

O DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO E UM NOVO MARCO REGULATÓRIO INFORMACIONAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INFORMATION AND A NEW INFORMATIONAL REGULATORY FRAMEWORK

Daniel Piñeiro Rodriguez
daniel.rodriguez@agu.gov.br

Ingo Wolfgang Sarlet
iwsarlet@gmail.com

Recebido em: 18-11-2015
Aprovado em: 18-11-2015

Sumário: Introdução. 1. Regulação Informacional: desafios e possibilidades. 2. Principais modelos regulatórios e instrumentos de proteção da informação. 3. O novo marco regulatório brasileiro: uma análise do direito fundamental à informação e à proteção de dados pessoais. Considerações Finais.

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo analisar os diferentes modelos regulatórios desenvolvidos no plano internacional no que toca ao tratamento e tutela da informação, identificando quais os instrumentos jurídicos mais utilizados para sua implementação por experiências legislativas mais avançadas, com maior ênfase no sistema europeu. A partir de tais apontamentos, serão destacados os mais relevantes aspectos do marco civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014) a serem desenvolvidos para a construção de efetivas bases para uma nova regulação informacional brasileira.

Palavras-chave:

Direito Fundamental à informação; Regulação informacional; Marco Civil da Internet.

Abstract:

This article aims to analyze the different regulatory models developed at the international level with regard to the treatment and protection of information, identifying the legal instruments most commonly used for its implementation in more advanced legislative experiences, especially the European system. It will be highlighted, from that, the most relevant aspects of the Framework of Civil Rights for Internet (12.965/2014 Act) to create effective bases for a new Brazilian informational regulation.

Keywords:

Fundamental Right to Information; Informational Regulation; The Framework of Civil Rights for the Internet.

Introdução

O estreitamento das margens que separam o espaço público da vida privada tem sido alvo de constantes debates, tanto no que diz com seus elementos predisponentes, como no que toca aos reflexos dele decorrentes. O crescente desenvolvimento tecnológico, as tensões existentes entre diferentes interesses econômicos e, fundamentalmente, um gradual desapego à proteção da própria esfera privada são alguns dos fatores que constituem esta delicada cadeia, que transforma a percepção social de determinadas garantias fundamentais em óbice à efetivação de outras de igual importância. O resultado é o surgimento de uma *comunidade de observadores* que tem a árdua tarefa de, contraditoriamente, *equilibrar as divergências existentes entre o fortalecimento das tutelas institucionais e as pretensões de não as levar em consideração*.¹

Para além da simples identificação de um fenômeno que se desenvolve em todos os campos da sociedade, faz-se necessário perceber as dimensões que toma uma ampla aceitação da vigilância desenvolvida em plena era da informação, em que átomos transformam-se em *bytes* e tecnologias móveis não podem ser percebidas pela maioria populacional. A expansão substancial desta nova dinâmica é o que estabelece hoje as fronteiras do habitável pelo ser humano, desafiando a ciência jurídica a delimitar sua real capacidade de interação com peças e matizes antes desconhecidos. A confluência desses fatores, atrelada à percepção das adversidades que encontra a proteção do espaço íntimo, deu azo a quatro décadas de desenvolvimento dogmático daquilo que se denomina direito à proteção de dados pessoais, experiência que também tem levado a importantes desenvolvimentos no continente latino-americano.

No entanto, o que se percebe é que o ordenamento jurídico brasileiro não foi capaz de firmar tradição nesse campo. Apesar de ter sido a Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF) a primeira a dispor sobre a matéria na América Latina, mediante a criação do assim chamado *Habeas Data*, daí não resultaram evoluções que ultrapassassem as peculiaridades da época de sua instituição, designadamente, o de se tratar de instituto processual a viabilizar o acesso às informações pessoais. Fruto do seu tempo, o instituto partiu de uma visão simplista dos conflitos existentes no contexto informacional, reduzindo sua área de atuação à possibilidade de acesso, correção e supressão de informações pessoais, uma conformação tão restritiva que acabou inclusive por limitar, com o passar dos anos e em virtude de uma exegese tímida, o próprio exercício do direito à informação.

Mas também no Brasil, a despeito do transcurso de considerável lapso de tempo, não poderiam deixar de soprar novos ventos no campo informacional, o que veio a ocorrer mediante o advento da Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação. De maneira

¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243.

igualmente inovadora, em 2014, a Lei nº 12.965 introduz em nosso sistema jurídico o assim designado marco civil da Internet, experiência legislativa que resultou de amplo debate público². Se com expedientes dessa ordem será dado o passo concreto decisivo para a *revolução copernicana* tão esperada pelos operadores do direito, somente o tempo poderá demonstrar. De toda sorte, para compreender a importância de tais inovações legislativas e as propostas que veiculam, urge comentar a respeito dos desdobramentos que as novas dimensões do direito à informação e à proteção de dados pessoais vêm acarretando em todo o globo, tanto em termos regulatórios, como no campo da dogmática constitucional. Assim, antes que se possa adentrar a seara do direito fundamental à informação propriamente dito, importa analisar os diferentes modelos regulatórios do campo informacional desenvolvidos nas últimas quatro décadas.

1. Regulação informacional: desafios e possibilidades

As questões envolvendo o acesso e controle informacional, embora recentes em termos de evolução dogmática e teórica, relacionam-se intimamente com a análise comparativa de políticas públicas. Estudar de que forma e por quais motivos determinada linha de governança³ se estabelece, possibilita perceber como, em diferentes cenários, variáveis sociais, econômicas e políticas se desenvolvem, mas também permite diagnosticar quais as alternativas existentes para problemas a elas atrelados. Um estudo desse nível, portanto, conduz a maior generalização dos efeitos e fundamentos que ensejam conduções políticas distintas, formando corpo teórico e empírico consistente no âmbito desse rico campo de investigação⁴.

A análise comparativa de políticas públicas sempre girou em torno de temas tradicionais, como saúde, educação e desenvolvimento econômico. A partir da segunda metade do século XX, no entanto, a setorização do discurso foi abalada pela emergência de uma sociedade de vigilância diferenciada, desafiando as bases de uma ciência política que não tinha em sua agenda as implicações da disseminação tecnológica em espaços públicos e privados. Assim, se até determinado momento foi possível conter o amplo potencial expansivo de que é dotada a informação (aqui incluídos os dados pessoais), a

² Referimo-nos, aqui, à precursora iniciativa que o marco civil da Internet representou no processo legislativo brasileiro, propondo o debate aberto acerca do seu anteprojeto, que fora disponibilizado para consulta pública em plataforma digital, o que permitiu aos mais diversos setores da sociedade a participação direta na elaboração do texto normativo. De fato, ao longo dos dezoito meses de debate, o fórum contou com contribuições da Polícia Federal, empresas de telefonia e de usuários da Internet como um todo.

³ "Governança", aqui, é utilizada nos termos estabelecidos pelo Banco Mundial, como a "maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento. (World Bank. 1992. **Governance and Development**- Washington: World Bank).

⁴ BENNETT, Colin J. **Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States**. New York: Cornell University Press, 1992, pp. 1-2.

realidade atual demarca um espaço considerável para o debate do tema a partir da ótica de políticas públicas.⁵

Na obra *Regulating Privacy*, Colin Bennett analisa os fenômenos de *convergência* no campo de regulação da privacidade e de *divergência* na escolha de mecanismos utilizados em diferentes experiências normativas (Suécia, Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra). Diversas teorias são abordadas pelo autor sobre o movimento, cujos argumentos variam desde um determinismo tecnológico até uma forçosa penetração de regimes específicos em diferentes Estados.⁶ Independentemente da discussão, a percepção de um modelo de desenvolvimento ao longo do tempo, mais visto como processo do que condição, fez com que referidos países apresentassem pontos de contato no plano da regulação informacional, propiciando, no entanto, o surgimento de distintos instrumentos na persecução de seus fins.⁷

Para experiências mais recentes no tema – como é o caso da Espanha (especificamente no tocante à regulação do *acesso* a informações públicas)⁸, México⁹, Colômbia¹⁰ e Uruguai¹¹ (os três últimos, quanto à efetiva proteção de dados pessoais) – ou para aquelas cujas lacunas, não raro, superam a própria regulamentação pretendida (situação na qual, até pouco tempo, se encontrava o Brasil), parece restar a opção de identificar os principais desafios e vantagens que os diferentes modelos agregaram às experiências legislativas antecedentes, sem deixar de levar em conta as peculiaridades existentes em cada ordenamento jurídico.

Por tudo isso é que se afirma a necessidade de pensar (e repensar) a regulação em uma sociedade marcada pela vigilância, o que não implica apenas a adoção de dispositivos legais que protejam dados e informações, mas também todo e qualquer instrumento ou técnica que apresente um *efeito* regulatório. Paradoxalmente, a adoção de medidas dessa natureza implicará, por vezes, a convivência com algumas formas positivas de vigilância

⁵ BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. New York: Cornell University Press, 1992, p. 3.

⁶ BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. New York: Cornell University Press, 1992, p. 7.

⁷ BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. New York: Cornell University Press, 1992, p. 7.

⁸ Em que pese sua reconhecida tradição legislativa e jurisprudencial na proteção de dados pessoais, o acesso a informações públicas somente obteve regulação legislativa no ordenamento jurídico espanhol em dezembro de 2013 (Ley 19/2013). Entretanto, face à previsão preambular de *vacatio legis* escalonada (há, por exemplo, dispositivos cuja aplicação ocorreu de forma imediata, ao passo que outros contam com um período de até dois anos de latência), seus efeitos ainda não podem ser aferidos de forma integral pela comunidade jurídica.

⁹ Somente em abril de 2010 entrou em vigor a "*Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares*" (LFPDPPP).

¹⁰ Trata-se da Ley Estatutaria 1.581, publicada em outubro de 2012. Veja-se que o instrumento normativo já foi alvo, inclusive, de regulamentação, por meio do Decreto Nacional 1377/2013, que objetivou "*desenvolver, com maior clareza, o conteúdo do direito constitucional de conhecer, atualizar e retificar as informações recolhidas sobre si em bases de dados ou arquivos públicos*".

¹¹ Lei de número 18.331, de 2008.

virtual, norteadas por garantias e princípios que digam respeito à tutela das informações transferidas no espaço material e imaterial da sociedade.¹² Diante do exposto e ciente dos diversos valores, princípios e direitos com os quais um marco normativo acerca do tema invariavelmente dialoga – dignidade da pessoa humana, autodeterminação informativa, segurança, inclusão social, discriminação, consentimento, etc. –, duas *conclusões iniciais* já podem ser extraídas: *a) a regulação informacional não deve adotar, exclusivamente, o direito à privacidade ou à informação como peça irradiante de todo seu sistema protetivo, pois neles não se esgotam os conflitos que envolvem controle e acesso de informações; e b) a construção de um corpo legislativo deve contar com apoio técnico para tecnologias de informação e comunicação existentes, mas sem a elas restringir-se, pena de limitar sua aplicação a determinado momento de evolução tecnológica.*

Esse novo arranjo, com ares de ineditismo para o direito brasileiro, merece detalhada atenção, especialmente no tocante à análise dos fundamentos que dão ensejo à sua constituição enquanto política pública, divorciando-nos da simbólica (e pouco efetiva) conquista do *Habeas Data* em nossa Constituição de 1988, o que adiante será alvo de análise. Para além de evidenciar todas as características que se firmam no cenário internacional – como o consenso acerca da necessidade de autoridades reguladoras independentes e seus respectivos deveres de conscientização da população–, o que se deve buscar permanentemente é *fortalecer a relação circular entre um direito fundamental de acesso – em qualquer sentido que a expressão alcance – à informação.*¹³

2. Principais modelos regulatórios e instrumentos de proteção da informação

A efetivação de políticas públicas informacionais, em atenção às garantias fundamentais estabelecidas em um Estado Democrático de Direito, coloca em evidência a estreita relação entre liberdade, privacidade e dignidade. Isso porque, sem dispor de uma robusta tutela das informações que digam respeito à pessoa – o que hoje, pode-se afirmar, constitui espécie de *corpo eletrônico* do ser humano¹⁴ –, estará o Poder Público permitindo não só a intrusão de terceiros na esfera privada dos indivíduos, mas também falhando no que diz com a garantia de outros direitos fundamentais, como aqueles atinentes às

¹² **Information Commissioner:** A Report on the Surveillance Society. September, 2006. Disponível em: http://ico.org.uk/~media/documents/library/Data_Protection/Practical_application/SURVEILLANCE_SOCIETY_FULL_REPORT_2006.PDF. Acessado em: 13 set.2014.

¹³ Esta relação circular entre o direito fundamental ao acesso e a proteção de dados pessoais como sua precedente garantia foi mencionada, em manifestação oral, por Carlos Affonso da Silva (FGV-RIO), no Seminário "Desafios e Perspectivas para a proteção de dados pessoais no Brasil", realizado no Rio de Janeiro nos dias 11 e 12 de agosto de 2010.

¹⁴ Quanto a este conceito, Cf. RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233.

condições de trabalho, acesso ao crédito e à saúde, gerando uma complexa e multipolar colisão e concorrência de direitos fundamentais.

Assim, como ensina Stefano Rodotà¹⁵, a função sociopolítica da privacidade, por exemplo, se projeta como elemento constitutivo da cidadania, figurando a dignidade da pessoa humana como síntese dos princípios que objetivam a não redução da pessoa a fins mercadológicos, harmonizando-se tais fins com o respeito à igualdade e, principalmente, afastando a possibilidade de interferências não desejadas e arbitrárias na vida do indivíduo.¹⁶

Nesse quadro de relações é que as diferentes formas de efetivar o direito à informação – ou ao efetivo controle e resguardo informacional – dão azo a divergências políticas. Analisando o cenário global, Colin Bennett¹⁷ identifica cinco potenciais modelos regulatórios, cada qual elegendo seus principais instrumentos de proteção. Uma única grande divisão pode ser traçada entre eles, tendo em vista que os dois primeiros sistemas, a seguir analisados, não contam com uma *autoridade reguladora independente*, ao passo que os três seguintes a adotam, ainda que de diferentes formas.

O primeiro modelo consiste no *Controle Voluntário (Voluntary Control Model)*, que se baseia em uma autorregulação implementada por intervenções mínimas de atores externos ao mercado e à sociedade. Sua premissa principal é a de que dados pessoais podem ser protegidos a partir de modificações e regulamentações internas, vale dizer, através da adoção de determinadas medidas pelas próprias organizações administradoras de informações pessoais.¹⁸ A Diretiva 95/46/CE¹⁹, por exemplo, em seu art. 27, estimula a autorregulação como instrumento positivo à proteção da coletividade²⁰, implementando-se pela adoção de códigos de conduta para diferentes setores da sociedade. Apesar da previsão, no entanto, podemos dizer que somente algumas organizações alcançaram um nível adequado para sua validação no sistema europeu, como são exemplos a Associação Internacional de Transporte Aéreo (AITA) e a Federação Europeia de Marketing Direto (FEMD).²¹

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 236.

¹⁶ "Projetada na sociedade, esta reconstrução das relações entre privacidade e dignidade se apresenta como fator fundamental para o contraste das potentes lógicas que impulsionam a transformação das nossas organizações sociais em sociedades de vigilância, da classificação, da seleção discriminatória. Uma tarefa, todavia, que parece se tornar cada vez mais difícil." (RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 237-238).

¹⁷ BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. New York: Cornell University Press, 1992, p. 154.

¹⁸ BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. New York: Cornell University Press, 1992, p. 155.

¹⁹ Diretiva do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação informações.

²⁰ "Artigo 27.1. Os Estados-membros e a Comissão promoverão a elaboração de códigos de conduta destinados a contribuir, em função das características dos diferentes sectores, para a boa execução das disposições nacionais tornadas pelos Estados-membros nos termos da presentedirectiva".

²¹ Informações obtidas no Review of the European Data Protection Directive. Disponível em: http://www.rand.org/pubs/technical_reports/2009/RAND_TR710.sum.pdf. Acesso em: 14 jan. 2012.

A autorregulação, no entanto, ainda que apresente vantagens inerentes à flexibilidade que a compõe, não é capaz de propiciar, isoladamente, aprevalência da proteção da informação pessoal, quando confrontada com interesses de eficiência e custo-benefício, presentes no setor privado. Assim, apesar de representar valioso instrumento, não parece constituir um modelo de regulação adequado ao cenário global.

Uma segunda opção seria o modelo de *Controle do Sujeito (SubjectControlModel)*, amplamente difundido na América Latina. A partir de uma garantia geral do indivíduo de controlar suas informações pessoais, a pessoa afetada tem a possibilidade de corrigir, suprimir ou atualizar as informações que lhe digam respeito e que, de alguma forma, estejam em desacordo com a realidade ou simplesmente não devam ser armazenadas.²² O instrumento mais representativo desse sistema e que possibilita o exercício de tais direitos é o *Habeas Data*²³, uma ação judicial cuja aceitação e incorporação talvez se assente, como asseverou Danilo Doneda²⁴, na consolidação de determinados fatores geopolíticos comuns, com especial relevo à recém-saída, na década de 1980, de alguns países latino-americanos de seus regimes militares. Assim, fazia-se tão necessário quanto desejado um instrumento que proporcionasse ao cidadão conhecer diretamente informações de caráter pessoal armazenadas em bancos de dados do Estado.

É sintomático que, a partir desse paradigma normativo, o maior dos problemas enfrentados pelos países que adotam o modelo de controle do sujeito seja o da insuficiência de seu perímetro de alcance, o que se dá em três sentidos. Primeiramente, mostra-se como medida exclusivamente repressiva, *post facto* e sem um efetivo cunho preventivo de danos aos direitos de personalidade do sujeito titular²⁵, como ocorre nos casos de violações de bancos de dados e uso indevido de *dados sensíveis*²⁶. Em segundo lugar, pressupõe uma

²² BENNETT, Colin J. **Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States**. New York: Cornell University Press, 1992, p. 156.

²³ Detalhes acerca do Habeas Data serão abordados oportunamente no item 3.3.

²⁴ DONEDA, Danilo. Iguais mas separados: o Habeas Data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais – Unibrasil**, n. 9. 2008, pp. 14–33, p. 18.

²⁵ DONEDA, Danilo. Iguais mas separados: o Habeas Data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais – Unibrasil**, n. 9. 2008, pp. 14–33, p. 18.

²⁶ Uma definição adequada à figura dos dados pessoais parece ser aquela apresentada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), segundo o qual seriam *quaisquer informações relativas a um indivíduo identificado ou identificável*. A Corte especificou, ainda, que os dados protegidos pelo direito não se restringem aos concernentes à vida privada do indivíduo, abrangendo também fatos e acontecimentos referentes à sua vida pública, desde que afetem o desenvolvimento de sua personalidade. Assim, e levando em conta que o reconhecimento ou não do direito à proteção de dados deve levar em consideração a sua natureza específica e as circunstâncias do tratamento, o TEDH passou a definir alguns dados pessoais como *dados sensíveis*, os quais se caracterizam por afetarem mais diretamente o desenvolvimento da personalidade humana, como são os relativos à orientação sexual, estadias em orfanatos durante a infância, ideologias político-partidárias e dados médicos. Nesse sentido, a Diretiva 95/46/CE disciplinou que os Estados-membros da União Europeia estariam proibidos de utilizar, de qualquer maneira, dados pessoais que revelassem a origem racial ou étnica da pessoa tutelada, suas opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas e filiação sindical, da mesma forma que vetou o tratamento de dados relativos à saúde ou à vida sexual do indivíduo (RAMIRO, Mônica Arenas. **El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa**. Valencia: Tirant la blanch, 2006, p. 84).

utópica inclinação participativa dos indivíduos no controle de fluxos que, na maioria dos casos, não são visíveis à comunidade, já que se trata de transferências ocorridas em meios comerciais ou estatais.²⁷ Por fim, introduz a proteção judiciária como elemento *sinequa non* da proteção efetiva. Tal tratamento, portanto, é *inadequado para um interesse cuja atuação necessita de instrumentos promocionais ágeis e versáteis, capazes de acompanhar a dinâmica das informações e seu trânsito*.²⁸

Os três modelos seguintes baseiam-se na assunção de que a informação de cunho pessoal é delicada demais para ser regulada unilateralmente, passando, todos eles, a adotarem uma autoridade independente cuja função é justamente a da mediação entre os armazenadores e utilizadores de dados e a população como um todo.²⁹ O ponto central que se busca discutir aqui, no entanto, não está no acerto metodológico de cada um deles, que se baseia, em síntese, na concessão de licenças para manter bancos de dados (*Licensing Model*), no registro das corporações que lancem mão do uso de informações pessoais (*Registration Model*) ou, por fim, na eleição de um comissário para analisar reclamações sociais sobre o tema (*Data Commissioner Model*).³⁰ O que se quer, isto sim, é analisar as razões que levaram ao estabelecimento de tais entidades, que, de uma maneira geral, estão presentes nas mais bem sucedidas experiências normativas. Assim, identificando-se os fundamentos de sua criação, também será possível compreender o seu papel na efetivação da tutela pretendida.³¹

Em análise retrospectiva, é possível perceber que, no cenário europeu e com o advento da Convenção 108 do Conselho da Europa, de 1981, à autoridade de proteção de dados era concedido um espaço bastante limitado de atuação. Em seu art. 4º, há a vaga menção de que “cada Estado deve tomar, em seu direito interno, as medidas necessárias para que sejam efetivos os princípios básicos” à proteção almejada, permitindo, no entanto, que cada um deles encontre a melhor forma para tanto. Em que pese a previsão do art. 10, salientando a necessidade de impor sanções e remédios às violações dos princípios estruturais do regime trazido pelo documento, Peter Hustinx identifica, nesse momento histórico, uma

²⁷ BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. New York: Cornell University Press, 1992, p. 158.

²⁸ DONEDA, Danilo. Iguais mas separados: o Habeas Data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais – Unibrasil**, n. 09. 2008, pp. 14–33, p. 24.

²⁹ BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. New York: Cornell University Press, 1992, p. 158.

³⁰ BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. New York: Cornell University Press, 1992, p. 159.

³¹ HUSTINX, Peter. The Role of Data Protection Authorities. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves, et. al. (Org.) **Reinventing data protection?** Bruxelas: Springer, 2009, p. 131 – 137, p. 131.

relutância do Conselho Europeu em relação ao caráter cogente da criação e implementação de autoridades independentes em todos os países do bloco.^{32 33 34}

Em 1989, no entanto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ao analisar o caso *Gaskin vs. Reino Unido*³⁵, afirmou que *o não reconhecimento de uma autoridade independente representaria uma excessiva ingerência e violação ao direito garantido no art. 8º da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*. No precedente, o postulante, quando criança, estivera sob os cuidados das autoridades locais do Reino Unido e solicitou acesso aos autos de determinado arquivo que envolvia dados sobre sua pessoa, mantidos pelo Poder Público. A recusa do Estado-membro no fornecimento de tais informações resultou na imposição pelo TEDH de uma obrigação positiva do governo, no sentido de melhor regular relações dessa natureza.³⁶

A situação legislativa é modificada com o advento da Diretiva 95/46 CE, que estabeleceu claramente, em seu art. 28, a obrigatoriedade de cada Estado-membro manter uma autoridade independente que se responsabilize pela observância do sistema normativo de proteção de dados pessoais.³⁷ Importante destacar que a atuação de uma entidade reguladora, no presente setor, é considerada pelo Protocolo Adicional da Convenção 108 como elemento constitutivo de uma proteção efetiva às pessoas, sendo necessária sua existência em qualquer sociedade democrática.³⁸

³² HUSTINX, Peter. The Role of Data Protection Authorities. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves, et. al. (Org.). **Reinventing data protection?** Bruxelas: Springer, 2009, p. 131 – 137, p. 132.

³³ Mônica Arenas Ramiro, em entendimento divergente, salienta que o art. 13 do Convênio, ao tratar da cooperação entre as partes firmatárias, já havia manifestado preocupação com a criação de autoridades reguladoras independentes, ao dispor da seguinte forma: "Art. 13-1. Las Partes se obligan a concederse mutuamente asistencia para el cumplimiento del presente Convenio. 2. A tal fin, a) cada Parte designará a una o más autoridades cuya denominación y dirección comunicará al Secretario general del Consejo de Europa (...)" (RAMIRO, Mônica Arenas. Integración europea y protección de datos personales. Las garantías específicas del derecho a la protección de datos personales. **Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares**, nº. 2005, 2004-2005, pp. 7-35).

³⁴ Isso talvez se explique pelo fato de que, de acordo com Catarina Sarmento e Castro, tais entidades tenham sua origem nos Estados Unidos, com as *independent regulatory commissions*, constituindo, na Europa, ainda recente exemplo de elemento integrado à Administração Pública (CASTRO, Catarina Sarmento e. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 89).

³⁵ Sentença de 7 de julho de 1989, no pedido n.º. 10454/83, 12 EHRR 36.

³⁶ MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009, p. 16.

³⁷ "Artigo 28º Autoridade de controlo 1. Cada Estado-membro estabelecerá que uma ou mais autoridades públicas serão responsáveis pela fiscalização da aplicação no seu território das disposições adoptadas pelos Estados-membros nos termos da presente directiva. Essas autoridades exercerão com total independência as funções que lhes forem atribuídas".

³⁸ Protocolo Adicional do Convênio n. 108 para a proteção das pessoas com respeito ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal e relativo a transferências de dados. Disponível em: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/consejo_europa/convenios/common/pdf/B.29-cp--PROTOCOLO-ADICIONAL-CONVENIO-N-10-108.pdf. Acesso em: 14 jan.2012.

No Brasil, que andou atento às tendências internacionais, o marco civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) parece sinalizar positivamente – ainda que de maneira prospectiva – para a adoção de uma autoridade reguladora. Em seu art. 12, prevê a necessidade de aplicação de *sanções* àqueles que descumprirem diversos deveres³⁹ relacionados ao bom tratamento dos dados pessoais na Internet. Assim, as empresas poderão sofrer advertências, multas (que atingirão o valor de até dez por cento do faturamento econômico obtido no exercício anterior), suspensão temporária de suas atividades ou até mesmo a proibição de funcionamento. Cria-se, pois, uma nova modalidade de *poder de polícia*, que terá como titular, indubitavelmente, o Poder Público. O *exercício* dessa nova função fiscalizadora, no entanto, ainda não está claramente delineado, exigindo-se regulamentação para que se concretize no cenário brasileiro, sempre atentando para a salvaguarda de direitos fundamentais eventualmente afetados, designadamente a observância dos critérios da proporcionalidade e da salvaguarda do núcleo essencial, quando se tratar de intervenção restritiva no âmbito de proteção de algum direito fundamental.

De toda sorte, a conquista legislativa que a inserção do dispositivo representa já pode ser considerada positiva para a proteção dos direitos (humanos e fundamentais) como um todo, uma vez que, na visão do TEDH, ainda que o eixo central do direito à proteção de dados pessoais esteja fortemente arraigado à ideia de proteção da privacidade, resta claro, em alguns de seus precedentes⁴⁰, que outros dispositivos da Convenção para Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, além daquele referente à vida privada (art. 8º), podem ser violados pelo tratamento irresponsável das informações, como a própria liberdade de expressão e até mesmo a liberdade de associação.⁴¹

Com efeito, o que a presença de uma autoridade reguladora independente evidencia, ao menos no plano internacional, é a real necessidade de abordar o tema como assunto de

³⁹ De acordo com art. 11 do Lei do marco civil da Internet, "Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, *deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros*" (grifo nosso). De igual forma, passa-se a exigir dos provedores de conexão e de aplicações de internet o "dever de prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações" (§ 3º).

⁴⁰ Especialmente sobre este ponto, Cf. *Segerstedt-Wiberg and Others vs. Suécia* (application no. 62332/00). Os reclamantes, nessa demanda, buscavam ter acesso integral aos seus dados pessoais que estavam de posse do serviço de polícia sueca, que se recusava a cedê-los sob o argumento de manutenção da segurança pública. Para as autoridades policiais e para o Judiciário nacional, não estaria claro que a informação poderia ser transmitida sem comprometer o objetivo de decisões ou medidas previstas sem prejuízo para suas atividades futuras. Para o TEDH, o armazenamento injustificado de dados pessoais relativos a opiniões políticas e filiações, para efeitos do art. 8º, constituía uma interferência injustificada que atingia os direitos protegidos pelos arts. 10 e 11, que restaram violados (Disponível em: http://www.habeasdata.org/Segerstedt-Wiberg_and_Others_v_Sweden).

⁴¹ DE HERT, P.; GUTWIRTH, S. Data protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg: Constitucionalisation in action. . In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves, et. al. (Org.) **Reinventing data protection?** Bruxelas: Springer, 2009, p. 3-44, p. 27.

importância geral e estrutural da sociedade contemporânea⁴², percebendo, especialmente em face da perda de autonomia do Estado diante das novas dinâmicas sociais, um espaço para uma regulação diferenciada, apenas realizável por uma entidade que seja capaz, por um lado, de amenizar a preponderância do mercado sobre os interesses sociais e, por outro, corrigir deficiências em matéria de desigualdade de tratamento e insegurança nas relações entre particulares,⁴³ o que, por sua vez, indica a relevância do problema da eficácia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em tais relações, o que aqui, todavia, não poderá ser desenvolvido⁴⁴.

Na visão de Maria Eduarda Gonçalves⁴⁵, o direito comunitário, nos moldes em que se estrutura, representa hoje um dos mais avançados sistemas normativos para gerir áreas de ação transnacional, à imagem das transferências de informações havidas cotidianamente. Isso porque a concepção de uma entidade reguladora independente vem ao encontro de uma efetiva *redistribuição de poderes*, na medida em que sua primeira meta deve ser a introjeção no seio social de uma maior consciência no que toca à divulgação de informações pessoais, permitindo a todos o efetivo exercício de seus direitos, o que irá, gradualmente e de forma cíclica, estimular o setor privado a investir em um adequado tratamento deste novo *valor imaterial* que se firma no século XXI.⁴⁶ Eis, pois, uma alternativa à erosão da soberania estatal, mediante a edificação de um regime que permita ao cidadão atuar ativamente – mas não isoladamente – na busca pela efetivação de seus direitos fundamentais no marco da sociedade da informação.

3. O novo marco regulatório brasileiro: uma análise do direito fundamental à informação e à proteção de dados pessoais

O estudo dos diferentes instrumentos e sistemas normativos que se situam para além das fronteiras brasileiras, como visto, será fundamental à implementação do novo marco regulatório brasileiro, cujo esboço exigirá visão crítica acerca das experiências ocorridas nas últimas décadas em matéria de informação e proteção de dados pessoais. Uma ampliação de horizontes, no entanto, não pode representar um abandono do

⁴² HUSTINX, Peter. The Role of Data Protection Authorities. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves, et. al. (Org.). **Reinventing data protection?** Bruxelas: Springer, 2009, pp. 131–137, p. 133.

⁴³ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 34.

⁴⁴ Sobre o tópico (numa perspectiva mais geral) remetemos, entre outros, a SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), 3.ed., **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, obra que reúne diferentes contributos de autores nacionais e estrangeiras sobre o tema.

⁴⁵ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 35.

⁴⁶ HUSTINX, Peter. The Role of Data Protection Authorities. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves, et. al. (Org.). **Reinventing data protection?** Bruxelas: Springer, 2009, pp. 131–137, p. 135.

debate de questões mais primárias e pouco sedutoras ao mundo acadêmico, mas que ainda integram a realidade nacional, pena de se incorrer no risco de ambientar uma discussão afastada dos problemas que efetivamente dão causa à pesquisa científica, transformando o direito, potencial instrumento de ação social, em uma infrutífera viagem deslocada de nossa realidade.⁴⁷

De nada adiantará, pois, um resgate doutrinário e legislativo do qual não se possa extrair elementos que contribuam com a necessidade brasileira de equilibrar interesses polarizados, mas que dialogam constantemente: de um lado, a proteção do indivíduo e de seus direitos fundamentais e, do outro, o estabelecimento de *um patamar de licitude para que os vários serviços que fazem uso de informações possam operar com maior eficácia*.⁴⁸ Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1.790-5, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que essa convivência – especificamente entre a proteção da privacidade e os arquivos de consumo – mostra-se um *imperativo na economia e sociedade de massas*⁴⁹, já que muitos valores são merecedores de guarida em nosso ordenamento jurídico, com especial destaque para os direitos à liberdade de expressão e de informação.⁵⁰

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 292.

⁴⁸ DONEDA, Danilo. Risco e informação pessoais: o princípio da finalidade e a proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista brasileira de risco e seguro**. 2010, v. 5, n. 10, out/mar., pp. 85-102.

⁴⁹ ADI 1790 MC / DF. Assim consta na ementa: "A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, hão de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da arguição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, *in fine*) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito." Para uma abordagem doutrinária, remetemos aqui para MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor**. Linhas gerais de um novo direito fundamental, São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵⁰ No tocante a essas duas garantias, é cabível frisar que o constitucionalismo brasileiro, ao longo do seu desenvolvimento histórico-legislativo, procurou evitar a identificação da liberdade de expressão como forma derivada da liberdade de pensamento, esculpindo-o expressamente nos arts. 5º, IV e 220 de nossa Constituição Federal. O motivo de tal separação, na visão de José Afonso da Silva, tem origem no regime constitucional passado, já que o art. 153, §8º, da Constituição Federal de 1969, ao tratar da liberdade de pensamento, dispunha ser "vedada publicações e exteriorizações contra a moral e aos bons costumes". Assim, mesmo que a Constituição de 1988 tenha suprimido tal possibilidade, uma abordagem dualista das duas figuras teria por objetivo evitar o resgate de restrições desta natureza à expressão artística e cultural. Justamente por isso o autor afirma que uma obra de arte nunca poderá ser obscena ou, ao contrário, o que é obsceno, nunca será arte. Neste cenário, impõe-se perguntar, no entanto, a quem é atribuído este papel de decidir sobre uma eventual obscenidade na expressão cultural, o que nos remeteria, implicitamente, a discussão acerca da admissão ou não da censura no cenário brasileiro. Se por um lado está associada ao direito de informação acerca de fatos, dados e qualidades objetivamente apuradas – também garantido em nosso regime constitucional –, por outro a liberdade de expressão representa um verdadeiro dever de abstenção do Estado e particulares quanto à faculdade de emitir julgamento e criar artisticamente, cujo perímetro de proteção pode ser o mais amplo possível – como no caso das artes plásticas, musicais e literárias – ou sujeito à regulamentação, como ocorre com diversões e espetáculos públicos (SILVA, José Afonso. Liberdade de expressão cultural. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 163-175).

Tais garantias têm ocupado espaço de destaque nos julgados do STF, o que talvez se explique pelo fato de figurarem, na visão de Jónatas Machado, como fundamento básico do exercício de outras liberdades, assumindo aquilo que a doutrina chama de *preferred position* e justificando frequente – mas não prévia (no sentido de apriorística) – posição de relevância em relação a outros direitos fundamentais individualmente considerados,⁵¹ o que, contudo, não afasta a sempre atual polêmica em torno da possibilidade de, por força da colisão de direitos, impor algumas restrições à liberdade de expressão para além das expressamenteprevistas no texto constitucional.⁵² É nesse sentido que entoam algumas vozes da doutrina, para afirmar que a busca por uma proteção constitucional efetivamente robusta da liberdade de expressão, nascida no seio de um Estado Democrático de Direito, não se sustentaria no postulado de que toda comunicação será sempre inócua ou inofensiva, o que, para o autor, justificaria sua realização, *prima facie*, mesmo naqueles casos em que está revestida de caráter ofensivo ou danoso.⁵³

De qualquer forma e a par dessas considerações, o que até então se extraía do sistema jurídico brasileiro, diferentemente da opção legislativa europeia, era uma estrutura normativa complexa e não unitária de proteção e acesso à informação⁵⁴, que apresenta diversos institutos esparsos inseridos tanto na Carta Política, quanto em disposições setoriais. O tema, de fato, ainda enfrenta barreiras formais e materiais no cenário nacional, ainda que surjam, de quando em quando, eventos reforçando a necessidade de seu desenvolvimento mais organizado, como foi exemplo o *Data Breach*⁵⁵ do ENEM (Exame Nacional de Ensino Médio), reconhecido pelo Ministério da Educação, em agosto de 2010, e que pôs em risco doze milhões de pessoas ao disponibilizar acidentalmente suas informações pessoais em ambiente não seguro.⁵⁶ Na mesma linha, ainda não é possível encontrar um debate público aberto sobre a implementação do *Registro de Identidade Civil* (RIC) no cenário brasileiro, que pretende

⁵¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. No âmbito da literatura brasileira, v., por todos, WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa**. Uma pauta de justificação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, bem como por último, SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, incisos IV, V e IX, da CF, in: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 252 a 264 e pp. 273-276.

⁵² Cumprer referir aqui o dilema apontado por André Ramos Tavares: a mera vinculação da liberdade de expressão à responsabilidade civil e criminal, uma vez rechaçada toda e qualquer forma de controle prévio estatal, seria sempre suficiente para afastar uma arbitrariedade de expressão dos particulares? (TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão – comunicação. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (org.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, pp. 49-64).

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **"Reality shows" e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁵⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 323.

⁵⁵ Em português, "vazamento de dados".

⁵⁶ Dados disponíveis em: <http://habeasdata.doneda.net/2010/08/04/vazamento-de-dados-do-enem-o-problema-do-data-breach>. Acesso em: 14 jan.2012.

substituir o atual documento nacional de identificação Civil – também conhecido como Registro Geral (RG) – e que poderá agregar digitalmente vários dados ao valer-se de tecnologias biométricas.⁵⁷

Ao que parece, somente quando eventos de gravidade internacional tocam as margens de nosso ordenamento jurídico percebemos, tardiamente, a verdadeira omissão legislativa em que nos encontramos – acompanhada, evidentemente, de suas consequências. É o caso da espionagem internacional exercida pela NSA (*National Security Agency*), revelada, em 2013, pelo ex-funcionário da CIA Edward Snowden, da qual também foi alvo a Presidência da República brasileira e a mais relevante sociedade de economia mista do país. Em resposta, tivemos a célere aprovação do marco civil da Internet, que entrou em vigor em junho de 2014, com a salutar inserção de um microsistema de proteção de dados pessoais (ausente na versão inicial do projeto).^{58 59} Ainda assim, na visão de Danilo Doneda, a explicação de tamanha apatia face aos perigos que determinadas inovações representam na ausência de um marco legislativo adequado – como é o caso do já citado Registro de Identificação Civil (RIC), ou até mesmo da inusitada Lei Penal nº 12.654/2012, que alterou a Lei de Identificação Criminal e a própria Lei de Execução

⁵⁷ DONEDA, Danilo; KANASHIRO, Marta. A transformação da identificação e a construção de bancos de dados: o caso do documento único no Brasil. In: BRUNO, Fernanda; KANASHIRO, Marta; FIRMINO, Rodrigo (orgs.). **Vigilância e visibilidade: espaço, tecnologia e identificação**. Porto Alegre: Sulinas, 2010, pp. 272-296. Nesse mesmo sentido se dá a experiência alemã com o *Gesundheitskarte* (eGK), um instrumento que, nas palavras de Peter Schaar, deveria apoiar a inserção da medicina telemática, possibilitando uma melhor utilização de receitas eletrônicas e registros médicos. Neste campo, o eGK é um dos maiores projetos de tecnologia de todos os tempos: abrange 80 milhões de associados, 260 seguros de saúde, 2.200 hospitais, 21.000 farmácias e 188.000 médicos. Todos os dados médicos, que deverão ser disponibilizados por ato voluntário dos associados, poderão ser escolhidos pelo próprio titular, identificando aqueles que serão visíveis ou acessados pelo médico ou na farmácia. A ideia é que somente nos casos emergenciais poderia o médico ter acesso aos dados sensíveis da pessoa, quando este não pôde fazê-lo por livre vontade. Mesmo assim, a crítica ao eGK não emudeceu o temor de que se faça uso dele para ter acesso a dados médicos, na medida em que não repousa em um instrumento deste tipo um grau de segurança suficiente. (SCHAAR, Peter. **Das Ende der Privatsphäre: der Weg in die Überwachungsgesellschaft**. C. Bertelsmann (München) 2007, p. 73.)

⁵⁸ Sobre o tema, Cf. LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁹ Importante ressaltar que a presente crítica não se volta ao texto do marco civil da Internet, considerado avançado em uma análise do direito comparado. Fruto de um processo democrático, que soma mais de sete anos desde sua concepção, buscou preservar o perfil generativo e colaborativo que a internet livre apresenta hoje, sem, contudo, descurar da real importância que um tratamento de dados responsável exerce na tutela dos mais variados direitos fundamentais. Questionamos tão somente a repentina urgência atribuída ao anteprojeto, após cerca de três anos de tramitação no Congresso Nacional, em que foram realizadas sete audiências públicas e que contaram com a presença de mais de sessenta instituições dos mais variados setores. (LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25).

Penal⁶⁰, para permitir a coleta de material biológico de investigados e condenados - talvez seja a ideia de que, por meio da tecnologia, haverá um resgate de avanço social não conquistado no cenário nacional.⁶¹

Nem por isso, no entanto, é possível afirmar que esteja o ordenamento brasileiro, desde sempre, completamente à margem das nuances que a *sociedade em rede*⁶² invoca. Promulgada em 1988, a Constituição Federal brasileira apresentou técnica apurada e inovou no cenário internacional ao reconhecer diversas garantias fundamentais. Em seu corpo normativo, aborda tanto a proteção dos direitos referentes ao cidadão como deveres concernentes ao próprio Estado. Assim, o seu art. 1.º, III, ao reconhecer o princípio da dignidade humana, protege de imediato todos os direitos da personalidade, além de positivizar garantias como a do direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX) e do direito à informação (art. 5º, XV), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, X), bem como veda a violação de correspondência (art. 5º, XII).⁶³

⁶⁰ A Lei nº 12.654/2012 dispôs sobre a possibilidade de ser realizada uma nova espécie de identificação criminal através da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. Previu, para tanto, a criação de bancos de dados genéticos com o material coletado de investigados e condenados. No primeiro caso, a lei determina que será realizada sua identificação e extração do material genético para ser utilizado como prova na investigação e em posterior processo penal, desde que tal medida se mostre necessária e haja decisão judicial nesse sentido. No segundo caso, o condenado por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa terá seu material genético armazenado em um banco de dados visando constituir prova em relação a fatos futuros, sugerindo uma intervenção corporal obrigatória e independente de autorização judicial. Sem adentrar na clara violação do direito à não autoincriminação que uma pretendida coercitividade poderia gerar, opondo-se à pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (cf., a título meramente exemplificativo, HC 83096; HC 77135), questionamos o nível de segurança ao qual estariam submetidos dados pessoais tão relevantes - considerados sensíveis no direito comparado - em um cenário de escassez normativa como ainda é o do ordenamento jurídico brasileiro. Não sem razão, o princípio da segurança informacional (*Security Safeguard Principle*) é explicitado nos mais diversos dispositivos internacionais. Veja-se que, em seu art. 11, a própria Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) exige comprometimento no tratamento e armazenamento de dados. Levando-se em consideração as tratativas internacionais mais recentes, em que o Brasil busca estreitar relações de cooperação com a referida entidade, parece estratégico um compromisso legislativo efetivamente sério no campo informacional.

⁶¹ "Mesmo que em países da Europa ou América do Norte a utilização da tecnologia biométrica e a incorporação de um documento único sejam amplamente debatidos e rejeitados [...], permanece no imaginário brasileiro a noção de que a presença da tecnologia relaciona-se à superação do atraso [...]. Essa característica vincula-se a uma aceitabilidade maior (ou desejo, em lugar de estranhamento) de tecnologias, quaisquer que sejam, no cotidiano." (DONEDA, Danilo; KANASHIRO, Marta. A transformação da identificação e a construção de bancos de dados: o caso do documento único no Brasil. In: BRUNO, Fernanda; KANASHIRO, Marta; FIRMINO, Rodrigo (orgs.). **Vigilância e visibilidade**: espaço, tecnologia e identificação. Porto Alegre: Sulinas, 2010, pp. 272-296, p. 282).

⁶² A riqueza do tema exige digressões que fogem ao objeto principal de estudo do presente trabalho. Para um estudo mais aprofundado acerca da expressão sociedade em rede (Network Society), cunhada originalmente por Stein Bråten (1981), retomada por Jan Van Dijk (1991) e difundida por Manuel Castells (1996), Cf. MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado estado de vigilância. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 323.

Na realidade, somente a partir de um cenário constitucional tão denso no tocante ao resguardo dos direitos fundamentais, como o consagrado pela Carta de 1988, é que foi possível conceber um instrumento legislativo nos moldes propostos pelo marco civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Sem desprestigiar os princípios mais caros do nosso ordenamento jurídico, busca promover um equilíbrio entre interesses antagônicos, o que lhe rendeu elogios, inclusive, do físico britânico Tim Berners-Lee, criador da *World Wide Web*. Fundando suas bases sobre princípios como o da liberdade de expressão, respeito aos direitos humanos e fundamentais, bem como à proteção dos dados pessoais (arts. 2º e 3º), tem justamente como um de seus objetivos a promoção do acesso à informação (art. 4º). Por outro lado, o marco civil da Internet conecta-se de modo harmônico, para uma relação de complementariedade, com a Lei nº 12.527/2011, assumindo com esta a missão conjunta de *diminuir as assimetrias informacionais*⁶⁴ ainda existentes no setor público, aspectos que, todavia, serão objeto de desenvolvimento em outra oportunidade.

Considerações finais

Os desafios a serem enfrentados para a construção de um marco regulatório brasileiro sólido, como a análise comparativa é capaz de demonstrar, conduz à percepção de que alguns instrumentos jurídicos e modelos normativos são adotados de maneira relativamente uniforme no cenário internacional. Assim, a tutela da informação passa a figurar como efetiva política pública no plano internacional, a ser implementada por diferentes atores. A necessidade de uma autoridade reguladora independente, por exemplo, afirmada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e amplamente reconhecida em documentos internacionais, parece esboçar seus primeiros contornos no cenário brasileiro, a partir de uma leitura atenta do marco civil da Internet, o que permitirá cobrir as lacunas que um controle exclusivamente individual permite.

No entanto, de que maneira uma nova faceta de um dever fiscalizatório estatal será implementada em um campo até então pouco habitado pelo Poder Público, somente o tempo – aliado ao amplo debate – permitirá revelar. De qualquer sorte, com os influxos que o marco civil da Internet proporcionou à proteção do direito fundamental de acesso à informação, temos como muito promissor o desenvolvimento de ferramentas que fomentem a participação democrática da sociedade no controle das políticas públicas do Estado, sem descuidar, no entanto, das conquistas que o constituinte de 1988 logrou êxito em salvaguardar.

⁶⁴ CARNIO, Henrique Garbellini. Conhecimento e Direito Digital: acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos na lei do **Marco Civil da Internet**. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BENNETT, Colin J. **Regulating privacy**: data protection and public policy in Europe and the United States. New York: Cornell University Press, 1992.
- BRUNO, Fernanda; KANASHIRO, Marta; FIRMINO, Rodrigo (orgs.). **Vigilância e visibilidade**: espaço, tecnologia e identificação. Porto Alegre: Sulinas, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CARNIO, Henrique Garbellini. Conhecimento e Direito Digital: acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos na lei do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.
- CASTRO, Catarina Sarmento e. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.
- DE HERT, P.; GUTWIRTH, S. Data protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg: Constitutionalisation in action. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves, et. al. (Org.). **Reinventing data protection?** Bruxelas: Springer, 2009.
- DONEDA, Danilo. Iguais mas separados: o Habeas Data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais – Unibrasil**, n. 09. 2008, pp. 14-33.
- _____. Risco e informação pessoais: o princípio da finalidade e a proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista brasileira de risco e seguro**. 2010, v. 5, n. 10, out/mar., pp. 85-102.
- FLAHERTY, David H. Visions of Privacy: Past, Present and Future. In: BENNETT, Colin; GRANT, Rebecca. **Visions of privacy**: policy choices for the digital age. Toronto: University of Toronto Press, 1999.
- GOLDMAN, Janlori. Privacy and Individual Empowerment. In: BENNETT, Colin; GRANT, Rebecca. **Visions of privacy**: policy choices for the digital age. Toronto: University of Toronto Press, 1999.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação**: novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação. Coimbra: Almedina, 2003.
- HUSTINX, Peter. The Role of Data Protection Authorities. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves, et. al. (Org.). **Reinventing data protection?** Bruxelas: Springer, 2009, pp. 131-137.
- LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.
- MACEDO, Elaine Harzheim; GOMES, Roberto de Almeida Borges; BARROS, Wellington Pacheco **Ações Constitucionais**. IESDE Brasil. Curitiba, 2010.
- MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MAÑAS, José Luis Piñar (Dir.). **Protección de datos de carácter personal en iberoamérica**. 2.ed. Valencia: TirantloBlanch, 2006.

- MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.
- MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado estado de vigilância. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.
- RAMIRO, Mônica Arenas. **El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa**. Valencia: Tirantla blanch, 2006.
- RHEINGOLD, Howard. **The virtual community: homesteading on the electronic frontier**. Cambridge -MA: The MIT Press, 2000.
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), 3. ed. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SCHAAR, Peter. **Das Ende der Privatsphäre: der Weg in die Überwachungsgesellschaft**. C. Bertelsmann (München) 2007.
- SILVA, José Afonso. Liberdade de expressão cultural. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 163-175.
- TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão – comunicação. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (org.). **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Daniel Piñeiro Rodriguez

Mestre em Direito pela PUCRS. Tutor junto ao curso preparatório a distância, promovido pela Escola da AJURIS (disciplinas de direito constitucional e direitos fundamentais ministradas pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet). Professor convidado na Especialização de Ciências Penais da PUCRS, ministrando a disciplina “Fundamentos de Direito Constitucional”. Procurador Federal (AGU).
daniel.rodriguez@agu.gov.br

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität), com estudos em nível de pós-doutorado junto a mesma Universidade (bolsista DAAD) e junto ao Instituto Max-Planck de Direito Social, igualmente na condição de bolsista do Instituto. Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS. Professor da Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS). Juiz de Direito no RS.
iwsarlet@gmail.com