para a investigação. Em um primeiro momento, discute-se o conceito de direito fundamental e seus efeitos no âmbito da aplicação do Direito. Na sequência, um panorama sobre o direito de acesso à informação pública, na constituição e na ordem infraconstitucional será apresentado, bem como em relação ao direito da proteção de dados pessoais. Por fim, considerando o dever estatal de transparência e o dever de proteção aos dados pessoais, uma conclusão pela compatibilização dos direitos mencionados é apresentada.

**Palavras-Chave:** Proteção de dados pessoais; Direitos fundamentais; acesso à informação; e LGPD.

#### **Abstract**

The Constitutional Amendment no. 115, of February 10th, 2022, expressly included the protection of personal data in the Brazilian constitutional text as a fundamental right, inserting item LXXIX into art. 5 of the Federal Constitution. Although the doctrine and the jurisprudence have already pointed out the implicit character of such protection in the midst of the constitutional order, the new item reignites debates regarding the compatibility or prevalence of the legal regime for the protection of personal data in relation to other rights. In this sense,

the present work aims to analyze the relationship between the fundamental right to personal data protection and the fundamental right of access to public information, as established in art. 5, item XXXIII, of the constitutional diploma. Therefore, this study adopts the legal-dogmatic line as a methodology, which considers legal science as self-sufficient from the methodological point of view and uses internal elements of the legal system for the investigation. At first, the concept of fundamental rights and their effects in the scope of law enforcement are discussed. Following, an overview of the right of access to public information, in the constitution and in the infra-constitutional order will be presented, as well as in relation to the right to protection of personal data. Finally, considering the government duty of transparency and the duty to protect personal data, a conclusion by compatibility of the aforementioned rights is presented.

**Key words:** Personal data protection; Fundamental rights; Information access; and LGPD.

## Introdução

Não obstante a proteção de dados pessoais tenha sido regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro especificamente por meio da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (“Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”, doravante chamada de “LGPD”), a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, alçou expressamente a proteção de dados pessoais à categoria de direito fundamental, acrescentando o inciso LXXIX, ao art. 5º do texto constitucional.

Os direitos fundamentais são definidos, tradicionalmente, como os direitos público-subjetivos de pessoas, naturais ou jurídicas, que estejam inseridos no bojo do texto constitucional e, portanto, dotados de um caráter normativo supremo dentro da ordem estatal e cuja finalidade precípua visa à limitação do poder do Estado em face dos indivíduos (DIMOULIUS; MARTINS, 2014, p. 41).

Forçoso notar, contudo, o entendimento a respeito da “eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros” (*Drittwirkung*), que admite a influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos do direito privado entre si e não apenas na relação entre Estado e indivíduo (CANARIS, 2009, p. 52).

Mais que isso, além de serem considerados direitos subjetivos de limitação do poder estatal, a doutrina passou a considerá-los também como direitos a prestações positivas do Estado, tanto de natureza concreta e material quanto normativa e, além disto, também como “*decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com uma eficácia irradiante em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e administrativos*” (BINENBOJM, 2014, p. 74) caracterizando-se, assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Frise-se que mesmo antes da promulgação da referida emenda constitucional, estudos já apontavam a natureza jurídica da proteção de dados pessoais enquanto um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que tal caracterização pode se dar tanto de maneira expressa no texto constitucional, quanto por seu reconhecimento implícito (SARLET, 2020, p. 47).

É nesse sentido o entendimento de Josilenni Santos, em trabalho específico sobre o tema:

Assim, dentro desse contexto, o direito à proteção de dados, quando analisado à luz da Constituição Federal, acaba por demonstrar a sua fundamentalidade material, uma vez que seu conteúdo está diretamente ligado à dignidade da pessoa e à tutela da personalidade do indivíduo contra o uso indevido dos seus dados, possuindo nítido caráter protetivo da privacidade e da intimidade. (SANTOS, 2021, p. 37)

Tal vertente doutrinária foi expressamente acolhida pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF, julgado em 07 de maio de 2020 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ao admitir que a afirmação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais teria lastro na dignidade da pessoa humana, na concretização da renovação constante da proteção constitucional à intimidade, bem como no reconhecimento da centralidade do *habeas data* enquanto instrumento da autodeterminação afirmativa (BRASIL, 2020).

Assim, a natureza jurídica de direito fundamental da proteção de dados pessoais, mesmo antes da sua inserção expressa no rol do art. 5º da Lei Maior, já era admitida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, consagrando esse direito tão relevante no contexto da Sociedade da Informação, a qual se caracteriza como “uma nova era, na qual a informação adquire centralidade e passa a fluir a velocidade e em quantidades antes inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos fundamentais” (BARRETO JÚNIOR, 2009, p. 40).

Entretanto, necessário ressaltar que caracterização da proteção de dados pessoais como um direito fundamental, não o torna um direito absoluto. Logo, possível vislumbrar hipóteses de relação, e possível colisão, com diversos outros direitos e garantias previstos no ordenamento, direitos esses que, por vezes, também têm previsão constitucional no rol dos direitos fundamentais, caso do direito de acesso a informações públicas, previsto no art. 5º, XXXIII, da Constituição, segundo o qual, por meio de ampla publicidade de atos e contratos administrativos, alcança-se a necessária transparência estatal, essencial ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é preciso que, a partir do referencial teórico de Robert Alexy, se busque o sopesamento ou a compatibilização de tais normas, na medida em que, precipuamente, uma visa à proteção de dados e a outra visa a sua publicidade.

Assim, com amparo na metodologia da linha jurídico-dogmática, que considera a ciência jurídica como autossuficiente do ponto de vista metodológico e utiliza elementos internos ao ordenamento jurídico para a investigação, sob os métodos de pesquisa documental e bibliográfica, busca-se desenvolver um trabalho que investigue as formas de interação entre o direito de acesso a informações públicas e o direito à proteção de dados pessoais, perpassando-se, em um primeiro capítulo, pelo delineamento referencial do direito de acesso a informações públicas; no segundo, pela análise do direito à proteção de dados pessoais; e, finalmente, no terceiro, pela análise dos pontos de contato entre ambos os direitos.

## **1 O direito de acesso à informação pública**

O direito de acesso à informação pública, de modo geral, é previsto em diversos enunciados da Constituição Federal de 1988, e sob diferentes perspectivas.

Há, de um lado, a proteção ao direito individual de acesso à informação pública, previsto no art. 5<sup>a</sup>, XXXIV, alínea b, que assegura a todos o direito de obter certidões e informações em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, bem como a possibilidade de ajuizamento de *habeas data* para acesso e retificação de informações pessoais em bancos de dados governamentais ou de caráter público, nos termos do art. 5<sup>o</sup>, LXXII.

De outro, pode-se verificar a dimensão coletiva ao direito de acesso às informações, consagrada no art. 5<sup>o</sup>, XXXIII, que concede a qualquer pessoa o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral (SARLET; MOLINARO, 2016, p.14).

Para fins deste trabalho, a despeito da importância das outras facetas do direito de acesso à informação pública ou privada, adotar-se-á como recorte temático, com a finalidade de conceder maior profundidade ao objeto de estudo, exclusivamente a dimensão coletiva do direito de acesso às informações públicas, nos termos do art. 5<sup>o</sup>, XXXIII, da Constituição Federal, conforme sua regulamentação infraconstitucional por meio da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (“Lei de Acesso à Informação”, doravante chamada de “LAI”).

### **1.1 Informações públicas e o dever estatal de transparência**

O direito fundamental de acesso às informações públicas, além de previsto no art. 5º da Constituição Federal, também é tratado pelo art. 37, § 3º, II, que estabelece as formas de participação dos usuários na Administração Pública Direta e Indireta, e representa uma importante técnica democrática.

É nesse sentido o ensinamento de Norberto Bobbio, para quem há uma intensa relação entre a democracia e a visibilidade do poder (BOBBIO, 1987, p. 79).

O princípio da publicidade, estampado no art. 37, *caput*, do texto constitucional, conforme ensina Irene Patrícia Nohara, permite a credibilidade do Estado por meio da transparência. Assim, diante de tal norma verifica-se a existência de duas faces de uma mesma moeda, o direito dos administrados de ter acesso às informações públicas e o dever da Administração de publicizar atos e contratos administrativos, de modo a propiciar o controle e proteção das relações jurídico-administrativas (2020, p. 84).

Não por outro motivo, Hely Lopes Meirelles caracteriza a publicidade como um requisito de eficácia e moralidade dos atos administrativos (2016, p. 100).

Assim, diante do dever estatal de transparência, concede-se ao cidadão um direito subjetivo de buscar, acessar e receber informações que estejam em poder, direto ou indireto, do Estado, na Administração Pública Direta ou Indireta e, ainda, em poder de entes privados que sejam vinculados à Administração (SARLET, MOLINARO, 2016, p. 16).

Em relação ao objeto, ou seja, às informações que devem ser publicizadas, deve-se considerar que a publicidade abarca toda a atividade estatal e não apenas a divulgação e publicações oficiais de atos e contratos administrativos, de tal sorte que atingiria, a título de exemplo,

(...) os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes (MEIRELLES, 2016, pp. 101-102).

De maneira mais abrangente, Ingo Sarlet e Carlos Molinaro apontam como objeto do direito de acesso à informação toda informação produzida ou detida por órgãos ou entidades públicas, bem como aquelas produzidas ou detidas por particulares com vínculos com a Administração Pública (2016, p. 17).

Em relação aos sujeitos do direito, ou seja, os sujeitos que podem exigir o acesso às informações, os autores apontam todas as pessoas, jurídicas ou naturais, universalidades de direitos e até mesmo entes despersonalizados, incluindo, dentre as pessoas físicas os

estrangeiros, sejam eles residentes na República Federativa do Brasil ou não (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 16).

Entretanto, por mais que desde a redação original da Constituição de 1988 o inciso XXXIII, tenha mantido seu enunciado normativo e posição topográfica, de modo a enquadrar-se como uma norma constitucional de aplicação imediata – conforme art. 5º, § 1º, da Carta Maior, ou seja, passível de aplicação direta pelo Poder Judiciário e vinculante a todas as entidades públicas, independentemente de lei regulamentadora – foi promulgada em 05 de maio de 2005 a Lei nº 11.111, que regulamentava a parte final do mencionado inciso, sendo posteriormente revogada pela LAI, em 2011, com objeto e detalhamento muito mais verticalizado em relação à norma ab-rogada.

A LAI dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela Administração Pública e demais entes subordinados àquele regime jurídico com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, de modo a propiciar e assegurar esse direito fundamental à sociedade. A norma legal garante o acesso às informações públicas de duas maneiras: a transparência passiva, por meio da qual o Estado fornece as informações quando solicitadas e, portanto, de modo reativo; e a transparência ativa, verificada quando o poder estatal concede proativamente as informações públicas, publicando-as, independentemente de rogação (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 19).

O comando normativo, estabelece as diretrizes que devem ser observadas pela Administração Pública e entes vinculados nos procedimentos ali previstos, sendo elas: (i) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; (ii) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; (iii) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; (iv) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; e (v) desenvolvimento do controle social da administração pública.

Nota-se, portanto, importante diretriz, especialmente para fins deste trabalho, no que toca ao item (i) acima. Isso porque a LAI consagra a publicidade como regra, sendo o sigilo a exceção, de modo que a restrição de acesso a informações públicas deve se dar de modo excepcional e de maneira fundamentada. Nas palavras de Wolfgang Sarlet e Molinaro:

“A denegação do acesso a qualquer tipo de informação deve, contudo, ser excepcional e somente poderá fundamentar-se naquelas razões específicas dispostas no texto constitucional e legislação infraconstitucional pertinente, como é o caso, em especial, da segurança nacional, para efeito da proteção de dados (sensíveis), a proteção de segredos industriais e comerciais, a prevenção ou investigação das práticas criminosas” (SARLET; MOLINARO, 2016, p.16-17)

Ressalte-se que a menção pelos autores acima mencionados a respeito da proteção de dados sensíveis foi realizada em momento anterior à promulgação da LGPD e muitos anos antes da Emenda Constitucional nº 115, de modo a evidenciar a preocupação de estudiosos que já se debruçam sobre o tema mesmo antes da positivação das normas.

## 1.2 Restrições ao acesso às informações públicas.

Como anteriormente explanado, apesar de tratar-se de um direito fundamental, o direito de acesso a informações públicas não é absoluto, de modo que determinadas informações terão, de modo excepcional, seu sigilo resguardado.

Contudo, as restrições, devido a sua natureza de excepcionalidade, somente poderão ocorrer nos termos previstos na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais.

Assim, necessária uma breve apresentação das hipóteses de restrição positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, com o fito de, posteriormente, demonstrar a relação entre tais limitações e a proteção de dados pessoais.

As restrições de acesso estão estabelecidas em detalhes nos arts. 21 a 31 da LAI. Em suma, podem ser agrupadas em três classes: (i) informações classificadas como reservadas, secretas ou ultrassecretas, nos termos da própria Lei de Acesso à Informação; (ii) informações pessoais, sendo essas as que versam sobre a intimidade e privacidade de pessoas naturais; e (iii) informações protegidas por outras legislações, a exemplo do sigilo bancário (SARLET, MOLINARO, 2016. p. 19).

Para fins deste estudo, destaque-se a restrição nas hipóteses de informações pessoais, mencionada no item (ii) acima e prevista expressamente no art. 31, da Lei nº 12.527/2011.

Sob do ponto de vista histórico, destaca-se o entendimento de Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes (2014, p. 11):

Como não havia regra geral para a proteção específica de informações pessoais em outras leis (embora essa proteção possa ser derivada de princípios constitucionais), a Lei de Acesso à Informação teve que incluir um tópico específico sobre proteção de dados pessoais de órgãos públicos<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Tradução livre de: “Since there was no general rule for the specific protection of personal information in other statutes (although this protection can be derived from constitutional principles), the Access to Information Law had to include a specific topic about protection of personal data held by public bodies.” (DONEDA; MENDES, 2014, p.11)

Nesse sentido, o art. 31 da LAI determina que *o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.*

Logo, denota-se a preocupação do legislador em resguardar outros direitos fundamentais, especialmente aqueles previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal, quando do seu conflito em face ao direito de acesso às informações públicas.

Deve-se ressaltar, ainda, que a própria LAI define, ainda que sucintamente, informação pessoal como aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Importante salientar, contudo, que mesmo a proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem não é absoluta, na medida em que o próprio comando legal permite sua exceção. Isso, porque a divulgação ou acesso por terceiros de tais informações, poderá ser autorizada pelo titular dos dados por meio do consentimento expresso ou diante de previsão legal.

Mais que isso, a lei determina que o consentimento poderá ser dispensado em casos específicos, nos quais as informações sejam necessárias (i) à prevenção e diagnóstico médico, caso o indivíduo esteja incapaz, física ou legalmente, bem como para a utilização única e exclusiva de tratamento médico; (ii) à realização de estatísticas e pesquisas científicas de interesse público ou geral previstos em lei, vedada a identificação da pessoa a que os dados se refiram; (iii) ao cumprimento de ordem judicial; (iv) à defesa de direitos humanos; ou, ainda, (v) à proteção do interesse público e geral preponderante.

Denota-se que o item (v) acima, previsto expressamente na lei, apresenta verdadeira cláusula aberta, de modo a conceder discricionariedade ao administrador na análise de dispensa de consentimento, o que deve ser sempre analisado com cuidado, com a finalidade de evitar indevidos abusos.

O interesse na proteção das informações pessoais foi tamanho que a LAI estabelece, de modo expresso, a responsabilidade direta de órgãos e entidades públicas, bem como de pessoas físicas ou entidades privadas vinculadas à Administração, pelos danos causados pela divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, resguardado o direito de regresso nos casos de dolo e culpa.

Diante do contexto apresentado, e da constatação da existência prévia de proteção a informações pessoais pela LAI, necessário se faz a apresentação dos principais aspectos referentes ao direito à proteção de dados pessoais para que, mais adiante, seja possível vislumbrar seus pontos de convergência e divergência em relação ao direito de acesso às informações públicas.

## 2 O direito à proteção de dados pessoais

Uma vez analisados os elementos e as repercussões do direito de acesso às informações públicas, há que se inquirir sobre os contornos do direito à proteção de dados pessoais para que seja possível, então, uma análise das confluências e das divergências entre esses direitos.

### 2.1 Distinção do direito à proteção de dados pessoais e do direito à privacidade

Para o correto desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais na perspectiva proposta no presente trabalho, faz-se necessário, primeiro, distingui-lo, ainda que brevemente, do direito à privacidade.

De antemão, identifica-se uma significativa controvérsia terminológica, notadamente pelos termos “data protection” (proteção de dados), “privacy” (privacidade), “data privacy” (privacidade dos dados) e “information privacy” (privacidade da informação) serem utilizados em diferentes contextos para se referir às regulamentações de processamento de dados relacionados a pessoas, com o fito de salvaguardar a privacidade e outros interesses relacionados a essas pessoas (BYGRAVE, 2010, p. 166).

Para os fins aqui propostos, no entanto, considerar-se-á o direito à proteção de dados pessoais distinto e não restrito ao direito à privacidade – entendido este sob questões de vida privada, vida familiar, casa e correspondência<sup>9</sup> (GELLERT; GUTWIRTH, 2013, p. 524)–, divergindo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (FUSTER, 2014, p. 259) e do posicionamento do Conselho da Europa (CONSELHO DA EUROPA, 2014, p. 22)<sup>10</sup>, mas alinhando-nos às perspectivas doutrinárias internacionais (BYGRAVE, 2010, p. 168. RODOTÀ, 2009, p. 79-80.) e nacionais (DONEDA, 2011, p. 103. QUEIROZ, 2019, p. 19) e à jurisprudência brasileira (BRASIL, 2020), conforme conclui também Danilo Doneda (DONEDA, 2021, p. 275), no sentido de identificar o direito à proteção de dados pessoais como não restrito ao direito à privacidade, sendo aqui considerado aquele destoante deste formalmente (por sua previsão estar em dispositivo diverso) e materialmente (por se referir a um direito concernente ao controle de toda informação relacionada a pessoa natural identificada

---

<sup>9</sup> “Private life, family life, home, and correspondence”.

<sup>10</sup> “No sistema da CEDH [Convenção Europeia dos Direitos do Homem], a proteção de dados é garantida pelo artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e, tal como no sistema da Carta, este direito tem de ser exercido respeitando o âmbito de outros direitos concorrentes”.

ou identificável e da legitimidade do processamento dessa informação), embora haja hipóteses de coincidência da aplicação de ambos.

## 2.2 O direito fundamental à proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, acresceu-se formalmente ao rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXIX, que dispõe ser assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Todavia, antes mesmo de sua elevação formal, o direito à proteção de dados pessoais já era reconhecido como materialmente pertencente à categoria de direito e garantia fundamental.

Virgílio Afonso da Silva identifica o direito à proteção de dados pessoais dentro da categoria do direito à privacidade (art. 5º, incisos X, XI e XII, da Constituição Federal) – apesar de ressaltar que “a proteção de dados pessoais não tem relação apenas com o direito à privacidade, embora seja a relação mais visível” (SILVA, 2021, p. 207) – e assevera importante ponto acerca desse novo direito fundamental, ao sustentar que

A literatura constitucional por muito tempo entendeu que a coleta e o armazenamento de dados, e mesmo o compartilhamento de muitos deles, não seriam em si um problema. O problema surgiria apenas quando os dados estivessem incorretos, caso em que os indivíduos poderiam requisitar sua correção, mas não sua eliminação. Esse entendimento parece decorrer da visão, tão popular quanto equivocada, de que o indivíduo exemplar é aquele que não tem nada a esconder. O fato é, contudo, que todas as pessoas têm muito a esconder. Ter segredos é parte da natureza humana. Por isso, a contraposição entre informação correta (ou verdadeira) e incorreta (ou inverídica) não é relevante neste âmbito. Ou seja, compartilhar informações pessoais de alguém não deixa de ser uma restrição ao direito de privacidade apenas porque essas informações são verdadeiras ou corretas. (SILVA, 2021, p. 206)

Assim, reconhecida a necessidade de proteção, faz-se necessário identificar o suporte normativo diverso aos dispositivos do direito à privacidade que daria guarida à identificação de um direito à proteção de dados pessoais antes mesmo da sua elevação expressa a essa categoria. Para tanto, o retorno próprio art. 5º da Constituição Federal mostra-se de utilidade, notadamente pela previsão constante de seu parágrafo 2º, o qual dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Vislumbra-se, da análise do dispositivo, a possibilidade de serem reconhecidos e protegidos outros direitos e garantias fundamentais, ainda que não expressamente previstos na

Constituição Federal, sentido no qual Danilo Doneda há muito sustenta a existência de um direito à proteção de dados sob a ótica de riscos a garantias constitucionais, afirmando que

O reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental não deriva de uma dicção explícita e literal, porém da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada (DONEDA, 2011, p. 103).

Essa posição de identificação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais fora sustentada pelo Supremo Tribunal Federal, antes da própria LGPD entrar em vigor, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, referentes ao questionamento da constitucionalidade da Medida Provisória 954/2020, que objetivava a transferências de dados referentes a todos os assinantes de determinados serviços de telefonia fixa e celular para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em razão do extenso volume de dados e os riscos potenciais da operação, sem a previsão de garantias e salvaguardas específicas (DONEDA, 2021, p. 274-275).

Nessa senda, a proteção não deve visar apenas os dados, mas também o titular dos dados pessoais, assim como

De um lado, essa proteção se desdobra como liberdade negativa do cidadão oponível perante o Estado, demarcando seu espaço individual de não intervenção estatal (dimensão subjetiva). De outro lado, ela estabelece um dever de atuação estatal protetiva no sentido de estabelecer condições e procedimentos aptos a garantir o exercício e a fruição desse direito fundamental (dimensão objetiva). (MENDES; FONSECA, 2020, p. 3).

Essa acepção deriva da autodeterminação informativa, conceito que se avulta como um dos fundamentos do direito à proteção de dados pessoais, com seu reconhecimento expresso na legislação, consoante o art. 2º, inciso II, da LGPD, mas que já estava presente na história internacional da proteção de dados pessoais, podendo ser identificado, por exemplo, nos anos de 1967 e 1983, respectivamente em “privacy and freedom”, de Alan Westin, e no julgamento da Lei do Censo pela Corte Constitucional Alemã, este em um contexto em que, sob pena de multa pecuniária pela não participação do cidadão, poderiam os dados coletados para o recenseamento serem utilizados para além de fins estatísticos, como confrontação com os dados do registro civil e, sem a identificação do nome de cada titular, serem transmitidos às autoridades (DONEDA, 2021, p. 169-173. MENDES; FONSECA, 2020, p. 2). Tamanha a relevância desse conceito que o próprio Supremo Tribunal Federal, no mencionado julgamento, o asseverou

A fim de ressaltar o necessário protagonismo exercido pelo cidadão no controle do que é feito com seus dados, destacando a existência de finalidades legítimas para o seu processamento, bem como da necessidade de implementação de medidas de segurança para tanto. (MENDES; FONSECA, 2020, p. 2)

Ainda que as perspectivas constitucionais possam lançar luz ao cenário de identificação dos contornos do direito à proteção de dados pessoais, não se pode olvidar que sua materialização de forma geral e completa se deu por meio da LGPD, que vigorava antes mesmo da promulgação da norma do art. 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal e, ainda, esta fora expressa em assegurar, *nos termos da lei*, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, razão pela qual a adequada apreciação da matéria não pode deixar de lado as disposições expressas constantes da Lei.

### 2.3 Aspectos concretos da autodeterminação informativa na LGPD

Primeiramente, para os fins propostos no presente trabalho, há que se destacar a premissa de aplicabilidade da LGPD com imposição de deveres não somente às pessoas jurídicas de direito privado, mas também às pessoas jurídicas de direito público (e, em alguns casos, até mesmo a pessoas naturais).

O art. 1º é expresso, ao ditar que esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por *pessoa jurídica de direito público* ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, sendo complementado por seu parágrafo único que, novamente, reforça que as normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e *devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios*.

Também o art. 3º é expresso ao dispor que esta Lei se aplica a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por *pessoa jurídica de direito público* ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, ressalvando, posteriormente, a territorialidade da aplicabilidade.

E, ainda, o capítulo IV (*do tratamento de dados pessoais pelo poder público*) da Lei, assim como o art. 23 que o inaugura dispondo que o *tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público* referidas no parágrafo único do art. 1º da LAI deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que, cumulativamente, sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios

eletrônicos, e que seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais. Assentada, portanto, a aplicabilidade da LGPD aos dados pessoais que estejam em poder, direto ou indireto, do Estado, na Administração Pública Direita ou Indireta e, ainda, em poder de entes privados que sejam vinculados à Administração.

Por outro lado, afiguram-se como relevantes as ressalvas de inaplicabilidade da LGPD, aqui restringidas metodologicamente ao pertinente a este trabalho, aos tratamentos que não correspondam a dados pessoais, ou seja, que não correspondam a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, ou quando este dado pessoal tenha sido submetido a procedimento de anonimização, a qual corresponde à utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, tornando-se, nesse sentido, um dado anonimizado, ou seja, dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento. E, ainda, a inaplicabilidade ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, ou atividades de investigação e repressão de infrações penais. Dentro dos parâmetros de aplicabilidade da LGPD acima elencados, resta saber quais pontos merecem destaque em uma acepção preliminar para posterior comparabilidade a análise de compatibilidades e incompatibilidades entre as normas em apreço.

Em consonância com a perspectiva já desenvolvida do direito fundamental à proteção de dados pessoais, elegemos o controle do cidadão, a legitimidade para tratamento e a segurança do tratamento como estes pontos.

### 2.3.1 Controle do cidadão

O art. 6º da LGPD disciplina que, nas atividades de tratamento de dados pessoais, devem ser observados os princípios do livre acesso, da transparência e da responsabilização e prestação de contas.

O princípio do livre acesso corresponde à garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais. O princípio da transparência, à garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial. E, finalmente, o princípio da responsabilização e prestação de contas, à demonstração, pelo agente, da adoção de medidas

eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Outrossim, também o art. 23, em seu inciso I, reforça a necessidade de que, no âmbito do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, observando-se a transparência através do fornecimento de informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades de tratamento, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos.

Assim, em consonância com a autodeterminação informativa, faz-se necessário que a entidade pública que realize o tratamento de dados pessoais seja transparente para com o titular desses dados pessoais, informando e adotando medidas proativas que permitam a este o pleno conhecimento acerca do tratamento realizado, bem como, e também por consequência dessa transparência, seja facilitado o controle pelo titular. Este controle, no entanto, não corresponde à possibilidade de negar todo e qualquer tratamento de dados pessoais, mas, sim, à ciência quanto aos tratamentos e, por conseguinte, aos riscos envolvidos, bem como a possibilidade de, quando aplicável, prestar seu consentimento a determinado tratamento, ou, ainda, se opor ao tratamento irregular.

### 2.3.2 Legitimidade para tratamento

No mesmo art. 6º da LGPD, também está disciplinada a necessidade de observância dos princípios da boa-fé, da finalidade, da adequação, da necessidade, da qualidade dos dados e da não discriminação.

O princípio da finalidade corresponde à realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades. O princípio da adequação refere-se à compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento. Já o princípio da necessidade trata da limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados. A seu turno, o princípio da qualidade dos dados corresponde à garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento. E, ainda, o princípio da não discriminação explicita a impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou

abusivos. Ademais, para os tratamentos de dados pessoais realizados pelas pessoas jurídicas de direito público, o art. 23 reforça a necessidade de observância dos requisitos adicionais de atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, de transparência – aqui vista como condição da legitimidade do tratamento – e de indicação de um encarregado de dados pessoais.

Estes elementos explicitam claramente as condições nas quais será possível realizar o tratamento de dados pessoais e, por conseguinte, denota que todos os tratamentos que não observarem tais condições serão considerados ilegítimos ou ilícitos por violação ao direito à proteção de dados pessoais.

### 2.3.3 Segurança do tratamento

E, finalmente, ainda no art. 6º da LGPD, também estão disciplinados os princípios da segurança, correspondente à utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão e da prevenção, referente à adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

Ou seja, além de demandar que haja a possibilidade de controle do cidadão quanto ao tratamento de dados pessoais e a legitimidade para a realização desse tratamento, também afigura-se como vertente do direito à proteção de dados pessoais a segurança do tratamento a ser realizado, relacionada não só à segurança da informação em si, como também à segurança para prevenção da ocorrência de danos a outros direitos e garantias do titular de dados pessoais.

## **3 Implicações do direito à proteção de dados pessoais no direito de acesso às informações públicas**

Diante de todo o exposto, torna-se possível verificar os pontos de impacto entre o regramento do direito à proteção de dados pessoais e o direito de acesso às informações públicas. Nesse sentido, conforme ensinar David Banisar:

O acesso à informação e a proteção da privacidade são direitos destinados a ajudar o indivíduo a responsabilizar o governo. Na maioria das vezes, os dois direitos se complementam. No entanto, existem conflitos – por exemplo, as leis de privacidade geralmente são impropriamente invocadas pelos poderes governamentais. E há casos nos quais os conflitos são legítimos. Não existe uma solução simples para equilibrar os dois direitos, mas a maioria dos problemas pode ser mitigada através da

promulgação de definições claras na legislação, diretrizes, técnicas, e sistemas de fiscalização<sup>11</sup>. (BANISAR, 2011, p. 33)<sup>12</sup>

Tal análise mostra-se cada vez mais relevante no cenário nacional, na medida em que, conforme verificado em portais midiáticos e oficiais, entidades públicas e privadas vinculadas à Administração têm restringido o acesso de informações públicas, solicitadas com fundamento na LAI, sob alegação de proteção de dados pessoais nos termos da LGPD.

Não por outro motivo, a Controladoria Geral da União (“CGU”) emitiu o Enunciado nº 4, de 10 de março de 2022, afirmando que nos pedidos de acesso à informação e respectivos recursos, as decisões que tratam da publicidade de dados de pessoas naturais devem ser fundamentadas nos arts. 3º e 31 da LAI, e não na LGPD, uma vez que a LAI é norma mais específica, e, portanto, a eleita para a regência processual e material dessa espécie de solicitação administrativa.

Mais que isso, o referido Enunciado estabelece, ainda, que a LAI, a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021 (“Lei de Governo Digital”) e a LGPD *são sistematicamente compatíveis entre si e harmonizam os direitos fundamentais do acesso à informação, da intimidade e da proteção aos dados pessoais, não havendo antinomia entre seus dispositivos.*

Forçoso notar, contudo, que diante da ausência de antinomia, sequer seria necessário mencionar-se eventual especialidade da LAI em relação à LGPD, na medida em que, conforme depreendido dos conceitos anteriormente descritos, ambas as normas tutelam as informações pessoais, ainda que sob perspectivas e aplicações distintas, mas não contraditórias, de modo que se entende como plenamente possível a sua compatibilização.

Entretanto, ainda que o entendimento da compatibilização pareça ser o mais condizente com a perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico, recentes estudos empíricos apontam que entre janeiro de 2019 e janeiro de 2022, 1.744 pedidos de informações direcionados ao Poder Executivo Federal tiveram a LGPD mencionada nas solicitações, respostas ou eventuais recursos. Destes, 1.052 (60%), tiveram o acesso integralmente concedido, 278 (16%) o acesso parcialmente concedido, e 326 (19%) tiveram o acesso às

---

<sup>11</sup> Tradução livre de: Access to information and protection of privacy are both rights intended to help the individual in making government accountable. Most of the time, the two rights complement each other. However, there are conflicts—for example, privacy laws often are improperly invoked by governments. And there are cases where the conflicts are legitimate. There is no simple solution to balancing the two rights, but most issues can be mitigated through the enactment of clear definitions in legislation, guidelines, techniques, and oversight systems.

<sup>12</sup> Note-se que o autor, diferentemente da abordagem adotada neste estudo, considera o direito à proteção de dados uma evolução do direito à privacidade, e por isso utiliza o termo “privacy” no excerto transcrito. Cf. “In the information age, the right to privacy has evolved to address issues relating to the collection, use, and dissemination of personal data in information systems” (BANISAR, 2011, p. 7).

informações públicas negado em sua integralidade (RAMOS; MAZZOTE, 2022, p. 17). Assim, constata-se que dos pedidos que tiveram menção à LGPD em alguma de suas etapas, 35% tiveram o acesso às informações parcial ou completamente restringidos.

Por óbvio, e como já explanado anteriormente, o acesso às informações públicas não pode infringir outros direitos fundamentais, tal qual a proteção de dados pessoais, entretanto, o que não se pode permitir, é que a simples menção à LGPD seja considerada suficiente para afastar a aplicação de importante técnica democrática de controle e fiscalização, pela sociedade em geral, dos atos tomados pela Administração Pública.

Mas como, então, encontrar equilíbrio na garantia desses direitos?

### 3.1 Compatibilizando o direito de acesso à informação pública com o direito à proteção de dados pessoais

No âmbito da Sociedade da Informação, novos desafios na compatibilização das mencionadas garantias constitucionais se impõem. Conforme ensinam Danilo Doneda e Mario Viola:

A grande questão trazida pelo processamento automatizado de dados pessoais, no entanto, é uma extrema incerteza quanto aos reais efeitos do tratamento de dados pessoais, o que inviabiliza, em última análise, uma associação apriorística do tratamento de um dado pessoal a um determinado efeito – no caso, ao dano à imagem ou à honra, por exemplo. Esta vinculação estrita dos dados pessoais a determinados efeitos é algo cada vez mais difícil de ser proposto dada a enorme facilidade de coleta e às impossibilidades trazidas pelo tratamento de dados pessoais com técnicas capazes de extrair significados e usos capazes de influenciar diversas esferas da vida da pessoa. (VIOLA; DONEDA, 2016, p. 125-126)

Nesse sentido, a proteção meramente literal do art. 31 da LAI que visa à proteção direta dos direitos da personalidade e direitos fundamentais da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas pode ser considerada anacrônica, na medida em que diante dos avanços tecnológicos torna-se extremamente difícil determinar *a priori* os efeitos do acesso a determinados dados pessoais de alguém (VIOLA, DONEDA, 2016, p. 126).

Do mesmo modo, o desrespeito, ou a limitação do direito de acesso à informação pública também possui riscos à sociedade, visto que tal direito propicia importante ferramenta democrática de controle e fiscalização da atividade Estatal pela população, sendo que sua restrição impacta diretamente no Estado Democrático de Direito, tornando nebulosa a atividade da Administração Pública.

Poder-se-ia reconhecer que o direito à proteção de dados pessoais, em nosso ordenamento, possui regência recente e posterior ao direito ao acesso às informações públicas,

explicitados principalmente pelo art. 5º da Constituição Federal ter expresso o inciso XXXIII, referente ao direito de acesso à informação, desde a promulgação, enquanto o inciso LXXIX, do direito à proteção de dados pessoais, ter sido incluído neste ano de 2022, assim como pela LAI ser do ano de 2014 e a LGPD do ano de 2018.

Essa diferença, por si só, demonstra que este direito não se encontrava positivado no ordenamento jurídico quando da concepção e delineamento do direito de acesso às informações públicas e, conseqüentemente, não detinha relevância e contornos definidos, razão pela qual necessária a análise hodierna de suas influências recíprocas.

Contudo, a posterioridade da positivação ou regulamentação de um direito fundamental não é capaz e suficiente de afastar a aplicação de outro direito fundamental, diferentemente do que ocorre com o conflito aparente de regras ordinárias, na medida em que, no primeiro caso, os bens jurídicos tutelados possuem relevante fator da dignidade da pessoa humana que não pode ser afastado por conta de temporalidade da atividade legislativa.

É esse o entendimento de Alexy, cuja obra estabelece que:

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão (Alexy, 2015, p. 117).

Desse modo, o aparente conflito entre direitos fundamentais pode ser solucionado por meio da técnica de sopesamento. Nos termos do autor alemão, “segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015, p. 167).

Continua o autor, utilizando como exemplo a colisão entre o direito à liberdade de imprensa e à segurança nacional, afirmando que o sopesamento constitucional não se refere exclusivamente à importância que alguém confere a um ou outro direito fundamental, mas sim à definição de qual deve ser a importância dada a ambos (ALEXY, 2015, p. 169).

Nesse sentido, deve-se vislumbrar a importância tanto do direito de acesso à informação pública, quanto do direito à proteção de dados pessoais, sempre utilizando-se do grau de afetação ou não-aplicação de um dos direitos para a decisão de prevalência ou grau de aplicação dos direitos em colisão.

Tal análise perpassa, necessariamente, pelo exame da proporcionalidade dos direitos colididos, dividindo-se em proporcionalidade em sentido estrito, a adequação e necessidade. De acordo com Alexy:

Uma das teses centrais da "Teoria dos Direitos Fundamentais" é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais - as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -

, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por "otimização" na teoria dos princípios. (2015, p. 588)

Nesse sentido, por meio da técnica de sopesamento, buscar-se-á o máximo cumprimento de cada um dos direitos fundamentais em colisão, o que não necessariamente significa dizer o completo afastamento de um em detrimento do outro, mas também a medida de compatibilização de ambos no que for possível, de modo a propiciar a melhor aplicação dos direitos fundamentais de cunho principiológico, como o direito de acesso às informações públicas e o direito à proteção de dados pessoais.

Em certos pontos, a proteção de dados pessoais, no que coincide com a proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem, já tem sua compatibilidade com a LAI regrada, como pela possibilidade da divulgação de tais informações ser autorizada pelo titular dos dados por meio do consentimento expresso ou diante de previsão legal, e com a dispensa do consentimento nos casos em que as informações sejam necessárias (i) à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; (ii) à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; (iii) ao cumprimento de ordem judicial; (iv) à defesa de direitos humanos; ou (v) à proteção do interesse público e geral preponderante.

Estes pontos, no entanto, se restringem a questões relacionadas à legitimidade para o processamento de dados pessoais, com explicitação das condições e hipóteses nas quais será possível realizar determinado tratamento de dados pessoais, e, como visto, não se pode restringir apenas a isto o escopo do direito à proteção de dados pessoais.

Assim, faz-se necessário também que a entidade pública que realize o tratamento de dados pessoais, além de respeitar a LAI, seja transparente para com o titular desses dados pessoais, informando e adotando medidas proativas que permitam a este o pleno conhecimento acerca do tratamento realizado e que a ele seja facilitado o controle desses processamentos.

Novamente, é pertinente reiterar que este controle não corresponde à possibilidade de negar todo e qualquer tratamento de dados pessoais, mas, sim, convola-se para a ciência quanto aos tratamentos e, por conseguinte, aos riscos envolvidos, bem como a possibilidade de, quando aplicável, prestar seu consentimento a determinado tratamento, ou, ainda, se opor ao tratamento irregular.

E, ainda, para que seja possível a disponibilização do acesso à informação pública que porventura contenha dados pessoais, também a segurança do tratamento deve ser considerada, ou seja, a segurança da informação em si e segurança para prevenção da ocorrência de dados a outros direitos e garantias do titular de dados pessoais deverão ser observados.

Desse modo, caso seja possível identificar, por exemplo, que os dados solicitados com base na LAI não correspondem a solicitação alinhada com as finalidades de transparência e persecução do interesse público, impor-se-ia a necessidade de cautela e prevenção pela Administração Pública, por meio da solicitação, por exemplo, de informações ou justificativas complementares sobre o pedido e, na constatação do risco aos direitos e garantias dos titulares de dados pessoais, até mesmo ser negado o acesso a esses dados, sem prejuízo, por óbvio, da possibilidade da *quaestio iuris* ser levada ao Poder Judiciário para controle de eventuais abusos ou excessos na negativa de acesso e, conseqüentemente, responsabilização dos agentes administrativos.

## **Conclusão**

O direito de acesso à informação pública e o direito à proteção de dados pessoais são direitos fundamentais expressamente previstos no texto constitucional. Apesar de aparentarem possuir conteúdo contraditório, na medida em que um visa à publicidade e outro à proteção de dados pessoais, foi possível verificar que a própria legislação infraconstitucional apresenta pontos de convergência entre os institutos, de modo a propiciar a compatibilização de seus conteúdos, como a existência do art. 31 da LAI que concede, em certa medida, a proteção a informações pessoais.

Contudo, diante de eventuais colisões verificadas no caso concreto, não cabe ao administrador público simplesmente alegar a existência da LGPD como fundamento para se esquivar de seu dever constitucional de transparência estatal, como tem sido verificado em situações reais e recentes.

É preciso que o gestor público, ao receber solicitação de informações que possam afetar dados pessoais, aplique a técnica do sopesamento de Alexy, nos casos de colisão, verificando a proporcionalidade em sentido estrito da medida, assim como a adequação e necessidade da divulgação de tais informações de modo que seja possível concretizar em máxima medida a proteção aos direitos fundamentais em apreço, importantes para a proteção tanto da dignidade da pessoa humana quanto do Estado Democrático de Direito.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANISAR, David. The Right to Information and Privacy: Balancing Rights and Managing Conflicts. **World Bank Institute governance working paper series**. Washington: World Bank, 2011. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/23022>. Acesso: 20 mai. 2022.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. **Abordagens recentes da pesquisa jurídica na Sociedade da Informação**. In: O Direito na Sociedade da Informação II. PAESANI, Liliana Minardi (coord.). São Paulo: Atlas, 2009, p. 39-50.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **The future of democracy**. GRIFFIN, Roger (trad.). Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387 MC-Ref. Relatora Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 07 mai. 2020, divulgado em 11 nov. 2020, publicado 12 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controladoria-Geral da União (CGU). Gabinete do Ministro (GM). Enunciado n. 4, de 10 de março de 2022. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/67735>. Acesso em: 15 abr. 2022

BYGRAVE, Lee Andrew. **Privacy and data protection in an international perspective**. [S.I.] Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave, p. 165-200, 2010. Disponível em: <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/56-8.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e o direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota (trad.). Coimbra: Almedina, 2009.

CONSELHO DA EUROPA. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Manual da legislação europeia sobre proteção de dados**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_data\\_protection\\_Por.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_Por.pdf). Acesso em: 20 out. 2021.

DIMOULIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021.

DIMOULIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Journal of Law, [S.I.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em:

<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 9 out. 2021.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Data Protection in Brazil: New developments and Current Challenges. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (org.). **Reloading data protection: multidisciplinary insights and contemporary challenges**. Berlin: Springer, 2014.

FUSTER, Gloria González. **The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU**. Law, Governance and Technology Series, v. 16. Brussels, Belgium: Vrije Universiteit Brussels, 2014.

GELLERT, Raphaël; GUTWIRTH, Serge. **The legal construction of privacy and data protection**. Computer Law & Security Review, [S.I.:s.n.], v. 29, n. 5, p. 522–530, 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/>. Acesso em: 20 out. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo, Malheiros, 2016.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **STF RECONHECE DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS: comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393**. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 130/2020, jul.-ago. 2020, p. 471-478. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/344381892\\_STF\\_reconhece\\_direito\\_fundamental\\_a\\_protecao\\_de\\_dados](https://www.researchgate.net/publication/344381892_STF_reconhece_direito_fundamental_a_protecao_de_dados). Acesso em: 20 abr. 2022.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções**. Revista do Advogado, ano XXXIX, nº 144, p. 15-21, nov. 2019. Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/revista-do-advogado/>>. Acesso em: 20 out. 2021.

RAMOS, Maria Vitória; MAZOTTE, Natália (dir. Exec.). Relatório: **Impactos da LGPD nos pedidos de LAI ao governo federal**, produzido pela agência Fiquem Sabendo e pelo Insper, com apoio da FGV e financiamento da Fundação Heinrich Böll. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/estudo-avalia-os-impactos-da-lgpd-na-transparencia-publica/>. Acesso em: 15 mai. 2022.

RODOTÀ, Stefano. **Data Protection as a Fundamental Right**. In: GUTWIRTH, Serge et al. (eds.). Reinventing Data Protection?. Dordrecht: Springer, 2009.

SANTOS, Josilenni de Alencar Fonseca. **A proteção de dados como um direito fundamental no Brasil: uma análise da sua fundamentalidade material para a construção de uma estrutura dogmática**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Brasília, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: BIONI, Bruno. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; et. al. (coord).

**Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro.** 1. ed., 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais como limite ao acesso à informação e seu tratamento posterior. In: SARLET, Ingo Wolfgang; et. al. (coord). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

## **4 Proteção de dados e assistência a justiça gratuita: concretização de direitos por meio da inclusão digital**

### **Data protection and assistance for free justice: enforcement of rights through digital inclusion**

#### **Joseph Rodrigo Amorim Picazio**

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduando com dupla titulação em LLM (Master of Laws) in data protection: LGPD e GDPR pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa -PT/EU. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8480121283283541>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6948-239X>. São Paulo/SP, Brasil.

#### **Fernanda de Alcântara Pires**

Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU/SP. Pós-graduada em Direito de Trabalho e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Estácio. Graduada em Direito pela Centro Universitário Santo Agostinho -UniFSA/PI. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6187093349004518>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7515-0041>. Guarulhos/SP, Brasil.

#### **Resumo**

O artigo pretende estudar e evidenciar como as novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) influenciaram para a modernização do sistema jurídico brasileiro, o surgimento das leis especiais visando a proteção dos dados pessoais. Em um ciclo de avanços digitais, sobretudo, com inclusão e acessibilidade ao sistema judiciário, especialmente, garantido pela Constituição Federal de 1988. Observar os atos do exercício democrático de direito, tal qual, o acesso a assistência jurídica, singularmente, a assistência jurídica gratuita, concedida a todos os cidadãos que demonstrem efetivamente hipossuficiência financeira. Examinar os requisitos constitucionais presentes na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), no marco civil da *internet*, e sua relação com os direitos e garantias fundamentais. O estudo busca apresentar algumas noções de como os princípios constitucionais se relacionam com a LGPD, combinados com direito de acesso a justiça, da gratuidade da justiça e seus reflexos na sociedade da informação, analisando as principais normas jurídicas que regulam o funcionamento e desenvolvimento da internet no Brasil, da proteção dos dados pessoais nas redes de computadores e na internet. Compreender os princípios da lei geral de proteção de dados, sua aplicabilidade, e sua relação com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), regulamentação europeia, suas peculiaridades e semelhanças. Bem como, os efeitos positivos e negativos dos instrumentos tecnológicos (TICs), empregados para a modernização e adequação do ordenamento jurídico pátrio, a informatização dos processos e inclusão digital. Conclui-se, pelo reconhecimento das características positivas das tecnologias no ordenamento jurídico e pela inclusão, realizou-se pesquisa bibliográfica, com o objetivo que elucidar a finalidade de esclarecer o desenvolvimento do sistema eleitoral brasileiro em relação à sociedade da informação.

**Palavras-Chave:** Proteção de Dados. LGPD. Justiça Gratuita. Sociedade da Informação. Tecnologias da Informação e Comunicação. Inclusão Digital.

## **Abstract**

The article intends to study and show how the new information and communication technologies (ICTs) influenced the modernization of the Brazilian legal system. In a cycle of digital advances, especially with inclusion and accessibility to the judicial system, especially guaranteed by the federal constitution of 1988. Observe the acts of the democratic exercise of rights, such as access to legal assistance, particularly free legal assistance. Granted to all citizens who effectively demonstrate financial insufficiency. Examine the constitutional requirements present in the general data protection law (LGPD), in the civil framework of the internet, and their relationship with fundamental rights and guarantees. The study seeks to present some notions of how constitutional principles relate to the LGPD, combined with the right of access to justice. The gratuitousness of justice and its reflexes in the information society. Analyzing the main legal rules that regulate the operation and development of the internet in Brazil, the protection of personal data in computer networks and on the internet. Understand the principles of the general data protection law, its applicability, and its relationship with the General Data Protection Regulation (GDPR), European regulation, its peculiarities and similarities. As well as the positive and negative effects of ICT technological instruments, used for the modernization and adequacy of the national legal system, the computerization of processes and digital inclusion. It is concluded by the recognition of the positive characteristics of technologies in the legal system and by the inclusion, bibliographic research was carried out, with the objective of elucidating the purpose of elucidating the development of the Brazilian electoral system in relation to the information society.

**Key words:** Data Protection. GDPR Free Justice. Information Society. Information and Communication Technologies. Digital Inclusion.

## **Introdução**

O presente artigo jurídico-científico empreende uma abordagem qualitativa dos princípios constitucionais, e os princípios que regem as normas reguladores da neutralidade na rede de computadores e da proteção dos metadados, em especial, dos dados pessoais, capazes de identificar o agente fornecedor das informações.

Este trabalho procura relacionar os princípios normativos com a garantia de acesso à justiça, das mudanças de comportamento social, desencadeadas pelas novas tecnologias da informação (TICs), demonstrando como o judiciário tem utilizados as novas ferramentas digitais para promover a inclusão e acessibilidade de todos nas resoluções de suas lides, na observação dos limites normativos e da segurança jurídica, no mundo virtual.

No primeiro tópico, serão conceituados os dados pessoais, classificados e esclarecidos quais dados são abrangidos pela LGPD. Em seguida, serão abordados os elementos

constitutivos das normas do marco civil, com ênfase para a neutralidade e o consentimento na rede, bem como características da lei geral de proteção de dados, como a autodeterminação informativa, as convergências e as divergências com o regulamento geral de proteção de dados europeu, e os princípios que regem o tratamento de dados no Brasil.

No terceiro tópico, apresenta-se a conceituação de justiça gratuita, suas peculiaridades, como o acesso à justiça contribui para a garantia de ordem no mundo virtual, inclusão digital e proteção dos mais vulneráveis, propiciando a abrangência democrática, concedendo o acesso jurisprudencial a todos os cidadãos em observância os princípios constitucionais.

Deste modo, o último tópico busca apresentar um panorama do atual cenário jurídico-social em uma sociedade desigual, em que as novas tecnologias devem ser asseguradas a todos, assim como o acesso à justiça, que observado os princípios de que todos são iguais perante a lei, cabe ao judiciária a concretude e a segurança jurídica, que se concretiza com a inclusão digital como instrumento de cidadania. Realizou-se pesquisa bibliográfica, análise qualitativa e jurisprudencial dos temas abordados.

## **1 Proteção de dados**

### 1.1 Conceito e tipificação dos dados

Em 1948 foi criado o “transitor”, destacado como a segunda invenção mais importante desta década; a primeira seria o conceito de codificação de informação, nomeado como *bits*, em que, um conjunto de 8 *bits* formariam o *byte*, assim, transformavam-se em um elemento capaz de representar uma letra ou número, ou seja, um dado. Diante desta descoberta, nasceram os, chamados, dados, que são armazenados de forma digital, suprimindo a escrita manual.

Os dados da década 40 e os dados de hoje continuam os mesmos, em suas formas originárias de representar informações e conhecimentos, modificados apenas em suas estruturas e expansões.

Na sociedade da informação, todos os dados cibernéticos, que circulam nas redes de computadores, têm valor, mas alguns dados merecem mais atenção do legislador e do poder judiciário, isso, por que estes dados contêm informações personalíssimas, capazes de identificar a pessoa natural, por detrás das informações contidas nestes dados. Atualmente, as atenções se concentram nos chamados dados pessoais ou dados sensíveis, que se caracterizam como a nova matéria-prima da economia e das políticas públicas. Os países mais desenvolvidos estão trabalhando para aprimorar suas economias voltadas para os dados, a chamada “nova moeda”.

“É notório que as pessoas, atualmente, consciente ou inconscientemente, fornecem dados pessoais para as mais diferentes atividades, que são coletadas e tratadas com vistas ao interesse público.

Diante da proeminência dos dados pessoais na sociedade atual, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, com intuito de fornecer às pessoas, um efetivo controle de seus dados pessoais, no qual considera dado pessoal como a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. A lei também denomina dado pessoal sensível, relacionando-os aos dados sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Nas palavras de Viviane Maldonado e Renato Opice Blum:

“O Brasil adotou o conceito expansionista de dado pessoal, pelo qual, não somente a informação relativa à pessoa diretamente identificada estará protegida pela Lei, mas também, aquela informação que possa – tem o potencial de – tornar a pessoa identificável. Assim, nome, prenome, RG, CPF, título de eleitor, número de passaporte, endereço, estado civil, gênero, profissão, origem social e étnica; informações relativas à saúde, à genética, à orientação sexual, às convicções políticas, religiosas e filosóficas; números de telefone, registros de ligações, protocolos de internet, registros de conexão, registros de acesso a aplicações de internet, contas de e-mail, cookies, hábitos, gostos e interesses, são apenas alguns exemplos de dados pessoais que pautam a atual vida em sociedade”. (MALDONATO, BLUM, 2019, p. 89-90).

Similar ao entendimento de Rafael Fernandes Maciel:

Dado pessoal é toda informação que pode identificar um indivíduo ainda que não diretamente. Portanto, incluem-se na referida definição, por exemplo, os números de Internet Protocol - IP, número de identificação de funcionário dentro de uma empresa, e até mesmo características físicas. Isso em razão da presença do léxico “identificável”, que amplia a definição de dados pessoais. (...) Há dados que sozinhos não podem identificar uma pessoa, porém quando agregados a outros passam a ter essa capacidade. Nessa hipótese, também devem ser considerados dados pessoais. Nomes de empresas, CNPJ e informações que não sejam relacionadas à pessoa natural não são dados pessoais. (MACIEL, 2019, p.19).

Assim, ressaltamos que a LGPD reforça o termo “Dados Pessoais”, não deixando margem para interpretações equivocadas sobre dados secundários, algoritmos, segredos de negócio e semelhantes, que possuem embasamentos legais em demais diplomas, como a Lei de Direitos Autorais e a Lei de Propriedade Industrial.

## 2 A constitucionalidade da proteção de dados

A Constituição brasileira de 1988 apresenta em seu texto diversos dispositivos que garantem a proteção à privacidade e a inviolabilidade do sigilo de diversas fontes de comunicação, inclusive de dados, conforme se afere, no artigo 5º, inciso XII. Entretanto, os dados, em 1988, podiam ter conotações sensivelmente diferente dos dados em ambiente cibernéticos, atualmente colhidos e armazenados nas redes de *internet*, tendo em vista que, na década de 80 e início de 90, a *internet* estava dando os primeiros passos, no Brasil.

De fato, o primeiro contato do brasileiro com a *internet* ocorreu em 1988, ano da promulgação da Constituição vigente. De acordo com o Jornalista Eduardo Vieira, em seu livro *Os Bastidores da Internet no Brasil*,

(...) em 1988, quando a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), ligada à secretaria Estadual de Ciência e tecnologia, realizou a primeira conexão à rede através de uma parceria com a Fermilab, um dos mais importantes centros de pesquisa científica dos Estados Unidos. A façanha coube aos professores Oscar Sala e Flávio Fava de Moraes, da Universidade de São Paulo (USP), [...]. (VIERA, 2003, p. 8)

Assim, a *internet* evolui a passos largos no país, trazendo consigo diversas modificações no modo de nos comunicarmos e nos organizarmos socialmente. Com isso, surgiu a necessidade de regulamentação, principalmente da parte mais vulnerável (a pessoa física, o consumidor, o trabalhador), leia-se, o cidadão comum.

Mesmo com a existência de leis ordinárias regulando o tratamento de dados pessoais no Brasil, não constava, na carta magna, o termo “meios digitais” para fazer referência aos dados que são armazenados no mundo cibernético, até que, em 10.02.2022, o direito à proteção de dados pessoais foi inserido expressamente no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 115/2022, através do inciso LXXIX, nos seguintes termos: "É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais".

Outrossim, a proteção de dados nos meios digitais, agora inclusa no rol dos direitos e garantias fundamentais, valida a tese de importância e adequação de uma especificação mais consonante com os dias atuais, não cabendo margem para interpretações inequívocas, sobre a constitucionalidade da proteção de dados no Brasil.

## 2.1 Marco Cível da *Internet* e o Consentimento

O Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014 – MCI), é um conjunto de normas que regulam o uso da internet no Brasil, tem como princípios essenciais: i) a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento; ii) a proteção da privacidade dos usuários e de seus dados pessoais e iii) a garantia da neutralidade da rede.

Define as regras, os direitos e deveres dos provedores e usuários de *internet* no país, e foi o primeiro ato normativo a se debruçar sobre o tema da proteção de “dados pessoais” estabelecendo princípios e garantias, antes mesmo da LGPD entrar em vigor.

O Art. 7º, incisos I, II, III), preveem: (i) inviolabilidade da intimidade e da vida privada (ii) a preservação do sigilo das comunicações privadas transmitidas ou armazenadas, (iii) a proteção contra o fornecimento de dados pessoais coletados pela internet a terceiros sem prévio consentimento do titular, (iv) o direito a informações claras e completas sobre o tratamento de dados pessoais, e (v) a prerrogativa do consentimento expresso e destacado sobre o tratamento destes (Art. 7º, XI).

A *internet*, conectada à rede mundial de computadores esta relacionada a um novo modo de informacionalíssimo inerente à sociedade da informação, e sua regulamentação é um desafio para todas as sociedades e governos, tendo em vista sua característica difusa e não controlada por um ente determinado, conforme descreve Lílana Minardi Paesani;

A utilização dos computadores determinou uma transformação qualitativa nos efeitos decorrentes da coleta de informações. A tecnologia, com a inserção de mecanismos cada vez mais sofisticados de difusão de informações, tem contribuído para um estreitamento crescente do circuito privado, na medida em que possibilita, até a longa distância, a penetração na intimidade da pessoa. Hoje, não é o governo que ameaça a privacidade – é o comércio pela Internet. A web transformou-se num mercado e, nesse processo, fez a privacidade passar de um direito a um commodity. O poder informático indica não só a possibilidade de acumular informações em quantidade ilimitada sobre a vida de cada indivíduo, isto é, suas condições físicas, mentais, econômicas ou suas opiniões religiosas e políticas, mas também de confrontar, agregar, rejeitar e comunicar as informações assim obtidas. (PAESANI, 2014, p. 37)

Destarte, que o consentimento, ato primordial para a LGPD, é o fundamento do princípio da autodeterminação, como veremos adiante. Nasce antes mesmo da promulgação da lei geral de proteção de dados, esta, por sua vez, mais detalhada ao tratamento e a proteção de dados pessoais, inclusive, definidos os dados sensíveis e garantindo-lhes especial proteção, daí, se extrai a importância de compreender a proteção de dados pessoais como um todo, pois ambas subsistem no ordenamento jurídico e se complementam, na medida em que se faz necessário.

## 2.2 Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados representa um marco histórico na regulamentação sobre o tratamento de dados pessoais, no Brasil. O objetivo principal da Lei Geral de Proteção de Dados é resguardar a privacidade de dados e informações de uma pessoa física ou jurídica de direito público ou privado.

Assim, elencaremos os principais conceitos da lei geral de proteção de dados.

Como visto, dado pessoal é qualquer informação relativa à pessoa “identificada ou identificável” e, dado pessoal sensível, é informação relativa à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização, saúde, vida sexual ou dado genético ou biométrico. Os dados também podem ser anonimizados, como veremos adiante, é relativo à um titular que não possa ser identificado, estes dados são inseridos em um Banco de dados, que é o conjunto estruturado de informações pessoais, sobre uma pessoa natural “Titular”, que é a pessoa a quem se referem os dados.

A LGPD, designa responsabilidade e obrigações especiais a três entes específicos, são eles: o Controlador, que é a pessoa responsável por tomar as decisões referentes a tratamento de dados; o Operador é quem executa o tratamento em nome do controlador; e o Encarregado é a pessoa responsável pela comunicação entre as três partes, o controlador e o operador (empresa), o titular e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Dentre as principais responsabilidades podemos destacar, o Consentimento, que é a manifestação livre pela qual o titular permite o uso dos dados (o ônus da prova cabe ao controlador), e o Relatório de impacto à proteção de dados pessoais é a documentação do controlador descrevendo o processo de tratamento dos dados que podem gerar risco às liberdades civis.

Quanto aos titulares, a LGPD, por meio da autodeterminação informativa, empodera o cidadão a determinar se quer que seus dados sejam tratados ou não. Entre os principais direitos dos titulares, podemos elencar; a confirmação da existência do tratamento dos dados, o acesso aos dados, correção, anonimização, bloqueio ou eliminação de dados, solicitar informações sobre com quais entidades públicas ou privadas o controlador compartilhou os dados e pedir a revogação do consentimento.

No que diz respeito ao setor público, a LGPD apresenta uma base fundamental para o correto processamento de dados pessoais dentro do setor, conceituada como “Base de Interesse Público”. Ela apresenta as normas direcionadas a administração pública, definindo como a

atividade de tratamento, processamento e compartilhamento de dados deve ocorrer, dentro dos limites imposto à execução das mais diversas políticas públicas.

Por fim, observa-se que o legislador teve a preocupação de estabelecer que não existiria contradição ou conflito entre a LGPD e as legislações específicas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Pois, a LGPD, lei 13.709/18, em seu artigo 64, dispõe que os direitos e princípios expressos na norma não excluem outros, previstos no ordenamento jurídico pátrio.

### 2.2.1 Influência europeia GDPR

A LGPD teve como inspiração a *General Data Protection Regulation* (GDPR), que é um conjunto de regras sobre privacidade e proteção de dados para a União Europeia, desde 2016. A GDPR, de fato, obrigou o Brasil a criar sua legislação, diante das restrições europeias para a troca de dados, a não regulamentação de legislação específica de proteção de dados acarretaria prejuízos econômicos ao Brasil (BIONI, 2018, *online*).

A LGPD e a GDPR possuem paridades em alguns pontos de suas legislações, ambas se aplicam às pessoas físicas ou jurídicas, que utilizam de seus dados, dentro de suas respectivas competências territoriais, a LGPD em território Brasileiro e GDPR em território da União Europeia, ambas conceituem dados pessoais na mesma vertente, também possuem peculiaridades próprias a cada delas, diferenças concisas como na quantidade de bases legais para tratamento de dados, nos princípios norteadores da lei, na relação entre controlador de dados e operador de dados, no registro de tratamento de dados, na segurança e violações de dados, na transferência internacional de dados pessoais, na avaliação de impacto sobre a proteção de dados, no que diz a respeito do encarregado de dados e, por fim, quanto as penalidades e sanções.

Assim, tendo objetivos similares e grande influência da GDPR sobre os legisladores brasileiros a algumas diferenças relevantes, dentre elas, o papel do encarregado de proteção de dados.

De acordo com Richie Koch,

Ambos os textos legais demandam que os negócios e as organizações contratem um encarregado de proteção de dados. No entanto, enquanto a GDPR define quando um encarregado é necessário, o artigo 41 da LGPD diz, simplesmente: “O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais”, o que sugere que qualquer organização que processa dados de pessoas no Brasil terá de contratar alguém para tal posto. Esta é outra área que provavelmente receberá maior

clarificação, mas da forma como está escrito, é uma das áreas onde a LGPD é mais rígida que a GDPR. (KOCH, 2019, *online*)<sup>13</sup>

E continua, “possivelmente a mais significativa diferença entre a LGPD e o GDPR recai sobre o que se qualifica como base legal para processar dados”. O GDPR tem seis bases legais para o processamento, e um controlador de dados deve escolher uma delas como justificativa para utilizar a informação de um titular de dados. No entanto, no seu artigo 7º, a LGPD lista dez. São eles: i) Mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; ii) Para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; iii) Pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do capítulo IV da Lei; iv) Para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; v) Quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; vi) Para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); vii) Para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; viii) Para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ix) Quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; x) Para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Outras diferenças residem em a LGPD ter a proteção do crédito como base legal para o processamento de dados, isso, de fato, uma diferença substancial em relação ao GDPR.

Quanto aos princípios, a GDPR estabelece seis princípios de tratamento: a licitude, lealdade, limitação das finalidades, transparência, minimização dos dados, exatidão, limitação da conservação, integridade, confiabilidade e responsabilidade. No entanto, a LGPD especifica dez princípios: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e, por fim, responsabilização, assim, as organizações deverão garantir o tratamento de dados de acordo com os princípios estabelecidos.

Quanto à relação entre controlador e operador, a GDPR é mais rígida para relação controlador-operador, exigindo um contrato com condições específicas ou condições legais

---

<sup>13</sup> Disponível em <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/lgpd-versao-brasileira-gdpr-dados-pessoais>. Acesso em: 25 mar. 2022.

para o tratamento de dados; a LGPD requer somente que o operador execute o tratamento dos dados conforme orientação do controlador e que o controlador verifique a conformidade do operador.

Tanto a LGPD quanto a GDPR exigem que as organizações mantenham registros de suas atividades de tratamento; o que se acrescenta no GDPR especifica de forma mais detalhada as informações sujeitas a manutenção de registros.

Quanto a segurança e violação de dados, tanto a GDPR quanto a LGPD exigem que os controladores e operadores implementem medidas de segurança apropriadas para proteger os dados pessoais. A LGPD determina que a ANPD emita orientações, determina também que a ANPD e o titular do dado, em caso de ocorrência de violação, sejam informados; a GDPR normatiza as medidas, além de determinar que a comunicação com autoridade de dados ocorra em 72 horas da violação de dados e dispensa a comunicação, de acordo com a severidade do evento, ao passo que, a LGPD não determina nenhum limite de tempo, apenas fazendo referência a um prazo razoável.

Ambas as legislações impõem restrições a transferências internacionais de dados para outros países ou organizações internacionais, contudo, também apresentam diferenças no que diz a respeito à Autoridade Nacional de Proteção de Dados do Brasil, no qual ainda deve estabelecer as regras de transferências.

No que se refere à avaliação de impacto sobre a proteção de Dados, a LGPD exige que o controlador de dados faça uma avaliação de impacto para avaliar os riscos de certas atividades de tratamento, no entanto, deixou na responsabilidade da ANPD, em determinar quando essa avaliação seja necessária; já a GDPR, determina que o controlador de dados realize uma avaliação de impacto para avaliar os riscos e detalhar quando requer tal avaliação e o que devem cobrir.

No que concerne à nomeação dos DPOs “encarregados de proteção de dados”, ambas exigem nomeação de responsáveis pela proteção de dados, enquanto a LGPD exige apenas que os controladores o façam, a GDPR estabelece que tanto os controladores quanto os operadores nomeiem os DPOs.

E, por fim, no que toca as penalidades e sanções, a LGPD e a GDPR definem multas, sanções e processos civis a controladores e operadores, de acordo com o tipo de evento e severidade, as penalidades ou sanções específicas de cada lei são diferentes.

Certo é que, ainda há muito o que progredir em relação às atividades que se utilizam os dados pessoais, portanto, a LGPD irá evoluir, assim como a GDPR vem evoluindo na União Europeia.

## 2.2.2 A autodeterminação Informativa

A autodeterminação informativa presente na LGPD, no seu artigo 2º, é fundamento basilar para a matéria de proteção de dados, corresponde ao poder do próprio indivíduo, titular dos dados, de decidir por ele mesmo, se seus dados serão coletados, tratados ou compartilhado, por terceiro ou pelo Estado, de acordo com o caso concreto, e com a finalidade que se deseja alcançar. Está diretamente ligado ao princípio da dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.

O conceito de autodeterminação informativa foi fabricado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1983, em um caso emblemático envolvendo o recenseamento da população alemã, na ocasião o censo estava colhendo informação que iam além do número total de habitantes, os dados coletados tinham informações como nome, endereço, idade, sexo, profissão e moradia, capazes de identificar os cidadãos por meio dos dados íntimos. Todavia a Corte Constitucional alemã julgou parcialmente procedentes as reclamações, determinando a manutenção do censo por meios que assegurassem a proteção e segurança dos dados, proibindo a transferência de algumas informações, como nome e endereço dos cidadãos para outros órgãos da administração. Essa decisão fixou uma série de diretrizes acerca da proteção de dados que passariam a influenciar diversos ordenamentos jurídicos. Um dos direitos consagrados em tal decisão foi o da autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*).

A autodeterminação certifica que o titular tenha domínio sobre os seus dados pessoais, ainda que o tratamento dessas informações seja legítimo. O seu reconhecimento assegura que todos os dados pessoais sejam protegidos, indo além do conceito direito de personalidade, trazendo a privacidade para o âmbito procedimental.

Ingo Sarlet, entende que, a relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana é, em certo sentido:

[...] dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima é indispensável. (SARLET, 2021, *online*)<sup>14</sup>

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) 6387, proferiu decisão histórica ao reconhecer o direito à

---

<sup>14</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-16/direitos-fundamentais-protECAO-dados-alem-privacidade-autodeterminacao-informacional> Acesso em: 25 mar. 2022.

autodeterminação informativa no ordenamento jurídico. A referida ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face da Medida Provisória 954/2020, que previu o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o IBGE para produção de estatísticas oficiais durante a pandemia<sup>15</sup>.

Isto posto, a proteção do titular dos dados, se faz imprescindível, consistindo, a autodeterminação, o principal instrumento de concretização dos direitos dos titulares de dados, no exercício da democracia informativa e interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de coibir o uso indevido de informações pessoais, que possam identificar o titular, resultando em uma vulnerabilidade do titular dos dados no mundo cibernético, podendo, inclusive, ser vítima de fraudes. A autodeterminação se exterioriza pelo consentimento explícito, para um fim definido, que, por sua vez, só pode ser suprimido quando for imprescindível para cumprimento de uma obrigação legal.

### 2.2.3 Princípios do Tratamento de Dados no Brasil

Visando o correto tratamento de dados, dentro da legalidade, respeitando os limites impostos pela LGPD, devemos, sobretudo, observar os princípios jurídicos que regem o tratamento de dados pessoais no Brasil. O professor Marcio Pestana apresenta o seguinte conceito de princípios jurídicos:

[...] representam uma categoria expressional, construída pelo homem, segundo os valores considerados importantes e relevantes em uma sociedade acerca de determinados sujeitos, objetos e das relações que estabelecem entre si, assim reconhecidos pela ordem jurídica, os quais reúnem, em seu entorno, os enunciados e normas jurídicas voltadas para prescrever condutas e disciplinar as relações intersubjetivas.

[...] conhecer princípios equivale a conhecer a essência da matéria sob atenção, facilitando, sobremaneira, a dissecação do objeto sob estudo. Desconhecer os princípios, ao reverso, é caminhar tateantemente por entre disposições e preceptivos, sem visão de largueza e amplitude, prejudicando, com tons de definitividade, a possibilidade que se encerra de investigar-se e aprofundadamente conhecer-se o objeto. (PESTANA, 2020, *online*)<sup>16</sup>

Por conseguinte, de acordo com o portal (gov.br) do Ministério da Cidadania, atualizado em 04.05.2021, os princípios que regem a Lei 13.709/18, Lei Geral de Proteção de dados - LGPD são os seguintes: (i) Finalidade: a realização do tratamento deve ocorrer para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao(à) titular, sem possibilidade de

<sup>15</sup> ADI 6387 MC-Ref, Relatora: Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, processo eletrônico DJe-270, divulgado em 11/11/2020, publicado em 12/11/2020

<sup>16</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/marcio-pestana-principios-tratamento-dados-lgpd#author> Acesso em: 25 mar. 2022.

tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; (ii) Adequação: a compatibilidade do tratamento deve ocorrer conforme as finalidades informadas ao(à) titular, de acordo com o contexto do tratamento; (iii) Necessidade: o tratamento deve se limitar à realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; (iv) Livre acesso: é a garantia dada aos(às) titulares de consulta livre, de forma facilitada e gratuita, à forma e à duração do tratamento, bem como à integralidade de seus dados pessoais; (v) Qualidade dos dados: é a garantia dada aos(às) titulares de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; (vi) Transparência: é a garantia dada aos(às) titulares de que terão informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; (vii) Segurança: trata-se da utilização de medidas técnicas e administrativas qualificadas para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; (viii) Prevenção: compreende a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos por causa do tratamento de dados pessoais; (ix) Não discriminação: sustenta que o tratamento dos dados não pode ser realizado para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos; (x) Responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo Controlador ou pelo Operador, de todas as medidas eficazes e capazes de comprovar o cumprimento da lei e a eficácia das medidas aplicadas.

Vale ressaltar que a boa-fé na coleta, tratamento e compartilhamento de dados pessoais é premissa básica, e deve ser observada em todos os atos e procedimentos. Os princípios da LGPD estão em plena consonância com os princípios constitucionais, confirmando a importância de sua aplicação em todos os atos relacionados a LGPD, e o bom uso do direito.

### **3 Do direito de acesso à justiça**

#### **3.1 Gratuidade da Justiça e o Exercício da Cidadania**

Para que a LGPD tenha total efetividade e alcance, é necessário que o acesso à justiça seja uma garantia, que, para além dos abismos sociais e econômicos do nosso país, todos possam acessá-la, como exercício pleno de cidadania. Em um ideal de igualdade apregoado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, que dispõe; “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, (...)”. Entretanto, em um país tão desigual, como o Brasil, e principalmente para as populações mais carentes e vulneráveis, o acesso à justiça ainda é uma realidade distante, seja por falta de informação, ou pela crença que somente os mais abastados podem bancar um processo judicial, uma ideia comum que as pessoas têm no imaginário, que não vale a pena correr atrás de direitos contra grandes empresas ou poderes econômicos, por que eles sempre terão mais chances, ou por não poder pagar um serviço de advocacia, o que causa grande prejuízo ao exercício da cidadania, e um sentimento de injustiça e ausência do Estado.

O direito de acesso à justiça, para Augusto Tavares e Rosa Marcacini, depende dos seguintes pressupostos:

- (...), direito a informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômico do País.
- (...), direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa.
- (...), direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos.
- (...), direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características. (TAVARES e MARCACINI, 2001, p. 21-146)

Como as pessoas, em especial, as de baixa renda, hipossuficientes economicamente e sem entendimento jurídico, poderão exercer seus direitos e sua cidadania plena?

Para Dallari (1998, p. 14), o conceito de cidadania está estreitamente ligado à garantia das condições básicas do exercício político. Seriam necessários direitos fundamentais, garantidos pela constituição, para que seja efetivada a participação do cidadão ativamente, da vida e do governo de seu povo.

Tudo passa pela conscientização, educação e o próprio exercício de cidadania. O acesso à justiça é uma garantia de todos e para todos, de forma que a justiça tem mecanismos próprios de facilitação de acesso aos menos favorecidos economicamente, como a Justiça gratuita, a assistência judiciária e a assistência jurídica.

Ainda sobre o tema do exercício de cidadania, Touraine (1998, p. 93) afirmava que a responsabilidade do cidadão é alicerce para a democracia efetiva e conseqüente cidadania plena. A ideia de coletividade política como fator básico para a integração de uma sociedade, seria permitida através de direitos e garantias que marcam a identidade do cidadão:

- Não há cidadania sem a consciência de filiação a uma coletividade política, na maior parte dos casos, a uma nação, assim como a um Município, a uma região, ou ainda a um conjunto federal. (...) Assim, o termo cidadania refere-se diretamente ao Estado Nacional. (TOURAINÉ, 1998, p. 93)

A Justiça gratuita está descrita no artigo “Art. 5º, inciso LXXIV, determinando que; “[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;” e no Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 98, que prevê; “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”. Ela abarca a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas aos atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário.

Outrossim, para melhor compreensão sobre o assunto, Pontes de Miranda faz uma breve diferenciação sobre o tema da Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita, o qual se manifesta nos seguintes termos:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo. Para deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da própria causa. (MIRANDA, 1971, p. 383)

Neste mesmo sentido, em busca da concretização do acesso à justiça, o Estado deve oferecer a assistência judiciária, que consiste na defesa do assistido em juízo, por agentes como Defensoria Pública, Procuradoria e convênios com a ordem dos advogados. Bem como a assistência jurídica, que é um termo mais amplo, comporta todo o serviço provido pela assistência judiciária, além de todo um aparato de conscientização e serviços jurídicos não relacionados ao processo, como orientações extraprocessuais, esclarecimento de dúvidas, programa de informação a toda comunidade.

### 3.2 A gratuidade da justiça e a inclusão digital

Em uma sociedade da informação, caracterizada pelo dinamismo das relações, pela utilização das tecnologias da informação e comunicação (TICs), a integração das pessoas na sociedade e o próprio conceito de dignidade humana estão relacionados ao acesso à *internet* e aos meios de integração digital, o respectivo exercício da cidadania passa pelos meios digitais, pois estão relacionados ao convívio social, a participação do atos e processos democráticos e nos dias atuais ao próprio acesso à justiça de modo que o exercício pleno de cidadania está intrinsecamente relacionado ao conceito de inclusão digital, a informatização dos dados pessoais, dos órgãos públicos e dos serviços prestados por estes entes governamentais.

Os dados da pesquisa TIC Domicílios 2018 (Comitê Gestor da Internet no Brasil [CGI.br], 2019) são enfáticos, ao apontar que o acesso à *Internet* no Brasil é desigual e excludente: enquanto 99% dos domicílios de classe A, e 94% de classe B, possuíam acesso à *Internet*, somente 40% dos domicílios das classes D e E estavam conectados. Apesar de o índice ter crescido – em 2008, apenas 1% dos domicílios das classes D e E possuíam *Internet* (CGI.br, 2009) –, a diferença no acesso das classes sociais permaneceu enorme. No total, 33% dos domicílios brasileiros ainda não possuíam acesso à *Internet*.

De fato, o acesso à *internet* é um direito positivado no ordenamento pátrio, o Marco Civil da *Internet*, no seu artigo 4º, inciso I, disciplina a matéria esclarecendo que o direito de acesso à *internet* é de todos.

Posto isso, e em vista da digitalização dos atos processuais, do acesso aos órgãos judiciais que a cada dia estão mais virtuais do que necessariamente físicos, se faz impreterível a promoção de políticas públicas de inclusão digital, possibilitando que todos possam usufruir dos recursos tecnológicos tão vitais para o exercício irrestrito da cidadania. A LGPD nos apresenta diversas formas de proteção dos dados pessoais, da utilização e regulação do tratamento de dados, entretanto, boa parcela da população segue sem acesso a informações contidas na *internet*, seja por falta de ferramentas tecnológicas ou falta de acesso as redes, de forma que o acompanhamento de como os seus dados estão sendo utilizados fica prejudicado, como poderão acessar a justiça cobrando um direito ou a violação deste, se o próprio meio de acesso e verificação não são acessíveis.

A justiça gratuita é uma ferramenta importante de facilitação de acesso à justiça, como demonstra parte da clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 11-12). *El acceso a la justicia*, em breve síntese afirmam que; a partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente abandonaram a visão individualista dos direitos refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos dezoito e dezenove. Defendendo a ideia de que o movimento evolutivo do entendimento jurisprudencial se fez no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. De acordo com os autores, esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Outrossim, estes direitos estão garantidos nas constituições atuais, como exemplo dos direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos estes direitos sociais básicos.

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha garantido particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentidos, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O acesso ao conhecimento, informação e o direito de acesso à justiça, passam pelas novas tecnologias sendo imprescindível a promoção de ambos para não incorrer em limitação da autonomia e de exercício de direitos. Sobre a limitação do exercício de direitos, desigualdade na sociedade da informação, concretização de direitos e ação estatal, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os direitos a prestações de modo geral (em sentido amplo e estrito) se encontram a serviço de uma concepção globalizante e complexa do ser humano e de sua posição no e perante o Estado, que justamente parte do pressuposto de que a proteção da igualdade e da liberdade apenas faz sentido quando não limitada a uma dimensão meramente jurídico-formal, mas, sim, enquanto concebida como igualdade de oportunidade e liberdade real de exercício da autonomia individual e de efetiva possibilidade de participação na formação da vontade estatal e nos recursos colocados à disposição da comunidade. (SARLET, 2011, p.188-9)

A análise da importância de tal garantia, merece reflexão, conforme Anselmo Prieto Alvarez, ressalta:

Num país onde temos como regra a pobreza de sua população, poderíamos afirmar que a assistência jurídica gratuita, em sua real acepção, é por certo tão importante quanto à liberdade de expressão, vez que do que adiantaria termos assegurada tal liberdade se, caso violada, o lesado, sendo hipossuficiente, nada pudesse fazer para rechaçá-la? (ALVARES, 2000, *online*)<sup>17</sup>

Todavia, se tratando de direitos inerentes a proteção de dados, é necessário a ampliação de acesso e inclusão digital por meio de políticas públicas que propiciem meios de acesso as novas tecnologias da informação e comunicação, acompanhadas de educação digital. As pessoas, de modo geral, precisam entender o que significa a autodeterminação, os limites do controlador de dados, qual o papel da ANPD, para, assim, exercerem sua cidadania plena, cobrar seus direitos e exercerem seus deveres com segurança.

---

<sup>17</sup> Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/moderna.htm#:~:text=Num%20pa%C3%ADs%20onde%20temos%20como,lesado%2C%20sendo%20hipossuficiente%2C%20nada%20pude sse>. Acesso em: 19 mar. 2022.

### 3.3 LGPD e Justiça, a Gratuidade da Justiça para Pessoa Jurídica

Com o objetivo de tornar os processos judiciais mais céleres e acessíveis, em 2006 foi instituída a lei nº 11.419/2006, dando início ao processo de informatização do processo judicial. Não adentraremos no contexto histórico do processo digital judicial, ou dos meios alternativos de dissolução de conflitos, que sabidamente, já operam no mundo virtual e se utilizam das TICs para facilitar o seu acesso; mas nos aspectos relacionados à concretização da justiça social em relação às novas tecnologias empregadas no judiciário e na sociedade privada, direcionado a pessoa jurídica, de acordo com Débora Minuncio Nascimento:

Define-se pessoa jurídica como sendo um conjunto de pessoas ou bens que possuem personalidade jurídica própria, com licitude de propósitos ou fins e capacidade jurídica na forma legal. Conforme artigo 40, 41 e 44 do Código Civil, as pessoas jurídicas de direito público são a União, Estados, Distrito Federal e territórios, Municípios, autarquias inclusive as associações públicas, demais entidades de caráter público criadas por lei, os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público. Considera-se pessoa jurídica de direito privado as associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos, empresas individuais de responsabilidade limitada. (NASCIMENTO, 2019 *online*)<sup>18</sup>

Contextualizando o cenário atual, em face da necessidade de integração tecnológica e tendo em consideração que a LGPD implica em investimentos de infraestrutura de segurança, a chamada cibersegurança que tem por objetivo a prevenção, para atenuar os danos causados por possíveis vazamento de dados. É certo afirmar que isso, de imediato, trará um certo custo de adequação às empresas, em especial, as empresas de pequeno porte, que, mesmo sendo pequenas ou micro, precisam coletar e tratar dados de seus clientes.

Algumas empresas que necessitam coletar e processar dados pessoais podem optar pela anonimização dos dados, prática que já ocorre no ordenamento europeu, de acordo com Pedro Silveira Campos Soares:

[...] No âmbito europeu, a questão foi esclarecida por um órgão técnico consultivo sobre privacidade, no Parecer 05/2014 sobre Técnicas de Anonimização, segundo o qual não são considerados anônimos os dados que permitam a individualização da pessoa (*singling-out*); permitam estabelecer vínculos com outros dados que, por sua vez, possibilitem a identificação da pessoa (*linkability*); ou possuam elementos que permitam inferir dados pessoais (*inference*). (SOARES, 2019, *online*)<sup>19</sup>

No Brasil, a aceção de titulares de dados pessoais está relacionado apenas com pessoas naturais, de forma que as pessoas jurídicas excluem-se deste conceito. A anonimização de dados está disposta na LGPD, no inciso XI do artigo 5º, que determina; “a utilização de

<sup>18</sup> Disponível em: <https://advocaciadeboramn.jusbrasil.com.br/artigos/728965462/conceito-de-dados-pessoais-abarcados-pela-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd>. Acesso em: 20 mai. 2022.

<sup>19</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-10/pedro-soares-anonimizacao-lei-geral-protecao-dados>>. Acesso em: 4 mai. 2022.

meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”. E no artigo 7º, que dispõe; “para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, sua anonimização”.

Entretanto, o processo de adequação, cibersegurança e anonimização gerem um custo alto para as empresas, que nem sempre têm lastro econômico para implementá-la, partindo daí, a importância de assegurar o acesso ao judiciário de empresas que passam por dificuldades financeiras.

A gratuidade da justiça para pessoa jurídica já foi pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que concluiu que a pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, tem direito ao benefício da justiça gratuita, desde que demonstre a impossibilidade de arcar com os encargos processuais. Nesse sentido, é a Súmula nº 481/STJ.

Atualmente, a hipossuficiência econômica pode ser demonstrada pelo balanço patrimonial da empresa, que é o instrumento mais utilizado para demonstrar que, de fato, não há condições de custear as despesas do processo sem que haja o comprometimento de suas atividades, ou a apresentação de declaração de renda junto à Receita Federal, ou, ainda, a comprovação de bens penhorados em processo de execução.

Neste contexto, a gratuidade da justiça para empresas que demonstrem hipossuficiência econômica para custear as despesas processuais e honorários advocatícios, são, de certa forma, um benefício de integração e acessibilidade da pessoa jurídica ao sistema judiciário, viabilizando segurança jurídica para empresários que vêm passando por dificuldades financeiras, principalmente em face da pandemia por Covid-19, que causou grande impacto econômico a muitas empresas e comerciantes pessoa jurídica. Assim, o acesso à justiça se torna mais acessível e democrático, possibilitando que a justiça esteja ao alcance de todos.

## **Conclusão**

A justiça gratuita é um instituto fundamental para concretização da cidadania, da justiça social, da segurança jurídica, e da observação do Estado democrático de direito, e funciona como uma garantidora de preceitos fundamentais e da tutela jurisdicional.

Estes questionamentos ficam evidente quando do exercício e aplicação da própria LGPD, que trouxe consigo avanços significativos na proteção dos dados cibernéticos, especialmente, os dados sensíveis. Todavia, a concretização de direitos voltados a sociedade da informação, a cidadania digital e a justiça social digital, necessitam, impreterivelmente, de

inclusão. O acesso às TICs é um aspecto que não pode ser negligenciado, poeto que, o uso das tecnologias da informação, nos dias atuais, são mais do que uma escolha ou opção, elas representam meios de integração social e pressupõem o próprio exercício de direitos fundamentais, implícitos e explícitos, na nossa Constituição, como o direito de acesso a *internet*, liberdade de expressão, livre manifestação do pensamento, direito de acesso as informações, dentre tantos princípios que dignificam e garantem direitos essenciais à vida em sociedade.

Nesse contexto, concluímos que, para uma efetiva proteção jurídica, social e protetiva dos cidadãos, e imprescindível políticas públicas de inclusão digital, criação de meios concretos de combate à desigualdade digital, especialmente tendo em vista diversos serviços públicos, que se utilizam quase que exclusivamente do uso da internet e das novas tecnologias da informação, a exclusão digital neste ponto, impossibilita o próprio exercício dos direitos fundamentais.

Por fim, ressaltamos que o benefício da justiça gratuita assegura direitos constitucionais, civis e sociais, configurando-se como ferramenta de acessibilidade aos necessitados e hipossuficientes, que vivendo em sociedade da informação, necessitam de proteção jurídica, notadamente para o livre exercício da cidadania, proteção de dados pessoais que possam ferir a intimidade e a privacidade individual, elencando que a autodeterminação e as garantias fundamentais se efetivam com o conhecimento fruto de educação e inclusão digital.

## Referências

- ALVAREZ, Anselmo Pietro. **Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/moderna.htm>
- BARBIERI, Carlos. **Governança de Dados: Práticas Conceitos e Novos Caminhos**. Rio de Janeiro. Alta Books, 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. **De 2010 a 2018: a discussão brasileira sobre uma lei geral de proteção de dados pessoais**. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/acao-a-informacao/perguntas-frequentes-2013-anpd#a3>. Acesso em: 19 abr. 2022.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 06 abr. 2022.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CGI.br - Comitê Gestor da Internet no Brasil. (2019). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC Domicílios 2018**. São Paulo: CGI.br. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic\\_dom\\_](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_)
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FREITAS, Daniel Paulo Paiva. **Proteção e Governança de Dados**. Curitiba: Contentus, 2020.
- HARTMANN, Gabriel Henrique. **O Impacto da Autodeterminação Informativa na Proteção de Dados Pessoais e no Direito ao Esquecimento**. Revista DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | v. 7 | n. 1 | p. 154 - 167 | jan./jun. 2021 Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/14482> Acesso em: 20 mai. 2022.
- MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual prático sobre a lei geral de proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/18)**. RM Digital Education. Goiânia-GO. 2019.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.
- MARCIO PESTANA. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo : Ed. Atlas, 4ª ed., 2014
- MARIA, Isabela; PICOLO, Cynthia. **Autodeterminação informativa: Como esse direito surgiu e como ele me afeta?** Publicado em: 27 abr. 2021. Disponível em: <https://lapin.org.br/2021/04/27/autodeterminacao-informativa-como-esse-direito-surgiu-e-como-eleme-afeta/>. Acesso em: 22 mai. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Débora Minuncio. **Conceito de Dados Pessoais abarcados pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**, Publicado em: 5 de julho de 2019. Disponível em: <https://advocaciadeboramn.jusbrasil.com.br/artigos/728965462/conceito-de-dados-pessoais-abarcados-pela-lei-geral-de-protacao-de-dados-pessoais-igpd>. Acesso em 24 mai. 2022.

**Notícias STF**: Supremo começa a julgar compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE, 06 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902&ori=1#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,a%20pandemia%20do%20novo%20coronav%C3%ADrus>. Acesso em 26 de abril de 2021.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda n. I, de 1669. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo V, p. 383.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Livraria do Advogado Editora, 22 de jul. de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Fundamentos constitucionais**: O direito fundamental à proteção de dados. In: Et Al, Bruno Bioni. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Forense. Edição do Kindle.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOARES, Pedro Silveira Campos. **Anonimização na Lei Geral de Proteção de Dados requer posição da ANDP**. Publicado em: 10 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-10/pedro-soares-anonimizacao-lei-geral-protacao-dados>. Acesso em: 25 mai. 2022.

TAVARES, Augusto; MARCACINI, Rosa. **Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001.

TEIXEIRA, Felipe de Macedo. BARBOZA, Pedro Idevan Cozza, **A Assistência Judiciária como forma de garantir cidadania**. Em julho 18, 2019, Equipe Âmbito, Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-assistencia-judiciaria-como-forma-de-garantir-cidadania/>. Acesso em: 16 mai. 2022.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático**. Tradução de Modesto Florenzano. São Paulo: EDUSC, 1998.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento** (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Acesso em 19 mai. 2022.

## **5 A proteção de dados pessoais como meio de respeito ao devido processo legal na persecução penal**

### **The protection of personal data as a means of respect to due legal process in criminal prosecution**

#### **Ederson Silva Balduino**

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Pós-graduando em Segurança Pública e Investigação Criminal - UNIMAIS. Pós-graduado em Direito Penal Militar – UNICSUL. Pós-graduado em Ciências Jurídicas UNICID. Graduado em Direito – UNICID. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3934305688369104>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5578-3394>. São Paulo/SP, Brasil.

#### **Rafael Luiz Silveira Bizarria**

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Pós-graduado em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale – FALEGALE. Professor em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Legale – FALEGALE. Autor de artigos jurídicos e coautor de obras jurídicas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1901771118286712>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7359-3706>. Caçapava/SP, Brasil.

#### **Resumo**

O presente estudo se presta a analisar o princípio e corolário do devido processo legal material – sob a vertente do “devido processo constitucional” – e a sua compatibilização com a persecução penal, verificando, no plano teórico, os reflexos do devido processo constitucional na persecução penal em solo brasileiro. Para tanto, faremos uma verificação teórica das regras procedimentais aplicáveis à espécie, e, em aprofundamento teórico, uma verificação logico-jurídica da necessidade irrestrita de respeito à proteção de dados pessoais para o fim de compatibilizar a investigação e persecução criminais ao devido processo constitucional encartado em nossa Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que referenciaremos como CF/88 a partir deste ponto. A ascendência legislativa da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018), a qual nos referiremos deste ponto em diante como LGPD, e o afastamento expresso à persecução criminal geraram intensa discussão acerca da imprescindibilidade de um regramento legal para fins de segurança jurídica no que toca à proteção de dados dos agentes envolvidos em persecuções criminais, adequando-as ao ordenamento jurídico brasileiro, e, em termos de direitos humanos, ao devido processo legal. Afinal, há possibilidade de seguimento ao devido processo constitucional sem a regular proteção aos dados daqueles atingidos por persecuções penais no Brasil?

**Palavras-Chave:** Devido processo legal. Devido processo constitucional. Proteção de dados. Persecução Penal. Lei Geral de Proteção de Dados.

## Abstract

The present study lends itself to analyzing the principle and corollary of material due process - under the aspect of "constitutional due process" - and its compatibility with criminal prosecution, verifying, at the theoretical level, the reflexes of due constitutional process in the prosecution criminal law on Brazilian soil. Therefore, we will carry out a theoretical verification of the procedural rules applicable to the species, and, in theoretical depth, a logical-legal verification of the unrestricted need to respect the protection of personal data in order to make criminal investigation and prosecution compatible with the due constitutional process in our Constitution of the Federative Republic of Brazil, of October 5, 1988, which we will refer to as CF/88 from this point on. The legislative ascendancy of the General Data Protection Law (Law No. 13,709, of August 14, 2018), which we will refer to as LGPD from now on, and the express departure from criminal prosecution generated intense discussion about the indispensability of a legal regulation for the purpose of legal certainty regarding the protection of data of agents involved in criminal prosecutions, adapting them to the Brazilian legal system, and, in terms of human rights, to due process of law. After all, is there any possibility of following the constitutional due process without the regular protection of the data of those affected by criminal prosecutions in Brazil?

**Key words:** Due legal process. Due to constitutional process. Data protection. Criminal prosecution. General Data Protection Act.

## Introdução

O advento da LGPD, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais (e possui, como objetivo, proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural), fez cessar uma ausência de regulamentação sentida desde a promulgação da CF/88, implementando – ao menos no plano teórico – diretrizes expressas e balizadas acerca do tratamento e proteção dos dados pessoais.

Contudo, inobstante o avanço verificado no plano teórico, por expressa previsão legal foi afastada a aplicabilidade da referida norma nos processamentos criminais, uma vez que não abarca a proteção de dados para fins exclusivos de segurança pública, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, sendo perpetuada a lacuna legislativa – eloquente, diga-se – já vivenciada na *persecutio criminis*.

Acerca da lacuna legal, a legislação em comento foi propositiva, demonstrando que a regulamentação legal de proteção de dados sobre assuntos ligados à segurança pública, segurança do Estado e persecução penal será feita por legislação superveniente e específica. O art. 4º, § 1º, da LGPD, prevê que não se aplica a LGPD ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais. Dispõe ainda que o tratamento de

dados pessoais para estes casos será regido por legislação específica, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD.

Do texto legal é possível verificar a necessidade de respeito ao devido processo legal, eis que, nos termos do art. 5º, LIV, da CF/88, não haverá imposição de penalidade que atinja a liberdade ou o patrimônio sem o devido processo legal.

Assim como há necessidade de respeito garantista ao devido processo legal, também há, por atividade do Poder Constituinte Derivado, o dever de respeitar o direito e garantia fundamental à proteção de dados, ainda que provenientes de meios digitais, por expressa previsão encartada no art. 5º, LXXIX, da CF/88<sup>20</sup>.

Tratando-se de dois direitos fundamentais, como compatibilizar a utilização dos dados pessoais em âmbito criminal, notadamente em investigações criminais e processamentos criminais, com o devido processo legal?

Sob um aspecto de constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais e sob a ótica do neoconstitucionalismo, há, por previsão constitucional, o chamado “devido processo constitucional”, que se consubstancia, em apertada síntese, no seguimento adequado e respeito aos direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico. Considerando que o direito à proteção de dados pessoais foi alçado à direito fundamental, é crível afirmar que tal direito deva ser respeitado para que possamos respeitar o devido processo constitucional. Sendo assim, como compatibilizar a utilização de informações oriundas de dados pessoais com o devido processo constitucional?

O presente estudo se prestará à realização de uma análise teórico-pragmática dos primados constitucionalmente assegurados, perpassando pela abordagem dos aspectos positivados pela LGPD, para, ao arremate, verificar a compatibilização de tais primados e direitos com o devido processo constitucional, sob o enfoque material, em um cenário de persecução penal e diante da ausência de regulamentação legal acerca da utilização e proteção de dados para investigação e repressão de infrações penais.

---

<sup>20</sup> O referido inciso foi incluído no rol de direitos e garantias fundamentais pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022, tendo tal Emenda sido publicada no dia 11 de fevereiro de 2022. Além da inclusão promovida no respectivo artigo, houve, de igual modo, a inclusão de previsões acerca dos dados pessoais e da proteção a estes dados nos artigos 21, XXVI, e 22, XXX, ambos da Constituição Federal de 1988.

## 1 Da imprescindibilidade de respeito aos direitos e garantias fundamentais

Os direitos fundamentais foram internalizados no país a partir de uma sistemática e progressiva evolução dos direitos humanos, em uma visão internacional, com destaque ao avanço substancial verificado quando da promulgação da CF/88. Em plano internacional, é verificável por classificações atinentes aos direitos humanos; no direito brasileiro, *internum*, ganham a roupagem de direitos e garantias fundamentais.

Com relação à distinção entre os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, vale a lição de Rui Barbosa, demonstrando que os direitos fundamentais são consubstanciados por normas declaratórias, enquanto as garantias constitucionais revestem-se de conteúdo assecuratório,

as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. (BARBOSA, 1978)

De mais a mais, em se tratando de direitos e garantias fundamentais, em que pese a existência de positivação em outros regramentos legais, é de rigor o sensível aparato uniformizado pela CF/88, apelidada de “Constituição Cidadã”, dada a característica eminentemente garantista e afeta aos direitos humanos.

Desde a vigência da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, já há previsão constitucional de direitos fundamentais, apesar da progressiva inclusão das diversas dimensões de direitos humanos.

Segundo Moraes,

A Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25-3-1824, previa em seu Título VIII – *Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros – extenso rol de direitos humanos fundamentais. O art. 179 possuía 35 incisos, consagrando direitos e garantias individuais, tais como: princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade competente, fiança, princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do Juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direito de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil do Estado por ato dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário* (MORAES, 2021).

Contudo, em que pese a existência de tais normatizações nas ordens constitucionais pretéritas, é evidente a previsão uniformizada e equânime com o advento da CF/88, conforme se verá a seguir.

### 1.1 Direitos Fundamentais à Luz da CF/88

Consagrados pela Constituição Cidadã, os direitos fundamentais foram encartados prioritariamente no art. 5º, da CF/88. Contudo, inobstante a concentração verificada em tal dispositivo, encontra-se pacificada a tese acerca da existência de direitos fundamentais em outros dispositivos constitucionais, bastando, para tal verificação, o conteúdo material ali existente.

Ademais, consoante expressa previsão encartada em nosso texto constitucional, especificamente em seu §2º, do art. 5º<sup>21</sup>, os direitos e garantias fundamentais estão espalhados pelo texto constitucional, sob um enfoque principiológico e orgânico. Podemos, a título exemplificativo, constatar que mesmo antes do incremento do inciso LXXIX no art. 5º, da CF/88, os dados pessoais já recebiam proteção constitucional como direitos fundamentais em decorrência do art. 5º, § 2º, do Texto Maior, dada a abertura conferida pelo dispositivo.

Quanto ao momento de aplicabilidade e de eficácia no plano material, tem-se que, pelo conteúdo eminentemente garantista do Texto Maior e a busca pela positivação de garantias e direitos fundamentais, a aplicabilidade é imediata. Tal disposição torna mais humanista a Carta Constitucional, conferindo efetividade à proteção a direitos e garantias fundamentais.

No que toca à classificação dos direitos e garantias fundamentais, a CF/88 trouxe cinco espécies de direitos e garantias fundamentais, dividindo-as em seu texto como direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados aos partidos políticos.

Pautando-se nos pensamentos de Moraes, os direitos individuais e coletivos correspondem aos direitos que estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Os direitos sociais visam a igualdade social, dentro de um espectro de Estado Social de Direito, consubstanciando em atividade consuetudinariamente positiva do Estado. Já o direito à nacionalidade é o que vincula as pessoas como cidadãos de um Estado, com direitos e deveres perante este e, concomitantemente, os

---

<sup>21</sup> Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

direitos políticos, que se faz mister perante a soberania popular, aclamada em nossa Carta Magna (MORAES, 2021).

Inobstante os avanços sensivelmente considerados, o presente estudo se debruçará sobre o direito e garantia fundamental ao devido processo legal, considerando a sua vertente material, aplicável, pela doutrina, pela classificação de “devido processo legal substancial”.

Neste particular, vale destacar a classificação trazida pela doutrina portuguesa no que toca à verdadeira função de um texto constitucional: a de traduzir a realidade de um Estado.

Disciplina Canotilho e Vital Moreira,

O primeiro artigo da Constituição da República Portuguesa define o objeto da Lei Fundamental: é Portugal, enquanto país, enquanto entidade política historicamente organizada, em suma, enquanto República soberana. É particularmente significativo o facto de o discurso constitucional se iniciar não com o Estado (é o art. 2º que define o Estado) mas antes com o próprio país como realidade social, histórica e cultural constituída em Estado. Logo aqui se revela que a Constituição se apresenta realidade social, histórica e cultural constituída em Estado. Logo aqui se revela que a Constituição se apresenta como lei fundamental da comunidade, globalmente considerada, e não apenas como estatuto organizatório do Estado (CANOTILHO e MOREIRA, 1993).

## 1.2 Do avanço do devido processo legal e o “devido processo constitucional”

O princípio do devido processo legal nos remete expressamente ao art. 5º, inciso LIV, da CF/88, onde traz a garantia fundamental em comento.

O devido processo legal é considerado um dos mais importantes princípios da CF/88, e teve como antecedente histórico a Magna Carta outorgada pelo Rei João Sem-terra, na Inglaterra, em 1215, que trazia em seu artigo 39 (tradução livre),

Nenhum homem livre será capturado ou preso, ou privado de uma propriedade, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.<sup>22</sup>

Neste art. 39, da Magna Carta do Rei João Sem-terra, não há menção ao termo “devido processo legal” ou *due process of law*, pois este termo foi trazido a lume em textos posteriores, conforme melhor doutrina.

Reparemos que o princípio do devido processo legal, em seu aspecto formal, aqui explanado, reúne diversos princípios constitucionais, pois o devido processo legal engloba sua aplicabilidade em total harmonia com o Estado Democrático de Direito, a fim de garantir a eficácia dos direitos fundamentais, como explica Nereu José Giacomolli,

---

<sup>22</sup> Em latim, o art. 39, da *Magna Charta Libertatum* originalmente aduz: “*nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiat, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*”.

A opção constitucional brasileira de 1988 foi pela afirmação e eficácia dos direitos fundamentais, incompatíveis com qualquer prática identificada com o sistema inquisitorial. Mantido o debate entre acusatório/inquisitório, verifica-se que o sistema processual desenhado pelo constituinte é o acusatório, entendido como o de separação entre as funções de acusar e julgar, envolto por um manto de princípios e garantias, as quais afastam as características do sistema inquisitório (ainda encontrado na legislação ordinária, na doutrina, na jurisprudência e nas práticas judiciais). Isso porque o constituinte, expressamente, determinou a observância do devido processo legal, com todos os seus derivativos explícitos tais como: o contraditório, a ampla e plena defesa, a publicidade, o estado de inocência, o silêncio não autoincrimatório, o juízo predeterminado legalmente, a prisão como extrema ratio, a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público. (GIACOMOLLI, 2016)

Nesta mesma senda Alexandre de Moraes explica,

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (MORAES, 2022)

O princípio do devido processo legal é desenvolvido perante os ditames constitucionais, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais, a fim de que se possa ter um resultado justo no exercício do Estado Democrático de Direito, fazendo-se valer do devido processo legal na paridade de armas entre defesa e acusação. Em seu plano material, cinge-se à proteção aos direitos e garantias fundamentais inerentes ao cidadão, notadamente aqueles inerentes aos direitos humanos de primeira dimensão, que reclamam, de acordo com a doutrina clássica, atuação negativa estatal.

Superada a análise teórico-material acerca da imprescindibilidade de respeito ao corolário do devido processo legal – aqui considerado, pela vertente neoconstitucionalista, como “devido processo constitucional” -, há necessidade imperiosa de verificar, no bojo da LGPD, quais princípios são aplicáveis à espécie. Com tais informações e constatações, poderemos, sob um enfoque penal, analisar potenciais lacunas normativas decorrentes do afastamento expresso de aplicabilidade da referida norma à sistemática de persecução penal.

## **2 Princípios que estruturam a LGPD**

Observamos na redação da LGPD que se trata de uma legislação principiológica, pois traz um rol de princípios que devem ser respeitados a fim de que se possam restringir quaisquer atividades ilícitas no tratamento de dados pessoais e também para “proteger os direitos

fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, como emanado no *caput* do art. 1º da citada Lei<sup>23</sup>.

A este respeito, anteriormente à análise especificada dos principais primados expostos na legislação, é imperioso consignar que a LGPD trata os direitos humanos e a dignidade – entendida sob o aspecto humanístico – como fundamentos da proteção de dados pessoais, de modo que, apesar de não serem incluídas como temáticas principiológicas, servem de amparo fundante da proteção de dados pessoais.

Sobre os princípios carreados pela legislação em comento, aduz o art. 6º, da LGPD, em seus exatos termos e disposições a relevância da temática. Estes princípios são norteados constitucionalmente, e principalmente vetorizados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (nos termos do artigo 1º, III, da CF/88), pois em um Estado Democrático de Direito não se pode permitir qualquer espécie de tratamento desumano, uma vez que toda afronta aos princípios erigidos em nossa Carta Magna deve ser coibida, a fim de que possamos transcender a uma condição de vida mais equitativa, onde todos possam viver em harmonia, buscando cada vez mais conhecimento e interação perante essa evolução da sociedade da informação.

O princípio da dignidade da pessoa humana, citado acima, é um dos princípios fundamentais da nossa Carta Magna, evidenciado em seu art. 1º, inciso III. Todo o direito positivo em nosso país tem na figura da pessoa humana a sua razão de existir, a fim de que tenhamos uma sociedade mais justa e igualitária com alcance a todos os seres humanos.

Com base neste prisma de análise podemos perceber que a dignidade da pessoa humana não foi inserida como um direito fundamental capitulado pelo art. 5º, da CF/88, mas, sim, como fundamento, tendo o ser humano como finalidade da sociedade e do Estado Democrático de Direito. Neste particular, insta salientar a vertente de Kant, no que toca à vedação a utilização do ser humano como meio para qualquer fim.

Em análise especificada acerca dos princípios expressamente tratados na LGPD, tem-se que o princípio da privacidade, bem como da intimidade, são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana. São direitos fundamentais de tamanha importância que a LGPD trata destes direitos em toda a sua extensão, com a roupagem principiológica derivada da própria norma.

---

<sup>23</sup> Art. 1º, *caput*, Lei n. 13.709/2018. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Nesta mesma linha, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, modo que passaremos a nos referir, tem como princípios, entre outros, a proteção da privacidade e dos dados pessoais (art. 3º, incisos II e III, desta Lei), mas ao mesmo tempo tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, no seu art. 2º, *caput*. A liberdade de expressão é direito fundamental previsto em nossa Carta Magna, no art. 5º, inciso IX, e pode ter interpretação vasta e subjetiva, desde questões política a questões de cunho pessoal, que ocorrem demasiadamente por meios das redes sociais.

Entendendo a incidência principiológica deflagrada pela LGPD, é de rigor o estudo pormenorizado de outro fenômeno da sociedade da informação: a inclusão, no rol dos direitos fundamentais, da previsão de proteção dos dados pessoais, consubstanciando em avanço garantista na temática informacional.

### **3 A Proteção de Dados na Sociedade da Informação: Uma breve análise do art. 5º, inciso LXXIX, como cláusula pétrea**

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, em 10 de fevereiro de 2022 (doravante denominada EC nº 115), o art. 5º da CF/88 passou a vigorar acrescido do inciso LXXIX, assegurando, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais e, inclusive, nos meios digitais.

A EC nº 115 nasceu da proposta de Emenda Constitucional nº 17, de fevereiro de 2019, de autoria do Senador Eduardo Gomes, e trouxe à baila a discussão acerca do risco de não se garantir a proteção de dados como direito fundamental, devido ao avanço tecnológico perante à sociedade da informação. Além desta previsão, também regulamenta a competência para tratar do tema, e acrescentou ao art. 22, da Carta Magna, o inciso XXX, o qual trata especificamente da proteção e tratamento de dados pessoais.

Considerando a inclusão da regulamentação legislativa sobre o tema e a incursão da proteção de dados como direito fundamental, quais seriam os impactos sentidos no ordenamento jurídico?

Em primeiro plano, temos que qualquer legislação que trate da temática em comento deverá passar pelo escrutínio da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por meio do devido processo legislativo previsto no texto constitucional, trazendo a discussão à seara federal, unificando a regulamentação por todo o território nacional (o que, em síntese, demanda a passagem da matéria por Comissões temáticas e pelo escrutínio de representantes políticos de todos os Estados da federação).

No que toca ao segundo impacto, tem-se que, inserindo o direito à proteção de dados como direito fundamental, no art. 5º, da CF/88, este passou à condição de “cláusula pétrea”, nos termos do art. 60, § 4º, da CF/88.

É dizer, a proteção de dados, considerada como direito fundamental, atrai para si a limitação material à transmutação legislativa decorrente do Poder Constituinte Derivado, criando óbice à alteração do chamado “núcleo fundamental” do retrocitado dispositivo. Incide, além da presente consequência, o primado da vedação ao retrocesso, balizando a proteção de dados como direito fundamental incidente sobre todas as relações jurídicas.

Com isso, o direito à proteção de dados passa a ser direito fundamental do cidadão, de competência privativa da União legislar sobre o tema, além de não poder ser suprimida do nosso ordenamento jurídico, trazendo modernidade à nossa Carta Magna, perante uma sociedade em constante evolução tecnológica.

Tratando-se de direito fundamental, é primordial o seu respeito para o fim de adequar o devido processo legal – ou “constitucional” – ao caso concreto. Maior relevo se verifica quando da análise do devido processo constitucional na persecução penal, em que há rigor maior da punição estatal (*jus puniendi*), sob à luz da verificação do direito penal como *ultima ratio* do ordenamento jurídico.

#### **4 Dualidade entre o Devido Processo Legal e a Proteção de Dados Pessoais na persecução penal: uma problemática iminente**

Diante de um Estado Democrático de Direito, a primazia constitucional é elemento norteador das garantias e direitos fundamentais de todo cidadão e faz-se necessário que o devido processo legal seja plenamente respeitado, pois, como já explanado, dele vertem diversos outros direitos e garantias constitucionais.

Nesse mister, o devido processo legal deve garantir o correto rito procedimental, dentro da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de que direitos, como contraditório e ampla defesa, entre outros, em qualquer fase, sejam preservados. Outrossim, o devido processo legal substancial entrega ao cidadão o direito e garantia à preservação de direitos fundamentais mínimos.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o devido processo legal, direito constitucional elencado no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, é direito fundamental, a proteção de dados também o é, conforme preconiza o recém incluído inciso LXXIX, do art. 5º, da CF/88, consoante já explanado anteriormente.

E, neste particular, é de rigor considerar que, para que uma investigação ou processamento criminal tenha respeito ao corolário do devido processo legal – e constitucional –, é evidente que deve respeitar o direito fundamental à proteção de dados pessoais, dada a positividade acima elencada.

Os direitos fundamentais acima se referem a mandamentos constitucionais, que, por consequência, internalizam os princípios constitucionais aplicáveis a cada caso concreto. Contudo, diante da vertente de Robert Alexy, é recomendável, para fins de aplicabilidade prática e efetividade dos direitos fundamentais, a existência de regras prévias e expressamente aplicáveis, de modo a compatibilizar a coexistência da proteção de dados com a persecução penal. A teor do exposto, tratando a respeito da distinção de princípios e regras, leciona Alexy,

o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 1993)

Todavia, por expressa previsão legal, a LGPD é afastada, quanto à sua aplicabilidade, a casos de investigação de infrações penais, gerando lacuna normativa.

Diante da lacuna normativa e da falta de regulamentação, questionamos: afinal, diante da aparente necessidade de respeito à proteção de dados para que se alcance o devido processo legal, como compatibilizar estes direitos fundamentais?

A título de exemplo, imaginemos um provedor de serviços de redes sociais, que ao tutelar pelos dados cadastrais de seu cliente, consentido, depara-se com uma determinação judicial para o fornecimento de dados deste cliente que anonimamente cometeu crimes contra a honra de terceiros.

Uma vez ocorrida conduta em que haja indícios de materialidade, será necessária a competente investigação para fins de se identificar seus autores, utilizando de todos os meios legalmente cabíveis.

Estaríamos, no exemplo acima, diante de uma situação em que os dados daquele que supostamente cometeu o crime precisam ser revelados para fins de persecução penal. Todavia, com a ausência de regulamentação normativa acerca da utilização e tratamento de dados pessoais para fins de persecução penal, há intensa insegurança jurídica no fornecimento, tratamento e utilização destes dados pessoais, visto que não há regra expressa, prévia e

legalmente considerada acerca do tema, em violação aparente ao princípio da legalidade e reserva legal (em que pese exista tímida regulamentação pelo Marco Civil da Internet).

No exemplo trazido, não podemos admitir que o anonimato<sup>24</sup>, a fim de supostamente proteger os dados pessoais, seja arrazoado para cometer crimes. Respeitado o devido processo legal substancial, com o fornecimento dos dados daquele que porventura tenha cometido o delito, este será ouvido a termo e todos os seus direitos na condição de investigado preservados. Todavia, na ausência de normatização clara e expressa acerca do tema, como respeitar o devido processo legal substancial? É dizer, como preservar os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos e atingidos pela persecução penal?

#### 4.1 A necessidade de regulamentação da proteção de dados na persecução penal e a atividade legislativa em trâmite: nascedouro da LGPD criminal?

Com vistas a suprir a lacuna normativa acima referenciada, está em discussão no Congresso Nacional o “Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal” que além de não tratar do consentimento do titular dos dados, poderá trazer em seu bojo o devido processo legal como fundamento, diferentemente do que ocorre com a LGPD vigente.

Importante salientar que legislação específica deverá observar o devido processo legal, dentro do seu escopo, eximindo assim a LGPD vigente de tal demanda jurídica, nas situações que lhe acometem.

Como já explanado anteriormente, o devido processo legal trata das questões de adequação da norma ao caso concreto, porém, não há legislação sobre a temática que proteja os dados dos cidadãos em matérias de cunho penal, o que também preocupa o Congresso Nacional. Evidencia-se essa problemática, mais uma vez, na exposição de motivos do Anteprojeto (que, recentemente, se tornou o Projeto de Lei nº 1.515, apresentado no dia 07 de junho de 2022).

Sobre a necessidade de regulamentação, disciplina Christiany Pegorari Conte, Rafael Luiz Silveira Bizarria e Ricardo Bianchini,

A criação de legislação processual para tratamento de dados utilizados durante a persecução penal vai ao encontro dos postulados encartados na Constituição Federal

---

<sup>24</sup> Sobre o anonimato, nas palavras de Mariana Cunha e Melo, que porventura defende uma adequação do devido processo legal e da proteção de dados, em relação ao anonimato, “o anonimato dificulta a identificação dos responsáveis pelos abusos e provoca, ele mesmo, um efeito inibidor no discurso. Imagine-se a situação em que uma ativista pelos direitos dos animais defende a alteração da legislação federal em um blog. E, como resultado, sofra toda espécie de ataque à sua intimidade e privacidade por um grupo de opositores. Seria plenamente possível que essa militante se sentisse insegura para defender suas posições publicamente. Consequentemente, o debate público se retrairia ao invés de se expandir pelo uso do anonimato” (CUNHA E MELO, 2017).

de 1988, amoldando a persecução penal às garantias fundamentais elencadas pelo Texto Maior, notadamente no que se refere à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e à inviolabilidade da vida privada e da intimidade daqueles que ocupam posições na *persecutio criminis*.

A inclusão, ao ordenamento jurídico, da Lei Geral de Proteção de Dados, certamente consubstancia substancial avanço na proteção às garantias fundamentais dos cidadãos submetidos à disponibilização de dados, mas ainda há um caminho deveras substancial a ser percorrido, notadamente na seara penal. Enquanto campo do Direito atinente às liberdades e servo das garantias fundamentais constitucionalmente consagradas, é imperiosa, para o alcance do processo penal constitucional, a criação de legislação para regulamentação do manejo de dados durante a *persecutio criminis*, trazendo a luz da Constituição Federal de 1988 ao sombrio campo da utilização indiscriminada e desprotegida de dados essenciais. (CONTE, BIZARRIA, BIANCHINI, 2020)

Conforme se verifica do exposto nos anseios legislativos referentes à temática, resta evidente a insegurança jurídica extraída da utilização de dados pessoais, em âmbito penal, sem a devida regulamentação legal. É dizer, assim como inserto na exposição de motivos, há nítido “déficit de proteção ao cidadão”, de modo que confere a ele potencial violação à proteção de dados em prol do *jus puniendi* estatal, em clara inversão à sistemática acusatória pretendida pela CF/88.

#### 4.2 Legislações esparsas acerca da proteção de dados em âmbito criminal e a necessidade de unificação da regulamentação

No que toca à proteção e regulamentação da utilização de dados pessoais, não se nega que existem dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro a tratar da temática. É o que se vê, por exemplo na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, conhecida como Lei de Interceptação Telefônica, que, ao regulamentar o art. 5º, XII, da CF/88, tece determinações para adequar a interceptação telefônica ao devido processo legal.

Neste sentido, Christiany Pegorari Conte, Rafael Luiz Silveira Bizarria e Ricardo Bianchini,

A questão sobre o uso de dados na investigação e no processo penal não é, contudo, uma novidade, já algumas legislações abordam a temática em aspectos pontuais, tais como: Lei de Interceptação Telefônica (Lei n. 9.296/1996), que regula as escutas telefônicas e telemáticas; da Lei da Identificação Criminal (Lei n. 12.037/2009), que cuida do registro de dados pessoais, inclusive perfis genéticos, para uso em investigações criminais; os arts. 17-B e 17-E da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998) sobre acesso a dados cadastrais; os arts. 15 a 17 da Lei do Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013); e os arts. 13-A e 13-B do Código de Processo Penal (CPP), que disciplinam o acesso a dados cadastrais e metadados para uso em investigações criminais sobre tráfico de pessoas; a Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/19) que prevê: Art. 28. *Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado* (grifos nossos);

e, até mesmo o Art. 3º-F<sup>25</sup>, inserido ao Código de Processo Penal pela Lei Anticrime (Lei n. 13.964/19), que trata do juiz de garantias (...). (CONTE, BIZARRIA e BIANCHINI, 2020)

Insta consignar, ao arremate, o próprio Marco Civil da Internet traz em seus art. 22 e 23 os requisitos para a requisição judicial de registros de *internet*, demonstrando tímida – e importante – regulamentação da utilização de dados para fins de instrução em persecuções penais. Em síntese, dentre outros, devem estar presentes os seguintes requisitos: fundados indícios da ocorrência do ilícito, justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória e período ao qual se referem os registros.

Verifica-se, do exposto, que, inobstante a existência de regulamentação do tratamento de dados em âmbito criminal, há de se ressaltar a vagueza dos dispositivos e a ausência de regulamentação geral, o que, em maior grau, gera insegurança jurídica, problematizando o respeito ao devido processo legal. Está-se, pois, diante da principal razão de reclamo da LGPD penal: a necessidade de unificação e uniformização da temática.

## **Conclusão**

De todo o exposto, resta evidente que a proteção de dados, ao se alavancar como espécie de direito fundamental reconhecido constitucionalmente, ganha roupagem diferenciada, de modo que, para que se proceda ao adequado manejo do devido processo constitucional e ao devido processo legal substancial, é imperioso o respeito aos dados tratados, utilizados e manejados durante a persecução penal.

Repise-se: não se está aqui a diminuir a relevância substancial da LGPD. Não se nega – e nem poderia – a importância da LGPD, notadamente no que toca à positivação de elementos regulamentadores do tratamento de dados pessoais. Neste particular, vale ressaltar a presença do neoconstitucionalismo na implementação, pela norma infraconstitucional, de um rol mínimo de elementos fundantes da proteção de dados, consubstanciando em substancial avanço legislativo, notadamente em confronto à sociedade da informação.

Todavia, no mesmo passo do reconhecimento da substancial relevância da LGPD, há, de igual modo, dever estatal de regulamentação uniformizada e equânime da proteção de dados em âmbito criminal, dada a gravidade das penalidades porventura impostas por ocasião de sentenças penais condenatórias e outras decisões jurisdicionais que afetam direitos sensíveis. Outrossim, enquanto *ultima ratio* do ordenamento jurídico, é crível a verificação da necessidade

---

<sup>25</sup> Dispositivo suspenso pelo STF – conforme ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305.

de regulamentação minuciosa de quaisquer procedimentos, atos e mecanismos que possam lesar ou causar perigo de lesão a direitos fundamentais – *in casu*, à proteção de dados pessoais, entalhada como direito fundamental.

Neste mesmo sentido, é de se analisar que o devido processo legal, em sua vertente substancial, deve ser elevado à condição de fundamento da proteção de dados de natureza penal, assim como proposto no Anteprojeto supramencionado. Não há, nas legislações esparsas que tocam à regulamentação penal, menção minuciosa, suficiente e expressa do devido processo legal substancial, gerando insegurança jurídica e iminente violação a proteção de dados nas persecuções penais.

É dizer, em uma sociedade da informação, diante da telematização percorrida e da eficácia social buscada pelo sistema de justiça criminal, não se pode admitir a inexistência de regulamentação unificada, sistematizada e equânime da proteção de dados em âmbito criminal, sob pena de desvirtuamento da reserva legal esperada e inversão do regramento constitucional afeto ao devido processo legal. Estar-se-ia, pois, ao revés da proteção constitucional conferida pela Emenda Constitucional nº 115/2022, conferindo insuportável violação à proteção de dados, afastando a sistemática penal, cada vez mais, do buscado sistema acusatório.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1993, p. 86.

BARBOSA, Rui. **República: Teoria e Prática**. Petrópolis-Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BARK, Chede Mamedio. **A Lei Geral de Proteção de Dados como um direito fundamental e a necessidade de boas políticas públicas para sua plena efetivação**. Revista Percurso UNICURITIBA, Curitiba, v. 01, n° 38, p. 168-188, 2021.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância Líquida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014.

CANOTILHO, José J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. **Constituição da República portuguesa anotada**, 3. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 57-8.

CONTE, C. P.; BIZARRIA, Rafael Luiz Silveira. ; SILVA, R. M. B. . **Considerações Sobre a Proteção de Dados e a Persecução Criminal**. In: Marcos Antonio Madeira de Mattos Martins; Christiany Pegorari Conte; Eduardo Arruda Alvim.. (Org.). *Direito e Novas Tecnologias*. 1ed.São Paulo: OAB ESA SP, 2021.

CUDZYNOWSKI, Anna Carolina; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **O advento da internet e o direito à privacidade e à intimidade na sociedade da informação**. TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: Internet, Negócio Jurídico, Direitos Intelectuais, Família e Empresa – II. São Paulo: Publicação Independente, p. 25-38, 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIORILLO, C.A.P. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª Edição. São Paulo: Grupo GEN. 2016

HAYEK, Friedrich A. **Derecho, Legislación y Libertad**: Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. Madrid: Unión Editorial, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Grupo Almedina (Portugal), 2019.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): uma visão panorâmica**. Cadernos Adenauer XX (2019), n°3 *Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico* Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, p. 11-33, outubro 2019.

LOURENCETTE, Lucas Tadeu. *Magna charta libertatum*. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6582/Magna-charta-libertatum>. Acesso em 14mai22.

MELO, Mariana Cunha e. **Anonimato, proteção de dados e devido processo legal:** por que e como conter uma das maiores ameaças ao direito à privacidade no brasil. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Mariana-Cunha-e-Melo-V-Revisado.pdf>. Acesso em 16mai22.

MORAES, Alexandre D. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª edição. São Paulo: Atlas (Grupo GEN), 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais:** comentários à Lei 13.709/2018. São Paulo: Saraiva, 2021.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; RUARO, Regina Linden. **A proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei 13.709/2018**. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 26, n. 2, p.81-106, mai./ago., de 2021.

SOBRINHO, A.S.O.; FIGUEIREDO, E.H.L. **Dignidade da pessoa humana, cidadania e dialética:** valores e princípios constitucionais na sociedade da informação. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.12, n.27, p. 47-62, maio/ago. 2017.

## 6 Proteção de dados e o contraditório na sociedade da informação

### Data protection and the adversarial principle in the information society

#### Felipe Faé Lavareda De Souza

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Delegado de Polícia Federal.

Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Administrativo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5891179208225078>. E-mail: [felipe0408@yahoo.com.br](mailto:felipe0408@yahoo.com.br). São Paulo/SP, Brasil.

#### Luiz Henrique da Silva Nogueira

Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado Criminalista. Especialista no Tribunal do Júri. Sócio Fundador da LHN Advogados Associados. Empreendedor. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4054494519984835>. E-mail: [luiz.nogueira@lhnadvocacia.com.br](mailto:luiz.nogueira@lhnadvocacia.com.br). São Paulo/SP, Brasil.

#### Resumo

O artigo tem por objetivo estudar os aspectos da proteção de dados e o contraditório na sociedade na informação. Passado algum tempo desde a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, temos como consequência as primeiras demandas submetidas à análise do Poder Judiciário com o escopo de apurar a responsabilidade civil das empresas frente aos litígios envolvendo vazamento, comercialização e armazenamento de dados pessoais. Diante de tal fato, inevitavelmente surgem questões atinentes ao Direito Processual, tal como a distribuição do ônus probatório nos litígios que envolvam a matéria, sendo sempre assegurado o contraditório como princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico. O princípio do contraditório está positivado no Art. 5º, LV da Constituição Federal, cujo texto legal determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O contraditório seria a comunicação, às partes do processo, acerca de cada ato processual realizado, e a possibilidade de que haja manifestação e confrontação de ideias sempre que houver interesse destas para tanto. Nesse contexto concluiremos face à possibilidade de enquadramento de uma conduta de qualquer pessoa física ou jurídica que supostamente viole as disposições estabelecidas na lei geral de proteção dados, garantir o princípio constitucional ao contraditório.

**Palavras-Chave:** Proteção de Dados. LGPD. Princípio Constitucional ao Contraditório. Sociedade da Informação. Sociedade da Informação e o Contraditório, Princípio ao Contraditório.

#### Abstract

The article aims to study the aspects of data protection and the adversarial principle in the information society. After some time since the implementation of the General Data Protection Law, the consequence was the first demands submitted to the analysis of the Judiciary with the scope to determine the civil liability of companies in disputes involving leakage, commercialization and storage of personal data. Faced with that fact, questions related to

Procedural Law inevitably arise, such as the distribution of the burden of proof in disputes involving the matter, always ensuring the contradictory as a fundamental principle of our legal system. The adversarial principle is affirmed in Art. 5, LV, of the Federal Constitution, whose legal text determines that “litigants, in judicial or administrative proceedings, and defendants in general are assured the adversarial system and ample defense, with the means and resources inherent to it”. The contradictory would be the communication, to the parties of the process, about each procedural act performed, and the possibility that there is a manifestation and confrontation of ideas whenever there is interest in them to do so. In this context, we will conclude, given the possibility of framing the conduct of any individual or legal entity that supposedly violates the provisions established in the General Data Protection Law, guaranteeing the constitutional adversarial principle.

**Key words:** Data Protection. GDPR Constitutional Principle to the Contradictory. Information Society. Information Society and the Contradictory, Principle to the Contradictory.

## **1 Constitucionalidade da Lei Geral de Proteção de Dados**

Em 14 de agosto de 2018, foi ratificada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018), com o artigo 1º estabelecendo seu escopo, em consonância com a legislação internacional, que a referida lei disporia sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive por meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, seja de direito público ou privado, com o objetivo de proteger direitos fundamentais, em especial, da liberdade, privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Em pouco tempo, a LGPD ampliou a legislação de licenças para 24 meses com algumas modificações por meio da Medida Provisória nº 869/18 (transformada em Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019).<sup>26</sup>

A privacidade e a proteção de dados têm sido objeto de muitas discussões no meio jurídico. Assim, mesmo que a lei só entre em vigor em agosto de 2020, é certo que as preocupações com a adequação de suas regras e sua natureza como um novo ramo da ciência jurídica estão batendo à nossa porta.

Diante dessa premissa, com tantos questionamentos e incertezas sobre a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, a “Proposta de Emenda à Constituição das Mídias Digitais” no rol dos direitos fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Além disso, a PEC foi proposta com a intenção de fixação da competência privativa da União para legislar sobre essa matéria, alterando o artigo 22 da CF/88 para incluir a proteção e tratamento de dados pessoais em seu rol taxativo.

---

<sup>26</sup> SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. Manual da LGPD. Editora Mizuno, 2021, p.19-20-21.

Na justificativa apresentada ao Congresso Nacional para a constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais os proponentes explicam que essa é uma tendência mundial, já protagonizada por outros países, dentre os quais Portugal, Estônia, Polônia e o Chile.

Neste contexto, se reconhece a total constitucionalidade da LGPD, pelo qual nos atemos apenas à constitucionalidade desse direito previsto na Lei 13.709/18 no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da CF/88.

## 1.2 Dos Princípios constitucionais da Lei Geral de Proteção de Dados

Por uma leitura atenta a Lei Geral de Proteção de Dados, nota-se uma constante preocupação do legislador ordinário com sua adequação constitucional, o que se expressa claramente por seus fundamentos e princípios.

O artigo 2º da LGPD prevê os fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais. Abaixo, listamos tais princípios fazendo um paralelo com o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal:

a) **O respeito à privacidade (I) e a inviolabilidade da intimidade, da honra e imagem (IV)** constam no rol de direitos fundamentais no inciso X do artigo 5º da CF/88;

b) **A liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (III)** consta no rol de direitos fundamentais nos incisos IV e IX do artigo 5º da CF/88;

c) **O desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (VI)** decorrem de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 3º, inciso II, da CF/88;

d) **A livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor (VI) e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (VII)** também são fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, III e IV, e artigo 5º, inciso XXXII da CF/88;

e) **A autodeterminação informativa (II)** tem estreita ligação com o direito ao acesso à informação, previsto no artigo 5º, XIV, da CF/88.

Portanto, cuida-se de instrumento que ganha enorme relevo no cenário de direito de um Estado, pois a sua existência é primordial para o seu ordenamento jurídico. Como muitos outros estados, o Brasil fornece a Lei Geral de Proteção de Dados com amplas garantias e direitos constitucionais fundamentais como base. Em outras palavras, a Carta Magna é

abrangente na efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela LGPD, razão pela qual sua aplicação está sujeita às mesmas estritas restrições.

Vale lembrar também que a coerência da lei com o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição não se limita aos direitos fundamentais, pois os princípios da Lei nº 13.709/18 também são consistentes com os dispositivos da Constituição.

Para Gilmar Ferreira Mendes o conceito de “Constituição” abrange todas as normas contidas no texto constitucional independente de seu caráter material ou formal. Tal conceito abrange, igualmente, os chamados princípios constitucionais materiais, que não estão mencionados expressamente na constituição.”<sup>27</sup>

### 1.3 Segurança da informação na Lei Geral de Proteção de Dados

Os dados pessoais dos cidadãos transformam-se em elementos substanciais para essa nova economia, e as possibilidades de monetização desses dados e informações têm sido exploradas por empresas de todos os portes e de diferentes setores.<sup>28</sup>

A 4ª Revolução, marcada pela convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas, afetará o mercado, pois os homens terão que se adaptar às transformações, que certamente serão complexas, pois estarão ligadas diretamente à velocidade, ao alcance e aos impactos, portanto, as Organizações devem estar aptas para evoluir e inovar.<sup>29</sup>

A lei traz regras sobre coleta e tratamento de dados pessoais e sensíveis e como a segurança da informação se faz importante.

A relação entre segurança da informação e LGPD diz respeito à privacidade e à proteção de dados pessoais. A lei traz muitos benefícios para a empresa quanto à prática de segurança por prever a utilização de medidas administrativas e técnicas que aprimoram a cibersegurança.

Pode-se dizer que muitos pontos da Lei Geral de Proteção de Dados já se constituem como boas práticas na segurança da informação, ou seja, uma dinâmica fundamental, por exemplo, é a garantia de prevenção à fraude, o que assegura a integridade dos dados. Esta prática está prevista na LGPD.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em 15 de maio de 2022.

<sup>28</sup> BIONI, 2019; BRANCO, 2020.

<sup>29</sup> MOLINA; SANTOS, 2020, p.40.

Em resumo, falar de segurança da informação e LGPD é além de falar de tecnologias e melhores práticas técnicas, abordar o universo de governança, riscos e *compliance*. Isso possibilita entender criptografia de informações, controle de acessos, criação de camadas de segurança, análises e testes, habilitação de autenticação. Todas essas práticas, já presentes no dia a dia empresarial, são reforçadas com a lei.

Considerando esse contexto, as condutas de segurança e adequadas à LGPD minimizam o risco de perda financeira e reputação das pessoas físicas e jurídicas.

#### 1.4 Anonimização e a privacidade dos dados

Confidencialidade e a integridade com relação à segurança de acesso dados, com dispositivos como autenticação e criptografia<sup>30</sup>.

O GDPR possui regulamentações para orientar as empresas a fornece projetado para garantir a privacidade e conformidade, portanto, não apenas sistemas de processamento de dados, mas também o banco de dados em si é construído com todos os princípios do GDPR em mente.

Portanto, medidas destinadas a evitar a superexposição de dados são através de boas práticas de anonimização e minimização de dados e Como uma aplicação de criptografia projetada para impedir a identificação de indivíduos. Portanto, não pode ser distinguido do grupo.

A lei aconselha as empresas a nomear um responsável pela proteção de dados ou DPO, encarregado de Proteção de Dados, cujas responsabilidades incluem monitorar e fornecer garantias e informações ao controlador, e processadores de dados em relação a questões de proteção de dados. Embora a responsabilidade pelo processamento de dados não é do DPO, mas controlador, o papel desempenhado pelo DPO para direcionar e garantir à conformidade as empresas de atender aos padrões.

A Lei 13.709/18, ora conhecida como LGPD, proteja os dados pessoais, esta regra se aplica ao uso de dados pessoais *online* e *offline*, nos setores públicos e privado para garantir a privacidade e estabelecer regras de transparência que estimulem o desenvolvimento, padronização e proteger o mercado, além de promover a concorrência.

#### 1.5 Governança dos dados

---

<sup>30</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

Em uma análise aprofundada das boas práticas de governança implementadas internacionalmente, incorporados em nossas jornadas Adequação, começamos com uma abordagem orientada para a paisagem macro, criando um plano de conformidade de proteção de dados.

Um programa de *compliance*, ou integridade, é uma das ferramentas de controle criada para garantir o cumprimento de diretrizes legais e éticas. A ênfase é colocada na prevenção de riscos de responsabilidade corporativas causadas pelo descumprimento de leis, regulamentos e normas, e evitar a ocorrência de atos ilícitos. Enfatiza a eficiência de adotar e mudar o comportamento da empresa e estabelece padrões de conduta que não apenas os funcionários, mas a alta administração (incluindo executivos e outros funcionários).

“[...] o *compliance* está fundamentado no conceito de “bom cidadão”, consubstanciado na fidelidade à legalidade, na existência de controles internos e externos, na limitação e no equilíbrio de poder, entre outros. Outro aspecto importante é a exigência de comprometimento da alta administração, o que mostra o potencial do *compliance* de reconfigurar o próprio dever de diligência dos administradores, que passa a assumir uma importante dimensão organizacional. [...] Os programas de *compliance*, também chamados de programas de conformidade, de cumprimento ou de integridade, são instrumentos de governança corporativa tendentes a garantir que as políticas públicas sejam implantadas com maior eficiência. Compõem-se de rotinas e práticas concebidas para prevenir riscos de responsabilidade empresarial decorrentes do descumprimento de obrigações legais ou regulatórias. Em complementação às políticas sancionatórias tradicionais, que se fundam na imputação de uma pena correspondente ao ilícito praticado, os programas de *compliance* voltam-se para a mudança de comportamento, por meio de padrões de conduta a serem observados e monitorados pelas empresas, administradores e funcionários, a fim de evitar o cometimento de ilícito.”<sup>31</sup>

A governança corporativa está intimamente relacionada ao *compliance* e se completam. No entanto, esses dois conceitos são cruciais. Não se confunda enquanto a governança corporativa sofre mais questões relacionadas com a reputação da empresa e as relações entre as partes interessadas internas externamente, atribua importância à gestão eficiente e à transparência e seja responsável pela conformidade e siga as regras, sendo assim um processo interno de governança dos dados.

O escopo de atuação de um bom governo vai além de apenas seguir as regras, porém, a ausência ou falta de estrutura de um programa de *compliance* pode tornar a governança ineficaz. Desta forma, apesar de serem ferramentas diferentes, existe uma correlação entre elas, são independentes, mas funcionam de forma integrada.

---

<sup>31</sup> CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Funções e finalidade dos programas de *compliance***. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). ***Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade***. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.53-54

## 1.6 Tratamento de dados

Os princípios de proteção de dados são fundamentais e devem ser observados e são realizados de acordo com a finalidade para a qual os dados foram coletados, discutindo os princípios que fazem parte dos direitos do titular dos dados, aos quais as empresas que processam os dados devem aderir.

O GDPR possui regulamentações para orientar as empresas a fornecer e garantir a privacidade dos dados, portanto, não apenas sistemas de processamento de dados, mas também o banco de dados em si é construído com todos os princípios do GDPR em mente. Portanto, medidas destinadas a evitar a superexposição de dados são através de boas práticas de anonimização e minimização de dados e como uma aplicação de criptografia projetada para impedir a identificação de indivíduos.

A lei recomenda que a empresa designe um *data protection officer*, ou DPO: um executivo de proteção de dados, cujas responsabilidades incluem o monitoramento, e a provisão de garantias e informações aos controladores e processadores de dados em relação às questões de proteção aos dados. Embora a responsabilidade sobre o que fazer com os dados não seja do DPO e sim dos controladores, o papel desempenhado pelo DPO orienta e garante o *compliance* da empresa às normas.

Por fim a segurança relacionadas ao tratamento dos dados e na sua utilização, vedando práticas discriminatórias pelas empresas, que possam interferir de forma negativa na esfera pessoal do titular dos dados, além de prever formas de *accountability* para os agentes de tratamento de dados.<sup>32</sup>

Do mesmo modo afigura-se essencial que se transmita com máxima clareza todas as opções do titular quanto a eventuais dados coletados nos serviços prestados e qual o emprego lhes será dado. É salutar que se descrevam as formas por meio das quais os titulares poderão exercer os direitos garantidos pela LGPD e que se garanta a qualidade do dado, além de constar a indicação clara, expressa e destacada a respeito do encarregado pelo tratamento dos dados pessoais. A participação do titular deverá influenciar na valoração positiva das normas de *compliance* pela ANDP, de modo que o envolvimento da sociedade civil na própria construção das normas corporativas e revisão da política de privacidade pode ser um relevante indício da robustez do programa. À evidência, deve-se ponderar quais medidas podem ser implementadas sem prejuízo do regular desempenho da atividade.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> FRAZÃO, Ana. *Compliance de dados pessoais*. Op.cit. p. 705.

<sup>33</sup> FRAZÃO, Ana. *Compliance de dados pessoais*. Op.cit. p. 705.

## 1.7 Ciclo de vida dos dados

A ciência da informação pode e deve contribuir para essa situação ao acesso e uso intensivo de dados evoluindo da melhor forma possível, buscando reconhecimento e ofertas de pesquisa a expandir o equilíbrio e o máximo entre os participantes do processo de engajamento otimize o uso de dados.

Nesta tarefa, é necessário construir esta análise, para isso, a separação de fases é recomendada quando requerem diferentes necessidades e habilidades, para participar da visita e usando os dados, com os próprios dados como ponto central, uso do Ciclo de Vida de Dados - CVD é proposto como uma abordagem destaque os diferentes momentos e fatores envolvidos no processo.

Se faz necessário se utilizado para obter sado para atender a necessidades específicas ou previstas Informações sobre um determinado contexto, neste primeiro momento esforços necessários para desenvolver planos de ação, análise Viabilidade e execução da coleta de dados.

O acesso aos dados está mudando em todas as áreas de atividade com relação atuação humana, especialmente com o crescimento recente e exponencial de alternativas para coleta, armazenamento e recuperação dados, mesmo além de nossa capacidade de processar esses novos dados volumes, variedade e velocidade de acesso a dados, definido como *big data*.

“Big data se refere a dados que são grandes demais para um único servidor, muito diversos para se adequar a uma base de dados estruturada em linhas e colunas, ou cujo fluxo seja tão intenso que não permita adequação a um data warehouse estático”.<sup>34</sup>

Por fim, fica demonstrado que as fases de coleta, armazenamento, recuperação e descarte e os fatores que estão presentes em cada frase do processamento uma destas fases

## 2 Princípio constitucional ao contraditório no direito brasileiro

O princípio do contraditório, assim como o da ampla defesa, são corolários do princípio do devido processo legal. Ambos estão previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, segundo o qual, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

---

<sup>34</sup> DAVENPORT, Thomas H. Big data at work: dispelling the myths, uncovering the opportunities. Harvard: Harvard Business School Publishing, 2014.

O princípio do contraditório em si é a exteriorização da ampla defesa. Consistindo na possibilidade que se defere às partes de produzir prova, de argumentar contra aquilo que foi afirmado pela outra parte.

Nesse diapasão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>35</sup> preceitua que o contraditório impõe a condução dialética do processo, e que, em outras palavras, exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas. Implica ele, portanto, na igualdade entre as partes.

Portanto, o contraditório implica na contra argumentação de fatos e provas alegados pela outra parte, e não de direitos, pois não se pode se defender de direito, apenas alegar o direito para se defender, muito embora seja possível aplicar o contraditório também em matéria de direito, quando ele possibilitar a extinção do feito, a exemplo da *abolitio criminis*, que pode ensejar o decreto de extinção da punibilidade, no processo penal.

Segundo a doutrina clássica, para que o contraditório seja efetivo são necessários dois requisitos, a ciência do ato processual, que ocorre por meio da citação (ciência ao acusado para se defender), intimação (ciência à parte de ato passado) e notificação (ciência a qualquer pessoa de ato futuro), e a possibilidade de reação, ou seja, a possibilidade de se produzir prova em sentido contrário.

O contraditório não se confunde com o princípio constitucional da igualdade ou paridade de armas, que significa que as partes devem ser tratadas igualmente pelo juiz, isto é, devem ter as mesmas oportunidades de fazer valer as suas razões.

Tampouco se confunde com a ampla defesa, garantia constitucional que assegura ao acusado a possibilidade de trazer para o processo todos os elementos necessários ao esclarecimento da verdade, inclusive, a possibilidade de se calar, caso julgue ser esta a medida mais adequada. A ampla defesa possui duas dimensões, a autodefesa, que seria a defesa realizada pelo próprio acusado, por meio da qual pode trazer a sua versão dos fatos, como ocorre no interrogatório e é disponível pelo réu, e a defesa técnica, aquela realizada por procurador habilitado (advogado ou defensor público).

A autodefesa é disponível, a defesa técnica é indisponível, conforme se depreende dos artigos art. 261 e seguintes, do código de processo penal, que, resumidamente, ensinam que ninguém será processado ou julgado sem defensor, que será reservado ao acusado o direito de mudar de defensor ou de defender-se a si próprio se tiver habilitação legal, que é obrigatório ao advogado nomeado atuar na causa que lhe foi designada, salvo motivo relevante, sob pena de

---

<sup>35</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. V. 1, artigos 1º a 43. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 68.

multa, e que é defeso ao defensor abandonar a causa, salvo motivo justo, sob pena de multa e demais sanções profissionais etc..

Reforça ainda mais esse entendimento a súmula 523, do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Acusação e defesa têm direito ao contraditório, mas só a defesa tem direito a ampla defesa.

Tais princípios (contraditório e ampla defesa), contudo, não tem vigência plena durante a fase de inquérito policial, que é, mormente inquisitorial. No entanto, na fase de inquérito pode ocorrer o contraditório diferido ou prorrogado, no caso de se verificar perigo de perecimento do objeto em face da demora na prestação jurisdicional, tornando possível a concessão de medidas inaudita *altera pars*, isto é, sem que a outra parte seja ouvida, possibilitando, porém, a sua oitiva em momento posterior (diferido), quando então poderá exercer o contraditório. É o que ocorre nos casos de busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e outras medidas cautelares do processo penal.

Todos os processos, inclusive de execução e os administrativos, se sujeitam ao princípio do contraditório.

Esse princípio se complementa e é complementado pelos demais princípios previstos na Constituição da República.

A regra é que o contraditório ocorra contemporaneamente à produção da prova pela parte contrária, mas ele também pode se dar de forma diferida, eventual ou mitigada, a exemplo do que ocorre no processo cível executivo para execução de título judicial. Será diferido porque é retardado, ocorrendo após a ordem de pagamento. Será eventual, porque o juiz não convida o executado para se defender, dependendo eventual defesa de iniciativa do devedor. E por fim, será mitigado, porque haverá limitação quanto às matérias que poderão ser alegadas em defesa.

## 2.1 Direito à prova como resultante do contraditório

Prova é todo meio apto a demonstrar um fato, a verdade.

Todo processo busca a verdade processual, ou seja, a verdade possível.

A doutrina reconhece o direito à prova como um direito constitucional implícito, que decorre dos princípios da inafastabilidade ou garantia do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa.

O direito à prova também sofre limitações de ordem material, como ocorre com a proibição a provas ilícitas, e de ordem processual, que decorrem das regras do devido processo legal, impedindo o retrocesso durante o procedimento processual que visa à sentença.

O objeto da prova, em regra, são os fatos, o direito não (porque o juiz conhece o direito), mais precisamente os fatos controvertidos e relevantes. Excepcionalmente é necessário provar o direito estrangeiro, consuetudinário, estadual e municipal.

Em regra, fatos impertinentes, irrelevantes, notórios, confessos (exceto no processo penal), incontrovertidos e que gozam de presunção de veracidade não serão objeto de prova.

Existem quatro sistemas de valoração da prova. O sistema das Ordárias, também chamado de júízo dos deuses, o sistema da prova tarifada ou legal (como exemplo podemos citar a morte, que só se prova com a certidão de óbito), o sistema do livre convencimento, que não exigia fundamentação do julgador, e, por fim, o sistema da persuasão racional, mais usado atualmente e que, como veremos, mais se coaduna com a interpretação constitucional do princípio do contraditório, pois exige do julgador expor as razões de suas decisões, e para tanto ele deve analisar o alegado pelas partes.

Quanto ao ônus da prova, a regra é sua distribuição ser estática, com eventual inversão do ônus probatório surgindo através de convenção ou acordo entre as partes ou legal.

Como veremos mais adiante, a distribuição estática do ônus da prova vem sendo mitigada, e tornando-se mais dinâmica, é dizer, o juiz fixará o ônus da prova conforme o caso concreto.

A distribuição do ônus da prova que melhor atende ao contraditório real deve ser dinâmica.

Como veremos abaixo, o contraditório para ser atingido, deve considerar tanto um aspecto formal, quanto um aspecto substancial.

Resumidamente, o aspecto formal do contraditório implica na comunicação dos atos processuais às partes, no direito à produção da prova e no direito de manifestação no processo, seja frente ao que a outra parte alega ou prova, seja frente ao magistrado.

Já em seu aspecto substancial, o contraditório impõe a participação do julgador e legítima possibilidade às partes de influenciá-lo em sua decisão, há efetiva cooperação entre as partes e o magistrado, e conseqüentemente, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus probatório e da flexibilização justificada dos prazos.

Veremos mais sobre o aspecto substancial do contraditório nos capítulos à frente. Por ora trataremos da distribuição do ônus da prova como resultante do contraditório.

Distribuir o ônus da prova é determinar, de antemão, quais das partes arcará com as consequências de um ato alegado, mas não comprovado, já que ao juiz não é dada a faculdade de não decidir.

Embora nosso Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 333, opte pela Teoria Estática do Ônus da Prova, ao dizer que o ônus da prova é de quem alega, ou seja, o autor tem o ônus quanto aos fatos constitutivos do seu direito e o réu em relação aos fatos modificativos, extintivos, impeditivos do direito do autor, nossa doutrina e jurisprudência vêm flexibilizando essa regra, atentando-se para o status constitucional do princípio do contraditório e aplicando sua vertente substancial.

Assim, existirão casos em que o ônus da prova será dinâmico, ou seja, distribuído fato a fato, a luz das particularidades do caso concreto, devendo, portanto, ser suportado pela parte que, no caso, puder suportá-lo.

Dessa forma, o ônus de não provar recai sobre aquele que poderia provar e não o fez, ao invés de recair sobre o que “deveria” provar o que a ele era impossível, atingindo-se isonomia processual entre as partes.

Cumprido, entretanto, observar que as regras do ônus da prova são regras de julgamento, mas as regras de sua redistribuição não. Assim, o juiz deve redistribuir o ônus da prova antes mesmo da instrução abrindo vista para as partes se manifestarem sobre tal ato<sup>36</sup>.

O contraditório é condição de validade da própria prova, tanto que no processo penal, as provas produzidas durante o inquérito devem ser submetidas ao contraditório para se puder chegar a uma condenação.

E mais, o próprio juiz tem iniciativa probatória, o que constitui elemento indissociável da efetividade do processo, pois proporciona a apuração completa dos fatos, não havendo falar em quebra da imparcialidade<sup>37</sup>.

## 2.2 O contraditório e a relação comunicativa entre as partes

Atualmente o contraditório não é aceito apenas em sua versão formal, de comunicação (ciência e intimação) dos atos processuais às partes, produção da prova e direito de

---

<sup>36</sup> COSTA RIBEIRO, Lorena. O princípio do contraditório e algumas práticas para sua realização. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7f7ed8ecfca9e176#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20do%20contradit%C3%B3rio%20pode,condi%C3%A7%C3%B5es%20com%20a%20parte%20contr%C3%A1ria>. Acessado em 15 de maio de 2022.

<sup>37</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

manifestação no processo. Hoje o contraditório é também substancial, ou seja, há participação do julgador e legítima possibilidade às partes de influenciá-lo em sua decisão, há efetiva cooperação entre as partes e o magistrado, e conseqüentemente, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus probatório e da flexibilização justificada dos prazos.

O contraditório implica numa comunicação argumentativa entre as partes entre si e entre elas e o julgador.

Em outras palavras, o contraditório real só é atingido quando ambas os seus aspectos são abordados, o formal e o substancial.

Essa complementação ao contraditório formal clássico advém de um primado democrático, de uma visão constitucional do Direito.

Carlos Arturo Cano Jaramillo ensina que apenas respeitando-se o vínculo democrático e participativo do processo que teremos legitimidade nas decisões de um Estado Democrático<sup>38</sup>.

Sabemos que o contraditório é um direito fundamental, previsto diretamente no art. 5º, da Constituição, e de aplicação automática aos processos judiciais e administrativos, independentemente de nova previsão infraconstitucional.

Isso significa que, com base na Constituição, o julgador deve complementar, corrigir ou reparar a legislação infraconstitucional sempre que um direito fundamental não é respeitado em sua completude. Isso é válido não apenas em relação ao contraditório, mas também em relação aos demais direitos fundamentais.

Portanto, o magistrado não deve apenas cientificar as partes dos atos processuais, ou apenas dar-lhes a oportunidade de manifestação. Ele deve de fato buscar completar o processo, participar dele e se deixar influenciar pelas partes, garantindo não apenas um tratamento igual entre elas, mas de fato isonômico.

Nesse ponto, o princípio da igualdade deve servir ao princípio do contraditório<sup>39</sup>.

Se deixar influência pelas partes significa que o juiz deve considerar as razões e argumentos colocados por autor e réu, indicar-lhes eventual ponto obscuro ou ausente etc.

Ada Pellegrini Grinover, salienta que a observância do contraditório já vem desde a Constituição anterior, já salientava que a participação na instrução deveria ser entendida em seu

---

<sup>38</sup> CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. La argumentación y el diálogo frente al principio de contradicción. Derecho penal contemporáneo, Bogotá, n. 3, p.131-161, abr./jun. 2003, p. 131-161.

<sup>39</sup> COSTA RIBEIRO, Lorena. O princípio do contraditório e algumas práticas para sua realização. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7f7ed8ecfca9e176#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20do%20contradit%C3%B3rio%20pode,condi%C3%A7%C3%B5es%20com%20a%20parte%20contr%C3%A1ria.>

Acessado em 15 de maio de 2022

sentido verdadeiro, isto é, não limitado à atividade probatória, mas estendido a tudo quanto servisse para preparar o espírito do juiz<sup>40</sup>.

Segundo Windsor Malaquias Cordeiro<sup>41</sup>:

Os processualistas, apoiados especialmente nos recentes estudos doutrinários feitos no âmbito do Direito Privado, sustentam que o dever de cooperação processual, quando da sua aplicação prática, gera, aos sujeitos do processo, aqui incluído o magistrado, uma série de deveres correlatos, os quais podem ser divididos, dentre outras propostas teóricas, em: (i) dever de consulta (ou de diálogo ou de debate); (ii) dever de esclarecimento; (iii) dever de prevenção; (iv) dever de auxílio (ou de assistência); (v) dever de lealdade; (vi) dever de proteção; e (vii) dever de respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Importante ressaltar esse dever de prevenção, que significa que o juiz, ao notar alguma nulidade, deve dar à parte responsável a chance de saná-la, e não apenas aguardar para o momento de sua decisão. Isso é válido, inclusive para matérias de ordem pública. O objetivo, portanto, é evitar surpresas às partes quando da decisão final do julgador.

Um contraditório real (vertente formal e substancial) democratiza e traz justiça e legitimidade à decisão, atingindo assim, o fim do processo, que é pacificar conflitos.

Essa roupagem dada ao contraditório foi introduzida no novo Código de Processo Civil e também nas reformas feitas ao Código de Processo Penal. Ademais, não podemos esquecer também que, conforme o texto constitucional, o princípio do contraditório também se aplica aos processos administrativos.

### 2.3 O contraditório como dever de diálogo entre as partes

O contraditório como dever de diálogo entre as partes está ligado ao ponto anterior, que trouxe o aspecto substancial desse princípio.

No que Zaneti chama de “direito de influência e dever de debate”<sup>42</sup>.

Assim, o juiz não pode decidir sem antes ter discutidos suas razões com as partes, demonstrando porque determinado argumento foi levado em consideração e aceito ou rechaçado, coadunando-se com o dever de justificação de todas as decisões judiciais, e, mais uma vez, trazendo justiça e legitimidade ao processo, e pacificando o meio social.

---

<sup>40</sup> ADA PELEGRINI GRINOVER. Novas tendências do Direito Processual, de acordo com a Constituição de 1988. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod\\_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf). Acessado em 23 de maio de 2022.

<sup>41</sup> CORDEIRO, Windsor Malaquias. **O dever de cooperação no direito processual civil: propostas para a promoção de sua eficácia e efetividade**. Disponível em:

[https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/36830/1/2018\\_dis\\_wmcordeiro.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/36830/1/2018_dis_wmcordeiro.pdf). Acessado em 15 de maio de 2022.

<sup>42</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 191.

Esse pensamento é válido para todas as decisões judiciais, inclusive aqueles que podem ser tomadas de ofício pelo magistrado. A única diferença, nesses casos, seria a profundidade das razões apresentadas, obviamente. Mas mesmo assim, antes da decisão de ofício o juiz deve dar às partes a oportunidade de tratar daquele assunto.

Assim, fica afastada do nosso ordenamento as decisões surpresa<sup>43</sup>.

Que as partes devem poder influenciar o juiz não há dúvidas, mas o que a vertente substancial do contraditório visa é ir mais além, é fazer com que o juiz realmente se deixe influenciar, dialogue e debata com ambas as partes, ouvindo suas argumentações, acatando-as ou afastando-as e sempre dando suas razões fundamentadamente para uma ou outra postura. Em outras palavras, o contraditório, em sua vertente substancial, visa democratizar o processo<sup>44</sup>.

Essa postura em ouvir e debater também se aplica, até certo ponto, ao terceiro não parte do processo, mas que tem a contribuir com ele.

Essa vertente substancial do contraditório não deve ser vista como um abandono ou um empecilho à imparcialidade do magistrado, pelo contrário, trata-se mais de uma garantia de justiça processual, e de certa forma, um reforço justamente à imparcialidade do julgador, que ao invés de apenas ouvir, passará a debater e assim efetivamente conseguir ser imparcial, sem preconceitos ou convencionalismos. Ada Pellegrini Grinover, já salientava que o exercício do pleno contraditório fortalecia a imparcialidade do julgador, que apreciava o resultado das atividades justapostas e paritárias das partes<sup>45</sup>.

O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgado<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> COSTA RIBEIRO, Lorena. O princípio do contraditório e algumas práticas para sua realização. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7f7ed8ecfca9e176#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20do%20contradit%C3%B3rio%20pode,condi%C3%A7%C3%B5es%20com%20a%20parte%20contr%C3%A1ria.> Acessado em 15 de maio de 2022.

<sup>44</sup> Daniela Almeida Bittencourt e Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho. O princípio do contraditório e o dever de diálogo como garantia constitucional ao direito de defesa. Disponível em: [file:///E:/Mestrado%20Brasil%20\(FMU\)/1%C2%BA%20SEMESTRE/Semin%C3%A1rio%20de%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20Intellectual/Garantismo%20\(1\).pdf](file:///E:/Mestrado%20Brasil%20(FMU)/1%C2%BA%20SEMESTRE/Semin%C3%A1rio%20de%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20Intellectual/Garantismo%20(1).pdf). Acessado em 17 de maio de 2022.

<sup>45</sup> ADA PELEGRINI GRINOVER. Novas tendências do Direito Processual, de acordo com a Constituição de 1988. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod\\_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf). Acessado em 23 de maio de 2022.

<sup>46</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 113.

## Conclusão

Analisando globalmente a utilização desenfreada de dados pessoais, particularmente, agravado ainda pela crise da pandemia do COVID-19, a LGPD foi um avanço imprescindível, para regulação e salvaguardar os direitos fundamentais dos titulares dos dados. Por outro lado, com intuito de não obstaculizar o uso de dados que se fazem tão imprescindíveis à atualidade, a lei da diretriz o que já é o pilar para o uso correto dos dados conferindo-lhes tratamento adequado com salvaguarda da autodeterminação do usuário, atendimento dos interesses legítimos e dos padrões de transparência, verificação e responsabilidade.

Dessa forma, a LGPD, ainda concede a transferência internacional de dados, mesmo em países sem os níveis de proteção adequados com legislação específica, mediante autorização direta do titular do direito, de modo prévio e separado. De qualquer forma, considerando o uso maciço de dados característico da era da Big Data e, agora, essencial.

Lado outro os princípios constitucionais, em especial aquele que são considerados direitos fundamentais, como é o caso do direito ao contraditório, passaram a ser considerados pelo julgador não apenas no seu aspecto formal, mas principalmente em seu aspecto material, ou seja, na sua interpretação constitucional e democrática, independentemente da lei fria ou da ausência de norma infraconstitucional.

Somente dessa forma o julgamento, seja ele judicial ou administrativo, atenderá aos seus deveres de equanimidade, isonomia e democracia.

O contraditório atinge, portanto, esse aspecto constitucional quando o julgador para a considerar seu aspecto substancial, que se reflete principalmente na sua interação com as partes, ouvindo-as, debatendo com elas, e se deixando influenciar por elas, distribuindo de forma dinâmica o ônus probatório, conforme o caso concreto, e flexibilizando os prazos, se a situação fática assim exigir.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt; e LYON, David. **Vigilância Líquida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BITTENCOURT, Daniela Almeida; e SOBRINHO, Ruy Cardozo de Mello Tucunduva. **O princípio do contraditório e o dever de diálogo como garantia constitucional ao direito de defesa**. Disponível em: 17 de maio de 2022.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. **La argumentación y el diálogo frente al principio de contradicción. Derecho penal contemporáneo**. Bogotá, n. 3, p.131-161, abr./jun. 2003.

CORDEIRO, Windsor Malaquias. **O dever de cooperação no direito processual civil: propostas para a promoção de sua eficácia e efetividade**. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/36830/1/2018\\_dis\\_wmcordeiro.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/36830/1/2018_dis_wmcordeiro.pdf). Acessado em 15 de maio de 2022.

COSTA RIBEIRO, Lorena. **O princípio do contraditório e algumas práticas para sua realização**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7f7ed8ecfca9e176#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20do%20contradit%C3%B3rio%20pode,condi%C3%A7%C3%B5es%20com%20a%20parte%20contr%C3%A1ria>. Acessado em 15 de maio de 2022.

CUDZYNOWSKI, Anna Carolina; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **O advento da internet e o direito à privacidade e à intimidade na sociedade da informação. Teoria da relação jurídica na sociedade da informação: Internet, Negócio Jurídico, Direitos Intelectuais, Família e Empresa – II**. São Paulo: Publicação Independente. 2021. Acesso em 17 de maio de 2022.

**DIAGNÓSTICO LGPD. Ferramenta de diagnóstico LGPD. 2019**. Disponível em: <https://diagnosticolgpd.abes.org.br/>. Acesso em: 29 abril. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988. V. 1, artigos 1º a 43**. São Paulo: Saraiva, 1990.

Ffile:///E:/Mestrado%20Brasil%20(FMU)/1%C2%BA%20SEMESTRE/Semin%C3%A1rio%20de%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20Intelectual/**Garantismo%20(1)**.pdf. Acessado em 17 de maio de 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual, de acordo com a Constituição de 1988**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod\\_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf). Acessado em 23 de maio de 2022.

MOLINA, Leticia Gorri; SANTOS, Juliana Cardoso dos. **Gestão da informação e a 4a Revolução Industrial. AtoZ: novas práticas em informação e conhecimento**, v. 8, n. 2. 2020.

**partir da ciência da informação. Informação & Informação**, v. 21, n. 2. 2016.

SANT'ANA, Ricardo César Gonçalves. **Ciclo de vida dos dados: uma perspectiva a**

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

## 7 Proteção de dados pessoais e obtenção de provas por meios lícitos

### Personal data protection and collection of legal evidences

#### Sabrina S. Graciano Canovas

Mestranda no Centro Universitário FMU em Direito da Sociedade da Informação. MBA em Corporate Strategy pela Business School São Paulo (BSP). Pós-Graduado com título de Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Direito pela Universidade São Francisco de Bragança Paulista - SP. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1534049642299051>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8449-3962>. E-mail: [sagraciono@gmail.com](mailto:sagraciono@gmail.com). São Paulo/SP, Brasil.

#### Valdir Rodrigues de Sá

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pela FMU. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pelo Senac/SP. Instrutor na Oficina de Oratória da OAB Seccional Sé, no período de 2016/2018. Pres. da Comissão de Oratória Forense da Subseção da OAB Ipiranga/SP desde 2017. Presidente da Comissão da OAB Ipiranga vai à Escola, no triênio 2022/2024. Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4234640336541384>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8296-5687>. E-mail: [valdir.sa@uol.com.br](mailto:valdir.sa@uol.com.br). São Paulo/SP, Brasil.

#### Resumo

Fundamentalmente comunicacional, sociedade da informação utiliza ferramentas tecnológicas, inovadoras e digitais, bem como os variados modelos de mídia em todas as esferas da vida humana, seja para facilitar afazeres domésticos ou escolares, seja para se locomover, morar, se relacionar e, principalmente, se abastecer de informações. Da mesma forma, o ambiente jurídico vem sendo impactado pelo mesmo avanço tecnológico. Nesse sentido, presente artigo tem por objetivo analisar os meios de obtenção de provas na sociedade da informação, considerando aspectos da proteção de dados, do direito à privacidade e dos princípios constitucionais e, primordialmente, no que tange à disponibilidade de tecnologias à serviço do direito e das pessoas. Observar como o uso de ferramentas tecnológicas, inovadoras e digitais na coleta de provas podem gerar os efeitos diretos e indiretos no direito processual brasileiro. Destarte, inicia-se com o estudo sobre o conceito de Proteção de Dados no geral e da Proteção de Dados Pessoais, bem como da inserção do direito à Proteção de Dados na Constituição Federal, passando pelos princípios constitucionais correlatos ao tema. Seguidamente, será demonstrado aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e suas contribuições ao cenário jurídico atual. Posteriormente, serão ponderadas as definições de meios de obtenção de provas, passando pelo princípio da licitude das provas. Após, discute-se sobre os meios de obtenção de provas digitais e o impacto da evolução tecnológica no Direito Processual Brasileiro. Por fim, uma conclusão sobre o tema será devidamente apresentada.

**Palavras-Chave:** Proteção; Dados; Constituição; Princípios, LGPD; Obtenção de Provas; Lícita; Provas Digitais.

#### Abstract

Fundamentally communicational, the information society uses technological, innovative and digital tools, as well as media models in all spheres of life, whether to facilitate household or school tasks, or to move, personal live and to get information. Similarly, the legal environment has been impacted by the same technological advance. In this sense, this article aims to analyze the means of obtaining evidence in the information society, considering aspects of data protection, the right to privacy and constitutional principles and, mainly, regarding the availability of technologies at the service of law and of people. In order to observe how the use of technological, innovative and digital tools in the collection of evidence can impact direct and indirect Brazilian procedural law. Thus, this study begins with the concept of Data Protection in general and the Protection of Personal Data, as well as the insertion of the right to Data Protection in the Federal Constitution, observing the constitutional principles related to the subject. Next, the aspects of the General Data Protection will be demonstrated, as well the contributions to the current legal scenario. Subsequently, the definitions of means of obtaining evidence will be considered, going through the principle of legality of evidence. Afterwards, we discuss the means of obtaining digital evidence and the impact of technological developments on Brazilian Procedural Law. Finally, a conclusion on the subject will be duly presented.

**Key words:** Protection; Data; Constitution; Principles LGPD; Collection Of Evidences; Legal Evidences, Digital Evidences.

## **Introdução**

A evolução da tecnologia e da própria sociedade trouxe impactos, positivos e negativos, em todas as esferas da vida humana. Na mesma intensidade que proporciona facilidade, conectividade e acesso à informação, gera experiências singulares, que carecem de discussão e estudo para melhor compreensão e adaptação a estes novos cenários.

O mesmo ocorre com o direito, uma vez que o ordenamento jurídico é mecanismo de organização social, podendo ser alterado ao longo do tempo e está sujeito aos aspectos que conduzem a sociedade.

Neste contexto, a dinâmica probatória no direito processual brasileiro, inevitavelmente, teve que absorver as inovações trazidas por essa evolução tecnológica em todas as suas esferas, dentre elas a criminal.

A prova tem como objetivo principal a demonstração dos fatos alegados pela parte, no âmbito processual, destinada ao convencimento do magistrado. Assim, o destinatário das provas é o julgador responsável por analisar as evidências constantes nos autos para solucionar a lide.

Gustavo Badaró ensina que todas as ações relacionadas à prova, dentro de um processo, devem destinadas à busca da verdade, para que o juiz possa exercer sua atividade cognitiva (BADARÓ, 2018).

Entretanto, para que uma prova tenha validade e produza seus efeitos, sua obtenção deve cumprir requisitos legais, do contrário será considerada prova ilícita. Ada Pellegrini Grinover afirma que:

A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria de prova proibida... Analisando esta terminologia, diz-se que a prova é ilícita sempre que a sua obtenção constitua uma violação de normas jurídicas ou princípios gerais da ordem jurídica de natureza processual ou material... Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, as provas colhidas em violação de normas ou princípios estabelecidos pela Constituição e pela lei, muitas vezes para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e da sua manifestação como direito à privacidade.<sup>47</sup> (GRINOVER, 1998)

A principal discussão, neste ponto, reside na licitude das provas colhidas por meios eletrônicos e com uso de novas tecnologias, especialmente, na hipótese de colidirem com outros direitos, bem como na legalidade dos atos dos magistrados que, porventura, tiveram acesso à essas evidências. Ademais, há de se considerar os novos institutos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei 12.965 de 2014 conhecida como Marco Civil da Internet e a Lei nº 13.179 de 2018 chamada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Em 2020, durante um seminário internacional promovido pela Câmara dos Deputados, discutiu-se a aplicação da proteção de dados nas questões de investigações internacionais, criminais e como garantia da democracia. No evento, a deputada Margarete Coelho (PP-PI), afirmou a importância no tema na obtenção de provas por meio tecnológico, alegando que “o cuidado deve existir desde o momento da coleta da prova, do armazenamento, do lacre dela. Todas as vezes que ela for manipulada, isso precisa constar em relatório (COELHO, 2020).

Neste diapasão, resta comprovada a importância de estudos e debates sobre o tema, que passamos a explorar na sequência.

## **1 Conceito de Proteção de Dados, Dados Pessoais e Evolução Histórica**

A proteção de dados está relacionada à segurança da informação. Para se traçar o conceito de proteção de dados é imperioso fazer a distinção entre privacidade proteção de dados, bem como definir o que se entende por dados pessoais.

---

<sup>47</sup> La prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida... Acompañando esa terminología, se dice que la prueba es ilegal toda vez que su obtención configure violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material... Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad.

Existem, atualmente, diversos conceitos e explicações acerca da privacidade e da proteção de dados pessoais, não apenas no Brasil, mas por todo o mundo.

Nas palavras de Victor Correia:

A privacidade significa a proteção de dados, que têm a ver com sentimentos e convicções pessoais, desde que não sejam prejudiciais para a sociedade, a possibilidade de ser deixado em paz e mesmo de conservar o anonimato (por exemplo quando se obtém uma quantia de dinheiro elevada como resultado de um sorteio ou da prática de um jogo). Por seu turno, o conceito de direito à privacidade implica uma liberdade reconhecida juridicamente a cada indivíduo, que deve ser livre não apenas enquanto cidadão dispondo de direitos, e enquanto sujeito de direito regido por leis, mas enquanto pessoa com um espaço distinto face à sociedade, que é salvaguardado do ponto de vista estatal e legal, tanto a nível nacional como internacional. (CORREIA, 2014)

Para Stefano Rodotà, a privacidade deve ser entendida como:

O direito de controlar a própria informação e determinar a forma de construir a própria esfera privada”. Por outro lado, a proteção de dados, na ótica do autor, indica um ponto final de “(...) um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade - de sua definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de manter o controle sobre as informações e determinar como a esfera privada deve ser construída. (RODOTÀ, 2009)

Na LGPD, dados pessoais podem ser entendidos como uma informação relativa a uma pessoa viva, identificada ou identificável. Também constituem dados pessoais o conjunto de informações distintas que podem levar à identificação de uma determinada pessoa.

Neste sentido, conclui-se que proteção de dados pessoais trata da salvaguarda de informações específicas que possam identificar um indivíduo, de forma que lhe sejam garantidos diversos direitos fundamentais, dentre eles o da privacidade.

No que tange à evolução histórica, tem-se uma cronologia de diplomas legais que merece atenção.

- Constituição Federal de 1988: Em 1988 o Brasil adotou uma nova Carta Magna, que contempla a proteção de dados em seu artigo 5º, nos incisos X, XII e LXXIX;
- Código de Defesa do Consumidor de 1993 (CDC): No início dos anos 90, o Brasil regulou e regulamentou as relações consumeristas, criando um diploma legal protetivo ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor evolui ainda mais na busca pela defesa de informações e tem uma seção específica sobre cadastros e banco de dados. Já nesta época, o CDC previa o direito de acesso e retificação (hoje contemplado na LGPD) dos cadastros e bancos de dados, constituindo infração na hipótese de haver dificuldade no acesso às informações pelo consumidor ou deixar de comunicar ao titular sobre o registro de seus dados, conforme artigo 43 do referido diploma.
- Diretiva 95/46 de 1996: Saindo do Brasil e indo em direção ao continente europeu, percebe-se a presença da Diretiva 95/46, publicada pelo Parlamento Europeu em 1996, a qual buscou estabelecer uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus, bem como fomentar relações mais próximas entre os Estados que pertencem à União Europeia. Possuía ainda o objetivo de regular a transferência de dados pessoais entre

os países membros do bloco europeu, com a finalidade de assegurar o progresso econômico e social mediante ações comuns para eliminar as barreiras que dividem a Europa.

- Marco Civil da Internet de 2013: A Lei Federal nº 12.965/2014, mais conhecida como o Marco Civil da Internet, é a primeira lei responsável por regular o uso da internet no país. A lei tem como fundamento a responsabilidade civil na internet; trouxe garantias à liberdade de expressão, privacidade, intimidade dos usuários e inviolabilidade das comunicações; previu a vedação de divulgação de dados pessoais; estabeleceu a obrigatoriedade de guarda dos registros de conexão por um ano e proibição de guarda dos registros de navegação; determinou a obrigação de retirada dos conteúdos infringentes; instituiu a garantia de neutralidade. No julgamento da ADI 5527/DF, os Ministérios da Suprema Corte Rosa Weber e Edson Fachin entenderam que é necessário conferir proteção aos dados pessoais e que determinar qualquer alteração no pedido seria criar precedentes de risco tais direitos. Vale lembrar que o referido julgamento fez menção específica à criptografia e à necessidade de proteção desse sistema de conversão de dados apesar dos interesses privados.
- General Data Protection Regulation (GDPR) de 2018: O Regulamento Geral de Proteção de Dados, adiante RGPD, é um diploma Europeu (EU 2016/679) que determina as regras relativas à proteção, ao tratamento e à livre circulação dos dados pessoais das pessoas nos países da União Europeia. Este regulamento visa reforçar a Proteção de Dados dos cidadãos e harmonizar a legislação dos países membros da EU, vez que substituiu a até então em vigor Diretiva 95/46.
- Lei Geral de Proteção de Dados de 2018 (LGPD): Trata-se de uma Lei criada para regular o tratamento de dados pessoais. A Lei busca garantir maior segurança sobre as informações e privacidade de dados. O seu objetivo é permitir que o titular dos dados tenha controle e possa decidir sobre o uso e o tratamento de suas informações.

### 1.1. Direito à Proteção de Dados na Constituição Federal

A privacidade, como direito fundamental e da personalidade, vem passando por sequenciais transformações, desde a sua noção dada por Warren e Brandeis, através de um trabalho publicado na Universidade de Harvard, até os tempos modernos. (PEIXOTO, 2018)

O autor brasileiro, Danilo Doneda, afirma que a expressão privacidade tem origem latina, apesar de sua utilização predominantemente em inglês, sendo considerado por alguns autores como anglicismo (DONEDA, 2011).

A Constituição Federal de 1988 utilizou as expressões “intimidade” e “vida privada”, interpretando-se que a proteção da pessoa humana abrange ambos os aspectos.

Na verdade, a questão que fica é identificar se há similitude entre as referidas expressões, uma vez que em se tratando de direitos fundamentais, ambos devem coexistir e serem valorados quando analisado o caso concreto. Nesta linha, Doneda, citando a teoria de

Hubman, afirma que ambos os termos se referem a vertentes distintas do desenvolvimento da proteção da privacidade (DONEDA, 2011).

Não obstante tal distinção, é certo que a Emenda Constitucional 115/22 alterou a Constituição de 1988 para prever, de forma expressa, o direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental, acrescentando o item LXXIX ao artigo 5º da Carta Magna, que garante “o direito à proteção de dados pessoais, inclusive em mídia digital”.

A promulgação da Emenda Constitucional 115/22 ocorreu alguns meses após a sessão plenária do Supremo Tribunal Federal julgar a ADI 6393/DF, cuja relatora foi a ministra Rosa Weber, reconhecendo a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informacional como direitos fundamentais autônomos, dando-lhes salvaguardas especiais, tanto como mecanismo para reforçar a proteção individual, quanto para garantir uma limitação à intervenção do Estado.

Com isto, a proteção de dados pessoais assume o status de direito fundamental, cláusula fundamental da matriz constitucional, inerente aos indivíduos - portanto inalienável e inviolável - e essencial a uma vida digna, tornando esta proteção um dever do Estado.

Assim, retirar esse direito como medida de coação é violar diretamente a Constituição e, precisamente por esta razão, eles só podem ser retirados por ordem judicial e para fins de investigação criminal e instrução em processos criminais.

Embora exista o direito à privacidade, proteção de dados e sigilo das comunicações, por outro lado, existe o dever do Estado de proteger as informações e punir os infratores que desrespeitarem essas garantias constitucionais.

A colisão entre direitos fundamentais ocorre justamente porque não há limitações previamente estabelecidas, ao contrário, cada direito só encontra seu limite a partir do momento em que é colocado contra outro direito, dependendo de cada caso, a resolução destes conflitos.

Dessa feita, na competição dos direitos fundamentais, não há oposição entre os direitos longe disso, é imperativo que estes direitos coexistam harmoniosamente.

Deve haver uma coexistência de tais direitos, na medida em que a privacidade e a segurança dos dados pessoais não sejam, a qualquer custo, colocadas sob ameaça para fins que muitas vezes são eminentemente políticos.

Assim, é cediço que a inserção do direito à proteção de dados na Constituição Federal como um direito fundamental, traz grande relevância no julgamento de ações judiciais.

## 1.2. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

A Lei nº 13.709, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), foi aprovada em 2018 e entrou em vigor em setembro de 2020.

A lei representa um marco histórico na regulamentação sobre o tratamento de dados pessoais no Brasil, tanto em meios físicos quanto em plataformas digitais. Além de mudar a maneira como instituições privadas coletam, armazenam e disponibilizam informações de usuários, a LGPD é destinada também às instituições públicas – portanto, deve ser seguida por União, estados, Distrito Federal e municípios.

Quanto ao seu objetivo, a lei busca proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Ainda nesta linha, preconiza-se o princípio da autodeterminação informativa, o qual pode ser sinteticamente conceituado como a transferência da gestão das informações privadas para o seu titular, ou seja, a lei conferiu e garantiu ao titular do dado maior participação na forma como seus dados pessoais são tratados.

Nas palavras de Cíntia Lima:

No Brasil a recente Lei n. 13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, é um importante instrumento de regulação do poder da empresa no trato de dados pessoais para garantia da liberdade, privacidade e desenvolvimento dos seres humanos. (LIMA, 2020)

Trata-se de uma lei que teve profunda influência dos diplomas normativos europeus em sua edição, desde a Diretiva até o GDPR. Referida lei traz em seu bojo alguns pontos importantes como:

1. Conceituação de termos específicos;
2. Princípios;
3. Bases legais para tratamento que legitimam aquele que gere o dado;
4. Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes;
5. Tratamento de dados pessoais sensíveis;
6. Penalidades.

Um ponto que merece atenção é o fato de que a LGPD, diferentemente do GDPR, previu expressamente a sua inaplicação aos procedimentos de persecução penal (o GDPR previu a aplicação da LED – Law Enforcement Directive), conforme se vê no artigo 4º, inciso III, alínea “d”.

Por sua vez, a referida lei previu alguns ditames para fins de criação legislativa correspondente e específica no que tange às exceções previstas no inciso III, do artigo 4. Assim, o parágrafo primeiro do artigo 4º estabelece que o tratamento de dados pessoais nas investigações criminais será tratado por legislação específica.

Diante disso, foi elaborado um anteprojeto denominado "LGPD Penal", por um grupo de trabalho criado pela Câmara dos Deputados, com a finalidade de regulamentar a proteção de

informações no âmbito das investigações criminais e na repressão de infrações penais (AGÊNCIA CÂMARA, 2020).

Desse modo, até que se avance com o projeto da LGPD Penal, as questões relacionadas à proteção de dados na persecução criminal, seja na fase investigativa, seja na fase processual, carece de análise aprofundada e cuidadosa.

### 1.3 Proteção de Dados Pessoais na Obtenção de Provas por Meios Lícitos

Na ação judicial, prova é o meio pelo qual as partes envolvidas demonstram os fatos que baseiam suas argumentações, ou seja, é a comprovação do *thema probandum*.

A instrução probatória é essencial para viabilizar a análise da pretensão das partes em juízo, para que se alcance uma decisão pautada no convencimento motivado do magistrado, ou seja, sua decisão não poderá ser contrária as provas apresentadas no processo. Nota-se, ainda, que a prova, uma vez constituída nos autos, não pertence à parte, mas ao processo, dessa forma, os interessados no processo terão acesso as provas produzidas, sendo que o contraditório, a ampla defesa e todas as garantias constitucionais processuais deverão ser resguardadas (MARGRAF, 2018).

Sobre o assunto, Silveira e Silveira destacam que:

[...] a prova objetiva sempre a verdade. Em sentido técnico processual, verdade deve significar a correspondência com o fato ocorrido, com a máxima proximidade possível, ou deve revelar nos autos, uma clara imagem do ocorrido, de forma a permitir o debate entre as partes e, principalmente, para dar ao juiz elementos que lhe possibilitem decidir sobre aquilo cuja reconstrução histórica foi almejada através da atividade probatória. (SILVEIRA, SILVEIRA, 2015)

Nesse sentido, observa-se que a produção de provas não é irrestrita, mas encontra limites na legislação constitucional e infraconstitucional, ou seja, inclusive, no que diz respeito a proteção dos dados pessoais, para que sua utilização seja admitida na fase processual e não haja violação de direitos dos envolvidos.

A sociedade contemporânea está altamente conectada aos meios digitais e à internet. As interações sociais estão cada vez mais informatizadas e a tecnologia já está em todas as relações cotidianas, das mais simples as mais complexas (FULLER, GALLINARO, 2018). Os benefícios são inegáveis, mas a facilidade proporcionada também traz riscos que devem ser observados cuidadosamente para que causem o menor impacto possível. Os aparelhos digitais altamente tecnológico armazenam informações a todo instante, muitas vezes sem o conhecimento do próprio usuário, que tem seus dados coletados de forma silenciosa.

Nesse contexto, é possível vislumbrar que as provas também estão passando por um processo de modificação, já que podem estar em qualquer lugar, físico ou digital.

Como bem pontuado por Castilhos, Poll e Castilhos:

Não há como negar que a sociedade atual não está mais baseada em átomos e sim em bits. A tecnologia está em todo lugar. Portamos telefones celulares que são verdadeiros computadores, capazes de registrar sons e imagens e, assim, tornar perpétuas relações sociais com aparência de verdade, as quais, muito dificilmente, podem ser destruídas em um Tribunal. A maneira como nos relacionamos também se modificou e, desta forma, as “provas” são produzidas naturalmente. O aplicativo WhatsApp praticamente substituiu o telefone, igualmente como as nossas memórias, que agora são eternas e podem ser acessadas a todo momento transformando-se em mais um meio de prova. (CASTILHOS, POLL E CASTILHOS, 2020)

Diante desse aspecto, é preciso ter um olhar atencioso e cuidadoso para o tema, de forma a garantir a devida proteção dos dados pessoais na produção das provas e preservar a licitude de sua obtenção.

## **2 Meios de Obtenção de Provas Lícitas**

São diversos os meios de obtenção de provas e a cada dia que passa surgem novos, por causa, especialmente, das mudanças que a tecnologia traz à sociedade, permitindo que o processo possa, diante destas inovações tecnológicas, ser cada vez mais justo e entregar para o verdadeiro detentor, o seu direito, ou na seara penal, condenar ou inocentar o réu.

Na visão de Câmara (2018):

Meios de prova são os mecanismos através dos quais a prova é levada para o processo. Alguns deles estão expressamente previstos em lei (como a prova testemunhal ou a documental, por exemplo) e, por isso, são chamados de provas típicas (ou meios típicos de prova). Além desses, porém, admite-se a produção de meios de prova que não estão previstos expressamente, as chamadas provas atípicas (ou meios atípicos de prova). O art. 369 expressamente estabelece, aliás, que as partes “têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. (CÂMARA, 2018, p. 239).

Vemos, segundo Câmara (2018), que há uma permissividade abundante dos meios de prova no Código de Processo Civil Brasileiro, que para ser admitido, os meios de prova ou a própria prova, deve apenas ser “moralmente legítimos”, independentemente de estar ou não especificado no diploma. Para ele, são classificadas como provas ou meios de provas típicos e atípicos, o primeiro são os expressamente previstas no Código de Processo (testemunhal, documental etc.) e a segundo, os que, embora não estejam previstos expressamente, são admitidos.

Tanto no direito civil como no direito penal há uma gama extraordinária de possibilidades de utilização de meios de prova, partindo dos tradicionais, como a testemunha, temos, por exemplo, localização por GPS, sigla que significa Global Positioning System (em português: Sistema de Posicionamento Global), câmeras de sistemas de segurança, e-mails, entre outros, que permitem criar a convicção no juiz do caso, sobre a verdade dos fatos.

## 2.1 Teoria Geral da Prova

Devido a importância que a teoria geral da prova, especialmente no seu conceito, pois para entendermos melhor o tema e chegarmos a uma conclusão, se faz necessário trazer aqui diversos conceitos da prova elaborados por doutrinadores, como também o direito à prova e suas consequências, o ônus da prova o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

### 2.1.1 Conceito de Prova

A prova é de suma importância, sem ela não conseguimos demonstrar o direito, ou seja, qual a parte que de fato está certa, falando a verdade e deve ter o seu objetivo alcançado no processo, que é o convencimento do juiz, principal destinatário da prova.

Passando por grandes transformações, ao longo do tempo, com o advento de inúmeras novas tecnologias, que a todo momento inovam, os meios de obtenção de provas sempre estão em constante evolução.

Mas, para entendermos melhor a prova, vamos ao conceito de Ferrua (2021, p. 217):

*Prova “admissível” no processo penal é qualquer dado que possa ser legitimamente adquirido e avaliado pelo juiz em relação a uma determinada proposição a ser provada. Daí, por diferença, a noção de prova ‘inadmissível’ como prova que o juiz não tem o poder de adquirir em juízo, por ser objeto de proibição probatória, ou seja, de regra de exclusão.<sup>48</sup> (FERRUA, 2021, p. 217) (Grifo nosso)*

Como grifado, o autor conceitua prova como qualquer dado que possa ser analisado pelo juiz, que seja lícito e que tenha relação com o que se quer provar e diferencia a prova

---

<sup>48</sup> Texto original em italiano (tradução livre): Prova ‘ammissibile’ nel processo penale è ogni dato che possa essere legittimamente acquisito e valutato dal giudice in ordine ad una determinata proposizione da provare. Di qui, per differenza, la nozione di prova ‘inammissibile’ come la prova che il giudice non ha il potere di acquisire al processo, in quanto oggetto di un divieto probatorio, ossia di una regola di esclusione.

admissível, retro conceituada, da prova inadmissível, que é aquela que não vale para o juízo e nem deve ser buscada por este.

O mesmo autor, explica:

A prova inadmissível não deve ser confundida com a prova cuja obtenção não é permitida pelo juiz por ser manifestamente irrelevante ou supérflua; aqui a prova não é inadmissível no sentido próprio da palavra, mas simplesmente considerada inútil pelo juiz no estado do processo, o que, no entanto, não impede a sua obtenção subsequente quando a sua utilidade se torna aparente.<sup>49</sup> (FERRUA, 2021, p. 217)

Para o professor, no contexto de sua primeira citação, a prova inadmissível é aquela que deixa de ser permitida pelo juiz por ser irrelevante ou supérflua para o processo, por ser, em um determinado estágio do processo é inútil, mas nada impede, que em outro momento se torne importante e possa ser utilizada se for oportuno e se mostrar útil ao processo.

No entendimento de Duclerc prova é uma “espécie de comunicação, como troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório” (DUCLERC, 2004, p. 16). Percebe-se que o autor traz a palavra comunicação para conceituar a prova, comunicação esta que se dá entre os emissores, como as partes, testemunhas e peritos e o receptor, o juiz, que valora, processa e interpreta estes dados.

Para Távora e Alencar (2013):

A demonstração da verdade dos fatos, é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribuiu para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 388)

Para estes autores, a prova demonstra o próprio direito, a quem de verdade, deve ser garantido o sucesso na lide e relata a formação do convencimento do juiz pela prova.

E, após a definição cunhada por diversos processualistas do ramo do direito penal, é importante trazer a definição destes processualistas do ramo do direito civil:

Em uma primeira acepção, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração realizadas com o objetivo de apurar a verdade quanto às questões de fato relevantes ao julgamento. Do conceito de prova e de sua função é fácil inferir a relevância do direito a ela no sistema processual, definido também como o conjunto de oportunidades oferecidas às partes pela Constituição e pela lei para que possam demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento. (DINAMARCO; LOPES, 2016), p. 181)

---

<sup>49</sup> Texto original em italiano (tradução livre): Con la prova inammissibile non va confusa la prova di cui il giudice non am-metta l’assunzione in quanto manifestamente irrilevante o superflua; qui la prova non è inammissibile nel senso proprio della parola, ma semplicemente ritenuta inutile, allo stato degli atti, dal giudice; il che, peraltro, non esclude una sua successiva assunzione, quando se ne manifesti l’utilità.

Notamos aqui, que não importa o ramo do direito, que os conceitos de prova são sempre parecidos e tem o mesmo objetivo, demonstrar a verdade das alegações e com quem está o direito.

Os autores acima destacam a importância que é dado ao direito de prova no sistema processual e traz as oportunidades oferecidas às partes pela Constituição e pelas leis, para mostrar a verdade, como uma definição de prova.

A bem do que os autores se referem, podemos concluir, que na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, existem 3 (três) incisos que falam, 1 (um) explicitamente e 2 (dois) implicitamente sobre a prova, quais sejam, os LIV e LV, sem usar a palavra prova, mas quando cita o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, entende-se que está intimamente relacionado ao direito de produção de prova, pois, sem estes, não se concretizam aqueles. Já o inciso LVI, de maneira explícita, traz a expulsão do processo provas obtidas por meios ilícitos, aquelas que, geralmente, são adquiridas, por meio de uma prática de crime, que a macula no seu nascedouro, sendo inadmissível no processo, por exemplo, uma escuta telefônica sem autorização (BRASIL, 1988, *on-line*).

### 2.1.2 Direito à Prova

Direito constitucional e legal, que a parte tem de produzir ou de trazer aos autos, desde que legítima e lícita, a prova que pode lhe conferir o direito que alega.

A nossa Constituição, como já citamos, diz que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5.º, LVI). E o art. 369 do Código de Processo Civil diz “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL, 2015, *on-line*).

A Constituição coloca no patamar de direito fundamental, o direito à prova, ao passo que a cita no artigo 5º e o Código de Processo Civil de 2015 menciona a possibilidade de empregar meios de prova, “ainda que não especificados neste Código”, dando abrangência ampla à produção de provas, desde que estejam regradas pela legalidade e legitimidade moral.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016):

O direito à prova impõe que o legislador e o órgão jurisdicional atentem para: (i) existência de relação teleológica entre prova e verdade; (ii) admissibilidade da prova e dos meios de prova; (iii) distribuição adequada do ônus da prova; (iv) momento de produção da prova; e (v) valoração da prova. MARINONI, ARENHART E MITIDIERO (2016, p. 507)

Os autores trazem acima cinco critérios que devem ser observados pelo legislador, ao fazerem as leis, e pelo juiz, ao aplicar as leis. O primeiro se refere ao que a prova vai acrescentar, com sua verdade, ao julgamento final, o segundo se relaciona-se a permissão da produção de determinada prova ou seu meio de obtenção, no caso concreto, devendo-se perguntar se a sua finalidade é essencial e fará diferença no julgamento final da lide, o terceiro, trata-se do ônus da prova, que apesar de ser papel do autor, o réu também pode produzir provas, para trazer aos autos elementos que refutem o direito do autor, o quarto, que fala do momento de se fazer as provas, importante para manter o equilíbrio entre as partes e não permitir, que alguma delas seja beneficiada em detrimento da outra e, por último, a valoração da prova, tarefa atribuída ao juiz, que com o seu livre convencimento, deve perceber qual a prova está eivada de mais valor probatório e no momento do julgamento, considera-la com maior relevância.

Continuando com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), aqui eles trazem os requisitos para admissão da prova:

O direito à prova assegura a produção de prova admissível. Note -se que a Constituição, ao vedar a admissão de prova ilícita (art. 5.º, LVI), a *contrário sensu* autoriza a admissão de toda e qualquer prova lícita. O problema está, portanto, em individualizar quais são os requisitos que determinam a admissão da prova. Uma prova é admissível quando a alegação de fato é controversa, pertinente e relevante. A alegação é controversa quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É pertinente quando diz respeito ao mérito da causa. E é relevante quando o seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. Reunindo a alegação de fato todas essas qualidades objetivas, o juiz tem o dever de admitir a produção da prova. MARINONI, ARENHART E MITIDIERO (2016, p. 507)

Para os autores, a alegação que pode permitir a produção de provas deve ter a controvérsia, pertinência e relevância como pressupostos, destacando que a controvérsia diz respeito às versões diferentes que possam constar nos autos e a prova, possa dirimir a dúvida quanto qual das partes está dizendo a verdade. Já a pertinência está ligada ao mérito da causa e a relevância se refere o quanto aquela prova pode contribuir para o esclarecimento da verdade.

Percebemos que, independentemente da prova ou meio de prova que seja utilizado, o objetivo é chegar à verdade e desta verdade estabelecida nos autos, o juiz possa se convencer a quem assiste o direito e dar sua sentença.

Os professores Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) destacam que o direito à prova:

É exercido mediante o emprego de fontes de prova legitimamente obtidas e a regular aplicação das técnicas representadas pelos meios de prova. A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o direito a ela em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria eficaz a própria garantia constitucional do direito ao processo. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 427)

Há uma clara condicionalidade da efetiva aplicação da garantia constitucional do direito ao processo à efetividade do direito à prova, dada a sua importância destacada pelos autores, ou seja, o devido processo legal na prática, está intrinsecamente ligado a permissão e admissibilidade de produção de provas no processo.

Portanto, não há adianta falar do princípio constitucional do devido processo legal, sem se assegurar às partes a produção de todas e quaisquer provas admitidas no direito brasileiro, porque a aplicabilidade deste importante princípio, depende, dentre outros fatores, da produção de provas.

Para os mesmos autores:

O direito à prova não vem expressamente assegurado pela Constituição, mas integra as garantias do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, inc. LV), pois tanto se contradiz alegando, como provando. No entanto, não se trata de um direito absoluto, pois, como todos os direitos fundamentais, encontra limites na observância de outros direitos e no próprio direito à prova e à contraprova da outra parte. Daí a razão da existência de limites constitucionais ao direito à prova. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 427-428)

Aqui destaca-se que o direito à prova é assegurado em nossa Constituição, apesar de não estar explicitamente escrito e que não é absoluto, como todo direito fundamental, pois, encontra barreiras, por exemplo, na contraprova da parte contrária.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) o direito à prova “integra as garantias devido processo legal e contraditório”, demonstrando a importância deste direito, que por ser fundamental, nunca deve ser tirado de nenhuma das partes, ao contrário, deve-se ser permitido de forma de forma ampla, como determina o artigo 369 do Código de Processo Civil.

### 2.1.3 Ônus da Prova

Regulamentado pelo artigo 373 do CPC, o ônus da prova incumbe, ao autor, quanto ao fato que demonstra o seu direito e ao réu, quanto à existência de fato que impeça ou modifique o direito do autor, mostra que o ônus da prova cabe as duas partes, de acordo com a alegação de cada um, o autor deve provar o fato que alega, o réu, na contramão, deve trazer provas de que as alegações do autor não são verdadeiras e que existem outros fatos que o impedem de sair vitorioso da lide (BRASIL, 2015, *on-line*).

Essa repartição do ônus da prova entre as partes, encontra guarida na ideia de equidade, permitindo que os litigantes tenham a palavra de forma igual, tanto para o ataque quanto para a defesa, sendo injusto impor somente a uma das partes o ônus probatório, tanto para o autor, provar o seu direito e para o réu provar os pressupostos da exceção, necessita-se dessa igualdade

de armas, para que se chegue à verdade ao final, que se estampa no processo. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 434).

Novamente Cintra, Grinover e Dinamarco (2015), trazem:

O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa. Objetivamente, contudo, uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da aquisição). (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 434-435)

Para eles, o ônus da prova se baseia na necessidade de provar o porquê de determinada parte do processo deva ser vencedora, haja vista que tanto o autor como o réu, podem produzir provas e determinarem o resultado da lide.

Interessante destacar, que segundo os autores, após a realização da prova, não existe dono da prova e pode ser utilizado por qualquer uma das partes para provar ou negar os fatos alegados por elas, sendo irrelevante quem as produziu, pois pertencem ao processo e não a parte que a produziu – princípio da aquisição.

#### 2.1.4 Princípio da Inadmissibilidade de Provas Ilícitas

O princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas encontra-se esculpido no artigo 5º, inciso LVI, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, deixando claro que somente as provas obtidas por meios lícitos são permitidas no processo.

Para Rangel (2005, p. 415): “A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”.

O autor demonstra que a vedação de prova ilícita contribui para o Estado Democrático de Direito e que a punição do indivíduo (processo penal), não deve ser buscada se utilizando de meios escusos e não autorizados pelo direito, como um “vale tudo” para condenar.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) destacam:

A limitação da busca da verdade por regras de exclusão de provas ou pela vedação de introduzi-las no processo é uma característica peculiar a todos os sistemas. Embora constitucionalmente assegurado, o direito à prova não é e não pode ser ilimitado, devendo ser harmonizado com outros. Surge daí a questão da denominada prova ilícita, colocada (a) *juridicamente*, na indagação a respeito da relação entre a ilicitude material na obtenção da prova e a admissibilidade, no procedimento probatório, das provas obtidas ilicitamente e (b) pelo aspecto da *política legislativa*, na encruzilhada entre a busca da verdade, ou da probabilidade suficiente para decidir, e o respeito a direitos fundamentais como, por exemplo, a intimidade.

A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da *prova vedada*: a prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 429)

Vemos que a vedação de provas obtidas por meios ilícitos, segundo os autores, utilizado em todos os sistemas, mostra que o direito à prova não é ilimitado, sendo necessário sua harmonização com outros direitos, como por exemplo, a intimidade.

Ainda trazem a definição de prova vedada, categoria que a prova ilícita integra, como a prova “que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito”. A partir disso, podemos inferir, que toda e qualquer prova que não contrarie as leis e nem os princípios, devem ser admitidas.

Por regra, a prova ilícita é inadmissível no sistema processual brasileiro, no entanto há exceções consideráveis, que permite a utilização da prova, ainda que adquirida por meios ilícitos, tanto na seara do direito penal quanto na seara do direito cível.

Lembramos que, com o advento da Lei nº 11.690 de 2008, introduziu no Código de Processo Penal Brasileiro o artigo 157, trazendo definitivamente a Teoria da Árvore Envenenada para o Brasil, que embora nascida nos Estados Unidos da América, já vinha sendo utilizada aqui pela nossa jurisprudência, segundo a qual “a exemplo do que ocorre com uma árvore doente, que produz frutos também doentes, a prova obtida ilicitamente contamina os seus frutos, ou seja, as demais provas que tenham sido descobertas e produzidas apenas em decorrência das informações obtidas ilicitamente” (SOUZA, 2008, p. 41-42), houve uma permissão, mesmo que mitigada, da utilização da prova ilícita.

No parágrafo 1º do artigo 157 da aludida lei, percebemos que as provas derivadas das ilícitas, quando não for evidente o nexo de causalidade entre àquelas e estas, e, quando poderiam ser obtidas por outras fontes independentes das ilícitas, podem ser utilizadas. Assim sendo, mesmo que a origem da prova seja a prova ilícita, se o nexo causal entre a prova ilícita e sua derivação não for demonstrado, pode-se utilizar desta prova derivada da prova ilícita, da mesma forma, se a derivada for produzida por meio de fonte diferente da prova ilícita originária, mesmo que tenha surgido dela, é permitido o seu uso, é o caso, por exemplo, de uma testemunha que tenha sido descoberta por uma interceptação telefônica sem autorização, mas que, de qualquer forma ia-se chegar até ela, independente da prova ilícita que originou sua descoberta.

## 2.2 Provas Digitais no Brasil

A prova digital tem sido utilizada cada vez mais para elucidar crimes no processo penal, designar quem está com a verdade no processo civil, garantindo que as garantias

constitucionais, como o devido processo legal e o contraditório sejam beneficiados com a utilização destes meios de prova.

Diante da impossibilidade do legislador em nomear todos os tipos de provas que são permitidas, a permissão da produção da prova, depende apenas de ser lícita e não contrariar nenhuma garantia constitucional ou infraconstitucional do nosso ordenamento jurídico. Por não ser prevista expressamente na legislação nacional, a prova digital é considerada uma prova atípica. (LEMOS, CAVALCANTE e MOTA (2021, p. 19).

Vaz (2012, p. 63) define a prova digital como: “os dados em forma digital (no sistema binário) constantes de um suporte eletrônico ou transmitidos em rede de comunicação, os quais contêm a representação de fatos ou ideias”. E destaca:

[...] que essa definição não compreende os meios de prova que se utilizam de sistemas informáticos para auxiliar na interpretação e análise dos dados contidos no processo. É o caso de animações ou simulações elaboradas no computador, assim como reconstituições de fatos em programas informáticos. VAZ (2012, p. 63).

Para a autora, os sistemas que interpretam e analisam os dados contidos no processo, como simulações, animações e reconstituições de fatos em programas informáticos, não são provas digitais.

Provas digitais são aquelas que tem por base os arquivos informáticos, em poder das partes, de terceiros ou enviados pelas redes informáticas que possam contribuir com busca da verdade, por exemplo, o próprio arquivo informático (VAZ, 2012, p. 64).

No Brasil, apesar de ser bastante utilizada, não existe legislação que regule a provas digitais e sua obtenção, prescindindo-se do uso da analogia, para a utilização destas provas, o mais próximo de uma regulação, que podemos citar, é a norma da ABNT NBR ISO/IEC 27037 (ABNT, 2013) que trata das diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital, porém, tem alguns pontos que pesam contra ela, pois, além de não estar acessível a todos, por ser paga e depender de aquisição, não tem a mesma força que um dispositivo legal, que impõe a todos a sua utilização e uniformiza o procedimento.

O Projeto de Lei 4.939/2020, do Deputado Federal Hugo Leal, que traz a ementa: “Dispõe sobre as diretrizes do direito da Tecnologia da Informação e as normas de obtenção e admissibilidade de provas digitais na investigação e no processo, além de outras providências” que apesar de ter sido apresentado em 15/10/2020, segundo o site da Câmara dos Deputados, ainda está na comissão de ciência e tecnologia, comunicação e informática da casa legislativa, tendo um longo caminho para percorrer até a sua promulgação, se for aprovado (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

Este Projeto de Lei, define em seu artigo 4º como prova digital “toda informação armazenada ou transmitida em meio eletrônico que tenha valor probatório, além de conceituar a prova digital, o projeto traz diversos outros conceitos atinentes ao Direito da Tecnologia da Informação e da prova digital, como, por exemplo em seu artigo 3º, inciso VIII a “prova nato-digital: informação gerada originariamente em meio eletrônico e inciso IX a prova digitalizada: informação originariamente suportada por meio físico e posteriormente migrada para armazenamento em meio eletrônico, na forma da Lei.” (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

Interessante como o legislador ao conceituar a prova nato-digital e a prova digitalizada, evidencia a diferença entre elas, pois, a primeira tem sua origem no meio eletrônico, já a digitalizada, vem do meio físico e migra para o digital.

Destacamos ainda, o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, que segundo notícias da Câmara Federal, inclui provas digitais e novas tecnologias ao processo criminal, alterando substancialmente o projeto original que foi enviado ao Senado no ano de 2010 (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021).

Para o relator do Projeto de Lei, Deputado João Campos:

A normatização das provas digitais é imperiosa e urgente, dada a frequência com que a nossa vida tem se tornado cada vez mais digital. Embora os mecanismos tecnológicos possam ser úteis para pesquisa da autoria e da materialidade, eles igualmente podem representar uma afronta a direitos e garantias constitucionais, por isso a necessidade de imposição de limites.

Vemos que o deputado pondera que há de haver limites na obtenção de provas digitais, para que não haja afronta às garantias constitucionais.

Atualmente, por falta de positivação no sistema jurídico brasileiro, a prova digital é tratada pelos operadores de direito como um documento, com suas peculiaridades e diferenças que a torna mais frágil e dispense de maiores cuidados para sua preservação.

Vaz (2012, p. 76), traz a prova digital como um documento eletrônico e esclarece suas diferenças:

Ela ainda se distingue do documento tradicional pela imaterialidade e pelo desprendimento da base material, base essa que se mostra essencial em relação ao documento tradicional. Nesse ponto, note-se que a prova digital pode ser alterada ou destruída sem efeitos para seu suporte, enquanto a intervenção no conteúdo do documento, em regra, também afeta a base material.

Acrescente-se que a prova digital não constitui necessariamente o registro da representação de forma duradoura. É o que se observa, por exemplo, pelo tráfego de dados na internet, hipótese em que a preservação só é possível pela captura da informação. (VAZ, 2012, p. 76)

Para a autora, umas das diferenças se refere a base, que enquanto na prova digital pode ser alterada ou destruída sem afetar o seu suporte, por conta da sua característica de imaterialidade, já a intervenção no conteúdo do documento tradicional, via de regra, também afeta a base material. Não é requisito da prova digital, o registro de forma duradoura, é o caso das obtidas pelo tráfego da internet, que sua preservação depende da captura da informação, e é coletada de forma instantânea, no mesmo momento em que se é transmitida via a rede de computadores.

Quanto aos tipos de provas digitais, são diversos, podemos citar aqui, o e-mail, a ata notarial, que inclusive é prevista no

O que percebemos é que o Brasil ainda tem muito a avançar quando se trata de provas digitais, principalmente com normativas que indiquem o caminho de como produzir estas provas, como preservá-las e como comprovar as suas fidedignidades. Necessitamos de estabelecer padrões claros, para que, quando estas provas estejam à disposição do julgador, possa ele confiar e ter a certeza de que a prova não foi adulterada e possa emitir seu juízo de valor sem dúvida alguma da sua confiabilidade.

### 2.2.1 Meios de Obtenção de Provas Digitais

Com o grande crescimento da sociedade da informação, causado pelo avanço estratosférico da internet no mundo, os crimes digitais ou danos, quando causados na seara do direito civil, avançam e tomam formas diferentes e evoluídas constantemente, sendo um desafio para o Estado e seus mecanismos dar uma resposta à altura aos criminosos que se utilizam do meio digital, para prática de seus crimes.

O Estado tem que acompanhar a evolução, aprimorando-se com novos mecanismos, ferramentas e pessoal especializado para combater e elucidar estes crimes, que para seu sucesso depende dos meios de obtenção de provas, independentemente de ser ou não digitais.

Aqui no Brasil, utilizamos meios de obtenção de provas digitais como a ata notarial, prevista no artigo 384 do Código de Processo Civil, que por estar prevista em lei, trata-se, portanto, de uma prova típica, para demonstrar a veracidade de crimes praticados nas redes sociais, whatsapp ou sites da internet, em que o notário, descreve o que visualizou naquela publicação ou mensagem e juntada aos autos, tem a garantia da fé pública do notário de que se trata de uma prova verdadeira e sem manipulação. Apesar de se tratar de um documento físico, ela é um meio para provar um crime ou dano cível, nascido no ambiente digital.

Além da ata notarial, destacamos a quebra do sigilo das mensagens de texto (SMS, que significa Short Message Service, ou Serviço de Mensagens Curtas em português), interceptação de telefones e e-mails, usualmente com ordem judicial destinada à operadora de telefonia ou ao provedor, no caso de e-mails.

Lembramos que todos os meios de provas, devem trazer em seu bojo a licitude, sob pena de nada servir para o processo e se perder todo o trabalho e conteúdo conseguido durante a produção da prova, como já destacamos, ao processo, não interessa provas eivadas de vícios e que não estejam de acordo com a Constituição e nossa legislação, partindo do pressuposto que os direitos e garantias fundamentais devem ser sempre respeitados, ao passo que são inegociáveis no Estado Democrático de Direito, como do Brasil.

A cadeia de custódia da prova, procedimento que deve ser cautelosamente observado, necessário para garantir a autenticidade e validade da prova, que segundo o artigo 158-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.694/2019 é: “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (BRASIL, 2019), é de grande importância também no que se refere as provas digitais, devendo-se ser empregado zelo e cuidados no seu manuseio, para que não sofra interferências capazes de alterá-la ou torná-la inválida.

## Conclusão

É inegável que a Sociedade da Informação demanda enorme esforço dos juristas no desenvolvimento de normas que acompanhem a acelerada evolução tecnológica. Assim, não apenas as leis, mas todo o processo jurídico passa por adaptações e inovações constantes.

Com a ampliação de circulação de informação e dados e o advento da LGPD, é de suma importância o cuidado com informações pessoais sensíveis que possam culminar na identificação do indivíduo e na sua exposição.

Essa mesma precaução deve ser direcionada ao sistema processual brasileiro, especialmente no que tange aos meios de obtenção de provas, já que os equipamentos tecnológicos e eletrônicos proporcionam facilidades no acesso a gravações, imagens, dados e todos os tipos de dados pessoais.

A proposta de projeto de Lei da LGPD Criminal traz novas perspectivas para a persecução penal, já que o tratamento de dados pessoais previsto na LGPD não se aplica às atividades de investigação e repressão de infrações penais, muito embora se espere que os meios de obtenção de provas respeitem as regras de privacidade e proteção de dados, que são garantidos constitucionalmente.

Quanto à prova, após o estudo, concluímos que no Brasil a regra é pela inadmissibilidade da prova ilícita, por ferir princípios constitucionais e legais, que a partir do ano de 2008, de forma expressa adotou a Teoria da Árvore Envenenada, no artigo 157 do Código de Processo Penal, com as exceções previstas em seus parágrafos 1º e 2º, que se admite as provas derivadas das ilícitas, desde que o nexo causal da derivada seja diferente da principal e quando a fonte da derivada, também seja diferente da principal, considerada ilícita.

Apesar de muito utilizada no Brasil, a prova digital ainda não tem uma legislação específica, que regule a sua produção e obtenção, o que encontramos foi apenas projetos de lei, que ainda dependem de aprovação, sem data para quando vai acontecer. Isso é um problema para os operadores do direito que se utilizam da analogia para terem o direito de uso da prova digital, largamente admita no Brasil. Observamos que a prova digital, deve seguir os mesmos princípios que se aplicam as provas materiais, e nunca desconsiderar os valores que norteiam a obtenção da prova, para que seja utilizada com confiabilidade e permitir ao juiz, destinatário da prova, que tenha clareza na aplicação da justiça, principal papel da prova.

## Referências

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Anteprojeto sobre uso de dados na segurança pública deve ficar pronto em novembro.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/694562-anteprojeto-sobre-uso-de-dados-na-seguranca-publica-deve-ficar-pronto-em-novembro/>. Acesso em 31/05/2022.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Juristas pedem equilíbrio entre proteção de dados e uso de informações em investigação criminal.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/675397-juristas-pedem-equilibrio-entre-protecao-de-dados-e-uso-de-informacoes-em-investigacao-criminal/>. Acesso em 31/05/2022.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Relatório preliminar do novo CPP incorpora provas digitais e novas tecnologias ao processo criminal.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/745824-relatorio-preliminar-do-novo-cpp-incorpora-provas-digitais-e-novas-tecnologias-ao-processo-criminal/>. Acesso em: 01/06/2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISO/IEC 27037: **Tecnologia da Informação: Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital.** Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

BADARÓ, Gustavo. **Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.

BRASIL **Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 30/05/2022.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4.939/2020.** Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1936366](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1936366) e <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2264367>. Acessado em: 31/05/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Brasília, DF: 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 31/05/2022.

BRASIL. **Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.** Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm). Acessado em: 31/05/2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 4. ed. rev. e atual. [2. reimpr.] São Paulo: Atlas, 2018.

CASTILHOS, Guilherme Machado; POLL, Roberta Eggert; CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado. **"E se a sua geladeira pudesse depor contra você no tribunal?": Internet das coisas e provas no processo penal brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais vol. 163/2020. Jan / 2020. P. 363 - 391.

CINTRA, Antônio Carlo de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31 ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CORREIA, Victor. **Sobre o direito à privacidade,** em O Direito. Lisboa, ano 145, n. 1, 2014. Brasil.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 2016.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais como um direito fundamental.** Revista Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em 31/05/2022.

DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERRUA, Paolo. Ammissibilità della prova e divieti probatori (Admissibilidade de provas e proibições de provas). **Rev. Bras. de Direito Processual Penal,** Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 215-246, jan./abr. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Pruebas Ilícitas.** Revista de La Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Nacional del Nordeste. Disponível em: <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/view/5069/4745>. Acesso em 06/07/2022.

LEMOS, Diego Fontenele; CAVALCANTE, Larissa Homsy; MOTA, Rafael Gonçalves. **A Prova Digital no Direito Processual Brasileiro.** v. 13 n. 1 (2021): Revista Acadêmica - Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/147/137>. Acesso em: 23/05/2022.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira D. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados.** Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2020.

MARGRAF, Alencar Frederic; PESCH, Natália Mendes. **Garantias constitucionais na produção probatória e o descaso com a cadeia de custódia.** Revista de Direito Constitucional e Internacional vol. 106/2018. Mar - Abr / 2018. P 225 - 246.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil.** Volume 1, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Breves Notas Sobre A Ressignificação Da Privacidade.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018. Disponível em <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/230>. Acesso em 31/05/2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.

### **Referências**

RODOTÀ, Stefano. **Data protection as a fundamental right**. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; TERWANGNE, Cécile de; NOUWT, Sjaak. (ed.). *Reinventing data protection?*. Dordrecht: Springer, 2009. cap. 3, p. 77-82.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **Prova eletrônica: Novos desafios na busca da verdade do processo penal**. Revista da Faculdade de Direito UFG, v. 39, n.1, p. 217-237, jan. / jun. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/38205/20466>. Acesso em: 01 jun. 2022.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional pós-reforma de 2008: Atualizado de acordo com as Leis 11.689/08 e 11.690/08**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no processo penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28052013-153123/publico/Denise\\_Provasi\\_Vaz\\_tese\\_integral.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28052013-153123/publico/Denise_Provasi_Vaz_tese_integral.pdf). Acessado em: 31/05/2022.

## **Temas da LGPD para o Observatório de Proteção de Dados**

O presente livro é fruto das pesquisas realizadas pelos autores que cursaram a disciplina que regi intitulada Seminários de Produção Intelectual, no primeiro semestre de 2022, e outros que são membros do Observatório de Proteção de Dados, que é uma atividade do Grupo de Pesquisas Efetividade da Tutela Jurisdicional na Sociedade da Informação, que tenho a oportunidade de liderar. Ambas as disciplinas integram a grade do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

