

REVISTA ELETRÔNICA DO TCE-RS

EDIÇÃO ESPECIAL, 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

DOSSIÊ:

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL 30 ANOS



Transparência e Informação: entre o público e o privado

Maria Cláudia Cachapuz

Magistrada do TJRS

Doutora em Direito/UFRGS

Professora da UFRGS

Professora no Mestrado/Universidade La Salle

Resumo: A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da Informática e a possibilidade de controle unificados das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão, objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir ao Estado ou ao particular para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica (Aguiar Jr., 1995).

Palavras-chave: Transparência; Dados pessoais; Estado moderno; Público e privado.

Sumário: Texto - Referências

I.

A preocupação relevante com o controle dos dados pessoais armazenados em bancos de registros de informações, extraída de voto do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., em julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça no ano de 1995 – portanto, após a edição da Constituição Federal e da Constituição Estadual, que disciplinaram sobre um princípio de publicidade e transparência no âmbito da Administração Pública - ainda antes de uma interpretação consolidada dos instrumentos normativos de disciplina de acesso à informação, seja pela descarga de argumentos trabalhada a partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), ou mesmo da edição de normas que tratam especificamente da matéria, como o capítulo Dos Direitos de Personalidade no Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/02), a regulação do direito de acesso às informações armazenadas em bancos positivos de cadastro de dados (Lei nº 12.414/11) e a própria

regulação proposta ao acesso às informações pessoais prevista na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), aponta, de forma clara, no sentido da necessidade de que o intérprete tenha plena compreensão do debate que se estabelece sempre que se trate de reger a atividade de controle, pública ou privada, de informações que digam respeito à sua personalidade. Este pressuposto de conhecimento quanto à situação de interpretação reclamada para situações de acesso à informação decorre de uma aparente tensão identificada entre o exercício de direitos de liberdade e a sua efetivação, justamente porque estabelecidos – tais interesses - a partir de perspectivas distintas de exame do caráter privado ou público da informação e de sua possibilidade de disposição por terceiros. E, no caso, sendo este terceiro o próprio Estado ou um determinado particular com o interesse justificado de gerir informações pessoais de outros indivíduos.

A falta de acesso a informações privilegiadas pelo próprio titular dos dados nominativos – por vezes, sob a alegação de preservação de um interesse público mais relevante, como o de soberania nacional, por exemplo – mesmo após o período de chamada abertura democrática com a consolidação de princípios republicanos inclusive em Constituições estaduais, demonstra o nítido reflexo de que uma das formas mais efetivas de domínio sobre o indivíduo – e, especificamente, sobre o exercício da autonomia privada – se dá pelo controle da privacidade ou do exercício de uma liberdade de ser deixado só. Não foram poucas as famílias em outros momentos da situação política brasileira que ficaram sem enterrar ou reverenciar seus mortos por desconhecerem o paradeiro dos mesmos. Em contrapartida, o silêncio privilegiou a situação político-jurídica de quem contribuiu para que pessoas desaparecidas não fossem enterradas por seus próprios familiares. Tal realidade fática contribuiu, em enorme medida, para que, mesmo passados mais de vinte anos da edição da Constituição Federal de 1988 – e da própria interpretação mais ampla do disposto nos incs. X e XXXIII do art. 5º, no inc. II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal – ainda se apresentasse necessária a edição de uma norma específica que regulasse o direito de acesso à informação junto aos órgãos públicos. Daí a realidade jurídica pressuposta a partir da denominada Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11 – LAI), de forma que restasse regulada a possibilidade de amplo

acesso às informações constantes em bancos públicos de gestão de dados, inclusive de forma a fazer preceder, ainda em abstrato, a observância a um princípio de publicidade e transparência – constitucionalmente reconhecidos –, como preceito geral, e de sigilo, como exceção, nos termos do inc. I do art. 3º da LAI.

Mesmo a partir de tal perspectiva, não há como reconhecer que esta relevância pressuposta a um princípio de transparência e publicidade às informações constantes em bancos públicos esteja infensa à possibilidade de discussão específica do tratamento a ser concedido a informações pessoais que digam respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Situação jurídica que não restou afastada da disciplina normativa da LAI, mas antes afirmada pelas disposições trabalhadas no art. 31 da mesma Lei, inclusive pela responsabilização própria pela divulgação indevida em concreto que possa ocorrer (§ 2º do art. 31 da LAI). No ponto, é importante acentuar que, ainda que as esferas do público e do privado situem-se em espaços distintos de observância da medida de exposição do indivíduo em sociedade, trata-se de espaços complementares do agir social, não podendo se conceber, em abstrato, que “privacidade e publicidade caminhem em sentidos diametralmente opostos”, como destacado mais recentemente em argumentação promovida em decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça²⁶. Reconhece-se que há uma relação mútua entre a construção de espaços ao privado e ao público na perspectiva de estabelecimento de uma autodeterminação informativa – e, portanto, e pleno controle sobre as informações nominativas de cada um –, justamente quando se busca promover o livre desenvolvimento da personalidade do homem: “Ou seja, tanto da liberdade decorrente do pensar, como da liberdade que obriga o homem a compartilhar experiências em sociedade. Até porque, é também a partir da distinção entre espaços privados e públicos que resta reconhecido o ambiente social para a vida de convivência” (Cachapuz, 2006, p. 55).

Impõe que se analise, por consequência, a extensão interpretativa possível ao art. 31 da LAI, de forma a avaliar a construção, num primeiro momento, da proteção predisposta na Lei aos direitos de intimidade, vida privada, honra e

²⁶ BRASIL. STJ, RMS nº 46.551/MG. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, julgamento em 09 de março de 2015.

imagem, especialmente a partir da perspectiva de construção de um conceito de autodeterminação informativa. Num segundo momento, a preocupação do intérprete deve ser encaminhada ao exame da interpretação mais recente dos tribunais brasileiros em relação à proteção à privacidade, especialmente quando relacionada à divulgação de informações privilegiadas de pessoas públicas em razão do exercício de suas atribuições – aqui, a discussão do armazenamento e divulgação ampla de dados pessoais sobre remuneração de ocupante de atividade pública - ou mesmo quando identificadas discussões públicas acerca do exercício abusivo de uma atividade no âmbito público – assim, quanto à pretensão de acesso público a informações decorrentes de investigações públicas.

II.

De fato, a proposta de análise do conceito de *autodeterminação informativa* visa à compreensão de uma situação jurídica corriqueiramente levada à apreciação dos tribunais: O enfrentamento da tutela da privacidade quando em discussão o registro, o armazenamento e a transmissão de dados pessoais. A questão de fundo é, na essência, o problema do chamado "impulso à auto-exposição" (Arendt, 1993, p. 28), não apenas porque a pessoa participa de uma vida comum com os demais, compartilhando experiência tecnológica e informações próprias de seu tempo, mas, fundamentalmente, porque também o indivíduo deseja aparecer e, em determinada medida, fazer-se visto, "por feitos e palavras" (Arendt, 1993, p. 28), pelos demais²⁷. A ação e reação sistemática ao avanço da ciência, especialmente em áreas de maior desenvolvimento tecnológico – como a da Tecnologia da Informação -, revela a tendência do homem contemporâneo de aprender a lidar com a sua individualidade sem necessariamente abdicar de um benefício tecnológico que lhe facilita o contato com uma esfera pública de relacionamento. Virilio menciona o exemplo de uma pessoa que “para lutar contra os fantasmas que pareciam persegui-la” (Virilio, 1999, p. 61) instala câmeras de vídeo na residência, permitindo que os visitantes de seu espaço de divulgação na Internet possam auxiliá-la no combate a

²⁷Ver estudo sobre liberdade e acesso à informação, pela análise da “autodeterminação informacional”, em Ferraz Júnior (2001, p. 242).

eventuais fantasmas, num exercício não muito diferente daquele usufruído por quem explora a própria imagem em espaços destinados a efetivos diários de confissão pública, como o *Facebook*. Poder-se-ia, portanto, questionar em que medida a esfera pública – ou aquilo que a represente no mundo das aparências (Arendt, 1993) – tem-se traduzido em espaço de reflexão ao indivíduo – na essência, resguardado ao privado – ou mesmo até que ponto se pode reconhecer uma nova concepção de liberdade para o desenvolvimento (livre) da personalidade na sociedade contemporânea.

Em sentença de 15 de dezembro de 1983²⁸, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao analisar a extensão de questionamento possível ao cidadão por meio de uma legislação censitária, reconheceu a possibilidade de uma autodeterminação informativa a todo indivíduo, de forma que toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida do titular a sua existência e com quem é compartilhada. Isso significa compreender que informações compartilhadas só podem permanecer públicas porque existente o conhecimento do titular acerca de sua extensão. Ainda assim, a liberdade de autorização individual ao que se faz divulgado permite restrições, considerando o Tribunal Constitucional que “a autodeterminação é uma condição elementar de funcionamento de uma comunidade democrática fundada sobre capacidade de agir conjuntamente de seus cidadãos. [...] A informação, ainda quando relacionada à pessoa, apresenta uma figuração da realidade social, a qual não pode ser exclusivamente subordinada ao afetado”²⁹.

Ao afirmar a liberdade de conduta, embora esta não se encontre insuscetível de restrição, o Tribunal Constitucional permite, abstratamente, uma reciprocidade de conduta na esfera pública (confiança externa) para conhecer e tornar conhecido o que é íntimo e privado. Possibilita o Tribunal Constitucional que se compatibilizem princípios de liberdade e de dignidade humana, reconhecendo tanto o livre arbítrio ao indivíduo – e, assim, a possibilidade de discutir uma vontade no âmbito público – como a proteção ao que é de sua essência (a dignidade). Daí a possibilidade de se "garantizar la esfera personal

²⁸ BVerfGE 65,1.

²⁹ BVerfGE 65,1, em tradução livre da versão alemã.

estricta de la vida y la conservación de sus condiciones básicas" (Alexy, 2001, p. 356) sem que se abdique de uma concepção igualmente ampla de liberdade ao indivíduo e, mais especificamente, de livre desenvolvimento de sua personalidade.

A concepção de autodeterminação informativa, nos termos como acolhida pelo tribunal alemão, autoriza, então, o critério de objetivação da vontade em relação à conduta de tornar público àquilo que pertence, com exclusividade e reserva, ao indivíduo. Segue, de forma muito próxima, a condição de universalização da conduta, como critério de igualdade num plano ideal, a fim de justificar, por uma figura abstrata, a restrição de um direito de liberdade individual. Ou seja, persegue a ideia de que para agir de forma livre é necessário que o indivíduo possa determinar a sua ação numa esfera pública - o que só se torna possível na medida em que exista também uma autolimitação³⁰.

A possibilidade de restrição à liberdade assegurada em abstrato – ainda que exigida uma ponderação por razões sérias a toda a restrição que seja efetuada -, em outras palavras, é o que assegura a efetiva possibilidade de exercício de um direito de liberdade, potencializando a autonomia do indivíduo³¹. Num espectro mais amplo, é o que garante a não violação de direitos humanos, na medida em que permite, a todo o momento, o exame de uma gênese crítica pela reserva do espaço próprio ao pensar. Como a concepção de uma autodeterminação informativa reforça a estrutura das esferas para o exame do que é privado também em relação às informações referentes à personalidade, o destaque conferido à situação de um direito mais concreto - acesso, armazenamento e transmissão de dados informativos - dentre os demais direitos de personalidade, contribui para a precisão de conceitos indeterminados e cláusulas gerais hoje presentes nas codificações civis e permite analisar, de

³⁰ Conforme Galuppo (2002, p. 95), "isso reconduz, inevitavelmente, à questão do imperativo categórico: devemos buscar aquilo que universalmente pode ser reconhecido como direito de todos para fundamentar a limitação da liberdade, que só pode ser, como já disse, *autolimitação*, pois esta limitação surge exatamente para garantir a coexistência de direitos legítimos, que só podem ser os direitos universalizáveis".

³¹ É o que acentua Gadamer (1997, p. 102), referindo-se à tarefa assumida pelo Direito na realização de uma ideia de justiça: "El 'derecho' es, en el fondo, el gran ordenamiento creado por los hombres que nos pone límites, pero también nos permite superar la discordia y, cuando no nos entendemos, nos malinterpretamos o incluso maltratamos, nos permite reordenar todo de nuevo e insertarlo numa realidad común. Nosotros no 'hacemos' todo esto, sino que todo esto nos sucede".

forma específica, a situação empírica que corriqueiramente se dispõe, cada vez mais, à análise dos tribunais.

Em relação ao tratamento dispensado à proteção de dados nominativos³², matéria que desafia a comunidade jurídica contemporânea relativamente à questão da privacidade, o conceito de autodeterminação informativa tem igualmente contribuído para orientar a atividade do intérprete, ao reconhecer a autonomia do indivíduo tanto (i) dirigida ao controle e à transmissão de informações personalíssimas, como (ii) encaminhada à possibilidade de acesso a qualquer informação. Dessa forma, fundamental para identificar uma efetiva proteção às informações pessoais dos indivíduos numa sociedade informatizada é a possibilidade de que o controle sobre o armazenamento e a transmissão de dados possa ser realizado pelo titular da informação de modo amplo, permitindo ao cadastrado uma supervisão tanto em relação à justificação conferida por um interesse público no armazenamento de dados, como em relação à justificação de uma transmissão do conteúdo informativo a terceiros. Reconhece-se, como de regra, a possibilidade de interferência do indivíduo no processo de acesso e de correção de dados.

Isto se vê reconhecido, num primeiro momento, a partir do estabelecimento – inclusive legislativo – de um amplo direito de acesso dos indivíduos às suas informações nominativas. O próprio armazenamento de dados pessoais está informado por um princípio de acesso amplo aos titulares das informações, seja para o reconhecimento de existência do próprio registro, seja para a verificação da extensão, veracidade e correção das informações armazenadas. Novamente, aqui, a autorização e o interesse público na criação de um banco cadastral interferem na própria extensão a ser considerada para um direito de acesso. Há bancos cadastrais que dispensam a comunicação ao titular da informação, pelo simples fato de que o armazenamento é pressuposto pelo tipo de atividade que desenvolvem num setor público ou privado. Isto ocorre, por exemplo, em relação a bancos cadastrais de organismos associativos – relativos a cadastro em casos

³² Consideram-se dados nominativos as informações relativas às pessoas físicas identificadas ou identificáveis (no caso, uma identificação direta ou indireta, que possa ser promovida a partir dos dados que se apresentam processados separadamente ou conjuntamente). Os dados nominativos devem corresponder a informações capazes de permitir uma identificação de seus titulares. Ou seja, capazes de criar uma relação de associação a uma pessoa determinada ou determinável em concreto, autorizando, em contrapartida, uma garantia protetiva à sua intimidade e vida privada. Para ampliar a discussão da matéria, sugere-se Ortiz (2002, p. 139).

de seguridade social, a clubes privados -, aos quais o indivíduo, de forma deliberada, forneceu informações pessoais bastante precisas tendo em vista uma finalidade associativa determinada. Neste caso, a relevância do acesso não se fará tão evidente quanto à existência do registro propriamente, mas sim quanto à veracidade, correção e manutenção das informações armazenadas. Diferente, contudo, é a situação de configuração de bancos de cadastro gerados a partir de interesses não diretamente estabelecidos pelo cadastrado, mas decorrentes de determinada situação pressuposta a uma atividade, como no caso dos bancos públicos estabelecidos a partir do simples exercício de uma atividade pública por parte do indivíduo.

No caso de formação de banco cadastral para o qual não fornece o indivíduo pessoalmente o conteúdo informativo, fundamental é o titular da informação ter, desde o momento do armazenamento de uma informação, ciência de que integra uma listagem informativa. Se o direito de acesso é marcado, inicialmente, por um princípio de conhecimento acerca do armazenamento de dados, é pelo princípio da transparência ou da publicidade que atinge a realização plena de um conceito de autodeterminação informativa³³. É que não basta saber sobre a existência de um registro de informações pessoais, se, em concreto, não é fornecida ao titular das informações a possibilidade de fiscalização do conteúdo existente em registro. De fato, ainda que tolerável a formação de bancos de dados com informações negativas em relação ao seu titular, não se concebe que essas informações ignorem a realidade factual mais verídica possível, guardada a mesma tônica de confiança – abstratamente considerada – exigida aos relacionamentos privados. Por isso a necessidade para o indivíduo, como garantia de um amplo direito de acesso às informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, de que não só ele tenha conhecimento quanto à existência de

³³ Eiras afirma que é possível identificar o conceito de autodeterminação informativa desdobrado em outros tantos direitos que visam assegurar a atuação do indivíduo frente a seu patrimônio informativo: “O direito à autodeterminação informacional é um superconceito que se desdobra em vários outros, a saber: a) o direito de acesso aos ficheiros, que confere ao cidadão o direito a tomar conhecimento de quaisquer registos por forma compreensível, em linguagem clara, isenta de codificação e em prazo razoável; b) o direito de, em certos casos, se opor ao registro de dados e a que essa oposição fique registrada; c) o direito a ser informado acerca do motivo por que lhe é recusado o direito de acesso; d) o direito de ser esclarecido acerca do objectivo que determinou a inserção dos dados no ficheiro; e) o direito de contestação, que engloba [...] a faculdade de exigir a rectificação dos dados armazenados inexactos, a faculdade de exigir a correção dos dados que estejam desactualizados, a faculdade de exigir a eliminação de dados constantes dos registos contra regras ou princípios constitucionais, a faculdade de exigir o cancelamento de dados decorrido determinado período (direito ao esquecimento)” (Eiras, 1992, p. 78).

inscrição em banco de dados – conhecendo os elementos e critérios de análise disponíveis para o cruzamento de informações -, como tenha ainda a possibilidade de alterar o conteúdo de um registro não condizente à realidade descrita, independentemente da sua natureza – se de crédito, de consumo, de associação (ideológica, política, religiosa, cultural).

Assim, é também resultante de um amplo direito de acesso o exame da medida de extensão do registro de informações pessoais efetuado. Mais precisamente, aborda-se aqui não apenas a possibilidade de uma restrição sobre o conteúdo informativo, como também a hipótese de pertinência do registro sobre determinado interesse público, pela qualidade da informação. Tal pressuposto aparece, via de regra, como uma das condições de sustentação e proteção de uma esfera de privacidade, quando analisados modernos sistemas de interconexão de dados pessoais por bancos cadastrais. Ainda, a qualidade da informação importa no reconhecimento de um princípio com atuação simultânea, e não menos relevante, relacionado ao tempo de registro das informações pessoais. Fala-se, por isso, no princípio do esquecimento³⁴, orientado pela ideia de que o próprio gestor do banco cadastral se compromete a manter atualizados os registros, fiscalizando o tempo de sua permanência. Não por outra razão, disciplina a Diretiva 95/46/EC, de 24 de outubro de 1995, destinada aos países membros da Comunidade Europeia, em seu artigo 6º, alínea ‘e’, que o registro de um dado pessoal deve ser armazenado de tal forma que possibilite a identificação da própria relevância de sua manutenção. Vê-se a obrigação, inclusive, de que sejam promovidas formas de resguardo das informações que tenham de ser registradas por um longo período, em razão de sua importância histórica, estatística ou científica.

Também se encontra relacionada a um direito mais amplo de acesso as informações nominativas do indivíduo - que se vejam registradas em banco cadastral - a característica essencial da veracidade do conteúdo informativo

³⁴ Nesse sentido, com certa antecedência ao debate hoje em voga e com a limitação da discussão de temporalidade, já havia me posicionado: “A disciplina decorre da compreensão de que informações desfavoráveis sobre determinada pessoa não podem permanecer armazenadas em caráter perpétuo, a ponto de prejudicarem outras relações de convívio da pessoa atingida – principalmente relações de consumo -, tendo em vista dados antigos, até mesmo coletados de forma equivocada e sobre os quais não foi exercitado o direito de retificação. A Lei brasileira de Defesa do Consumidor, neste ponto, é específica, prevendo duração máxima de cinco anos para as informações negativas cadastradas em bancos de dados sobre consumo” (Cachapuz, 1997, p. 389).

armazenado. Isto corresponde, em resumo, à ideia de que todo registro deve preservar uma nota de autenticidade em relação ao seu conteúdo. Ou seja, as informações armazenadas devem ser não apenas precisas como completas. Por fim, é também relacionada à ideia de um direito amplo de acesso a informações nominativas registradas em bancos cadastrais a própria concepção de correção dos dados. Ou seja, não basta que o registro corresponda a uma situação factual, e, sim, que a informação esteja de acordo com o momento atual de registro. A correção dos dados informativos é característica complementar à de veracidade das informações, remetendo também a uma possibilidade de retificação de conteúdo informativo quando evidenciado qualquer equívoco em concreto³⁵.

Como a concepção de autodeterminação informativa apropria-se de conceitos relacionados tanto a um espaço de interferência marcante do direito de liberdade (esfera privada) como de interferência mais acentuada do direito de igualdade (esfera pública), identifica-se também num direito de acesso a dados informativos a possibilidade de o indivíduo ter acesso a informações que lhe sejam justificadamente importantes ou de revelação essencial. Abstratamente, a hipótese responde ao conceito de autodeterminação informativa como trabalhado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pois exige a reciprocidade de conduta a quem se dispõe à liberação dos dados e a quem pretende obter determinado acesso. Ou seja, permite-se, pelo exercício da ponderação, a partir da análise de situações concretas envolvendo direitos fundamentais, que dados nominativos sejam tornados públicos quando suficientemente evidenciada a sua relevância ao interessado. Isto ocorre porque mesmo interesse ideal de acesso atinge toda a coletividade. O exemplo trazido pela Diretiva Europeia de outubro de

³⁵ Em relação à correção de dados nas transmissões de informações realizadas nas relações internas dos países, tratamento mais correto tem sido encontrado dentro do sistema alemão de proteção de informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, ao propor a visualização de três efeitos distintos a partir da interferência do indivíduo no controle positivo das informações de que é titular – ou seja, a sua atuação através da retificação propriamente dita, do bloqueio e da supressão ou cancelamento das informações que contenham equívocos. A inovação reside na possibilidade de bloqueio de dados, sempre em caráter temporário, quando duvidosa a correção de determinadas informações ou a permanência de uma finalidade específica para a manutenção dos registros. Enquanto a retificação visa a uma correção e a supressão, o cancelamento efetivo das informações registradas de forma equivocada ou sem atender a uma finalidade específica – e aqui se ressalva novamente a aproximação à característica da “extensão” da informação registrada – o bloqueio não possibilita mais o aproveitamento das informações para qualquer fim, ainda que haja discussão sobre a correção dos dados registrados. Excepciona-se apenas a possibilidade de uma utilização da informação que se traduza absolutamente necessária, quando para fins pacíficos, para a superação de uma falha de prova ou com autorização específica da pessoa atingida, por exemplo. A hipótese legislativa restou evidenciada ainda na Lei Federal sobre Proteção de Dados ou *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) de 1º.01.1978.

1995 é o registro de dados históricos, estatísticos ou científicos que, por suas características peculiares, devam ter adequado acesso, útil e rápido, a qualquer indivíduo³⁶.

O que se espera, portanto, pela concepção de autonomia informativa, é de que haja uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública entre todos os que participem de um movimento de troca de informações. Primeiro, porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações, apoiada em princípios de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados informativos, não interessa exclusivamente ao titular da informação, e, sim, a toda coletividade, para ter acesso aos dados armazenados. Segundo, porque a exigência de reciprocidade envolve tanto o interesse, puro e simples, de restrição de uma liberdade, como a promoção de uma conduta responsável a todo aquele que se dispõe, reciprocamente, a participar do espaço de troca de informações³⁷.

Desta realidade decorre a compreensão de que todo o armazenamento de dados pressupõe transparência dos dados existentes e franca possibilidade de acesso ao cadastrado. Tal conduta por parte de gestores de bancos de dados – principalmente quando privados e com nítido intuito econômico - é o que autoriza o reconhecimento pelo Estado de que terceiros detenham e trabalhem com a informação de dados nominativos alheios, de forma a interferir na liberdade de comércio ou de negócios em sociedade.

III.

A delimitação de espaços diversificados ao público e ao privado na modernidade, ratificada pela experiência do holocausto e dos resultados de duas guerras mundiais em pleno século XX, permite que os direitos de personalidade alcancem uma dimensão de importância bastante significativa para a construção

³⁶ Conforme o texto do parágrafo 34 do preâmbulo da Diretiva 95/46/EC, os Estados membros se encontram autorizados a promoverem o armazenamento de dados sensíveis, cujo registro se encontre justificado pelo interesse público relevante em áreas como a de saúde pública e promoção social, especialmente quando necessários para o aprimoramento de serviços públicos de assistência.

³⁷ Seguindo Habermas 1991, p. 215), “a pessoa só consegue constituir um centro de vida interior e só percebe a sua identidade, na medida em que se expõe simultaneamente a relações interpessoais construídas pela comunicação e em que se deixa envolver numa rede cada vez mais densa e subtil de vulnerabilidades recíprocas e de necessidades explícitas de protecção. [...] A integridade da pessoa individual reclama a estabilização de um tecido de relações simétricas de reconhecimento, no qual os indivíduos inalienáveis só reciprocamente e enquanto membros de uma comunidade poderão assegurar a sua precária identidade”.

das sociedades do pós-guerra, especialmente como forma de evitar a repetição de situações de degradação do conceito de pessoa e do conceito de dignidade construídos a partir de ideais liberais da história contemporânea. Nesse contexto, uma teoria de distinção clara entre os espaços do público e do privado vem sendo aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, desde meados do século XX, com um enfoque voltado à delimitação precisa da extensão da norma constante no artigo 2 (1) da Lei Fundamental, que consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade³⁸. Ganhou importância, neste sentido, a decisão BVerfGE 6, 32, de 1957, conhecida como Caso Elfes, em que reconhece expressamente o tribunal alemão a existência de uma esfera privada a todo o indivíduo, considerada como o "espaço inviolável da liberdade humana, isolada de qualquer violação pela autoridade pública"³⁹.

Analisando a discussão proposta sobre a constitucionalidade de uma lei⁴⁰ que permitia a órgão público a não-concessão de passaporte a cidadão alemão quando evidenciadas razões específicas a tanto, a decisão proferida no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha acolheu o entendimento de que deve existir uma esfera própria de tutela à privacidade de todo indivíduo, em que se encontre resguardado o valor maior de dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de sua personalidade. A partir da decisão proferida no Caso Elfes, expressamente, passa a ser reconhecido que as "leis não devem violar a dignidade da pessoa, a qual representa o maior valor da Lei Fundamental, nem podem restringir a liberdade espiritual, política ou econômica da pessoa de forma que possa corroer a essência de sua personalidade"⁴¹.

Na hipótese, o Tribunal Constitucional Federal, sem se furtar a fazer referência ao princípio da dignidade humana, interpretou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um direito geral à liberdade de ação. A

³⁸ Assim, o texto do artigo 2 (1) da Lei Fundamental: "Toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade na mesma medida em que não viole o direito de outrem ou ofenda a ordem constitucional ou a lei moral". Na tradução livre para a versão inglesa, disponível em <http://www.iuscomp.org>: "Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law."

³⁹ 6 BVerfGE 32, em tradução livre da versão inglesa, disponível em <http://www.iuscomp.org>: "That ultimately inviolable area of human freedom insulated against any intrusion by public authority."

⁴⁰ Lei do Passaporte, de 04 de março de 1952.

⁴¹ 6 BVerfGE 32, em tradução livre da versão inglesa, disponível em <http://www.iuscomp.org>: "Laws must not violate a person's dignity, which represents the highest value of the Basic Law; nor may they restrict a person's spiritual, political or economic freedom in a way that would erode the essence of [personhood]."

proteção reconhecida ao artigo 2 (1) da Lei Fundamental passou a representar duas ideias: (i) de que cada um está permitido *prima facie* – ou seja, sem a intervenção, a princípio, de restrições – fazer ou omitir o que quiser e (ii) de que há um direito frente ao Estado a que este não impeça ações e omissões manifestadas pelo indivíduo, ou seja, de que este não intervenha nas atitudes tomadas pelo indivíduo (Alexy, 2001). Um suporte fático tão amplo ao direito geral de liberdade passou a demandar, por consequência, uma versão igualmente ampla de cláusula restritiva. Por isso, a coerência do Tribunal Constitucional Federal, segundo Alexy (2001, p. 334), no entendimento de que toda pessoa pode postular, por meio de um recurso jurídico, que uma lei que restrinja a sua liberdade de ação não possa prevalecer em relação à determinada situação concreta, por violar disposições constitucionais superiores.

Na apreciação específica da argumentação utilizada na decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, propiciando a adoção de uma teoria das esferas, há a preocupação de demonstrar que a tutela jurídica preconizada deve garantir uma resposta do Estado contra a intromissão externa a uma esfera mais reservada ao indivíduo. E, no caso, tanto em sentido contrário à intromissão pela própria autoridade pública, como contrariamente à interferência de qualquer pessoa. Principalmente nesse caso, destaca Alexy (2001, p. 435-454), que se encontram direitos específicos à proteção da pessoa, ou seja, direitos fundamentais do indivíduo frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros. Os direitos de proteção, nessa hipótese, atuam de forma a promover uma composição de liberdades⁴², exigindo a observação de um conceito de igualdade (Alexy, 2001, p. 381-418) pelo respeito a uma relação recíproca de sujeitos jurídicos iguais.

De certo modo, há que se entender que a atividade de proteção à personalidade do indivíduo pelo Estado garante, em última análise, o próprio direito de liberdade individual⁴³. Não há, num plano genérico, como dissociar da

⁴² Por isso, novamente a remissão a Kant, para quem, conforme Alexy, "el derecho es, pues, el concepto propiamente dicho de las condiciones bajo las cuales es posible conciliar la arbitrariedad de uno con la arbitrariedad del otro, de acuerdo con una ley universal de la libertad" (Alexy, 2001, p. 436, citando Immanuel Kant).

⁴³ Na expressão de Alexy, os direitos à proteção, então já entendidos como subespécie de um direito geral de prestação ao lado dos direitos à organização e procedimento e dos direitos a prestações em sentido estrito, "son, pues, derechos constitucionales a que el Estado organice e maneje el orden jurídico de una

ideia de respeito à dignidade humana - como princípio derivado do Estado Democrático de Direito - a promoção de uma garantia fundamental às liberdades individuais. Por isso, se o titular de um direito à prestação pelo Estado tem a competência para impor judicialmente este direito (art. 19, parágrafo 4º, da Lei Fundamental alemã), tal possibilidade de imposição confere aos direitos a prestações um caráter *prima facie* à sua realização, ou seja, "um caráter de princípios" (Alexy, 2001, p. 431), permitindo que sofram, como princípios, restrições. Daí por que a possibilidade, conforme o caso concreto de análise, de se reconhecer a precedência de um direito de personalidade a outro – por exemplo, um direito do indivíduo de ver resguardada a publicação por terceiro de uma situação específica de sua vida privada que a ninguém possa interessar de forma específica.

Impõe-se reconhecer, por consequência, uma estrita conexão entre o princípio da dignidade humana e o direito geral de liberdade do indivíduo. É este o entendimento contemporâneo do Tribunal Constitucional Federal alemão ao procurar identificar um sentido à proteção fundamental à personalidade. Em primeiro lugar, é acolhido o entendimento de que a pessoa, a viver em comunidade, é um "ser ético-espiritual" (Alexy, 2001, p. 345) que aspira à liberdade. Em seguida, a garantia de sua individualidade só se configura possível na medida em que o indivíduo aceita restrições à sua liberdade de ação. Essas restrições, por sua vez, só podem existir desde que justifiquem, por outro lado, a própria independência do indivíduo⁴⁴. A dignidade humana se vê respeitada, porque existe uma liberdade negativa que a ratifica num "sentido juridicamente relevante" (Alexy, 2001, p. 346). Nesta construção jurídica sobre direitos

determinada manera por lo que respecta a la relación recíproca de sujetos jurídicos iguales" (Alexy, 2001, p. 436). Como explica ainda Luiz Bicca, não há paradoxo entre coação e liberdade: "Contra a aparente antinomia que se poderia querer apontar neste ponto (já que coação é sempre um ato de não-liberdade), Kant permite-nos ver a coerção como restabelecimento da liberdade: se um uso da liberdade impede outro uso da liberdade que é conforme a uma lei geral - o que constitui, na primeira determinação da vontade, um mau uso da liberdade -, nada mais justo e legítimo do que coagir aquela liberdade que está sendo mal empregada. A coerção do livre-arbítrio que cerceia a realização da liberdade por outrem - à maneira de um dupla negação - restitui o direito" (Bicca, 1997, p. 15).

⁴⁴ Esta restrição à liberdade, à luz de entendimento mais recente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, só se justifica, segundo Alexy (2001, p. 346), porque deve entender o cidadão que lhe serve à garantia de um respeito à sua dignidade e independência como pessoa. "Lo que esto significa lo resume el Tribunal Constitucional Federal con las siguientes palabras: 'El individuo tiene que aceptar aquellas restricciones de su libertad de acción que el legislador traza para el cultivo y promoción de la convivencia social dentro de los límites de lo, en general, exigible de acuerdo con el estado de cosas dado, siempre que se mantenga la independencia de la persona'".

fundamentais voltados à personalidade do indivíduo, portanto, o princípio da dignidade humana - que também aparece nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão⁴⁵ - não pode servir como substituto direto ao princípio formal de liberdade negativa, na mesma medida em que o princípio de liberdade referido não pode ser considerado de forma isolada⁴⁶.

No âmbito de estudo dos direitos fundamentais, pressupõe-se a opção franca por uma concepção formal-material do direito geral de liberdade. É uma concepção em que se trabalha tanto com categorias formais (as esferas), para tornar possível a delimitação de espaços precisos ao desenvolvimento de um conceito de liberdade - que resguarda o valor em si mesmo, a priori -, como com categorias materiais (ditadas pela experiência), para permitir a abertura ao caso concreto e à discussão proposta junto aos tribunais. Estas, no caso, correspondem às condições concretas "de las cuales depende el cumplimiento de la garantía de la dignidad de la persona" (Alexy, 2001, p. 348). Daí porque, no direito brasileiro, toda e qualquer concepção absoluta de restrição a uma liberdade só pode ser assim compreendida se analisada a partir de categorias abstratas de construção hermenêutica, ou seja, quando ainda não testada à norma pelas condições fáticas e jurídicas do caso. Assim, exemplificativamente, em relação a um enunciado normativo como o do art. 11 do Código Civil brasileiro, que, ao tratar da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade de um direito de personalidade, traça uma conduta geral universalizada. De forma ampla, esse é o comando normativo que obriga a todos, como regra de conduta nas relações civis. Nada impede, contudo, que, frente à particularidade, seja relativizada a determinação normativa, justamente porque oferecidas condições de peso suficientes para o desafio do determinado no enunciado normativo. É o

⁴⁵ Assim, na referência de Alexy (2001, p. 345), à decisão do Tribunal Constitucional Federal BverfGE 45, 187 (227) que, em análise à imagem da pessoa, ressalta o caráter da "concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a si mismo en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mismo, sino como la de un individuo referido a y vinculado con la comunidad".

⁴⁶ Acompanha-se o entendimento de Alexy (2001, p. 344), para quem "un recurso a la dignidad humana no puede conducir nunca a una sustitución del principio 'formal' de la libertad negativa por los principios concretos exigidos por la norma de la dignidad de la persona. Algo que es necesario para la dignidad de la persona no se convierte en algo no necesario - y, por lo tanto, sustituible - porque algo más sea necesario para la dignidad de la persona. Por lo tanto, la referencia a la norma de la dignidad humana no puede conducir a una sustitución de la libertad negativa por principios concretos que pertenecen a la norma de la dignidad de la persona sino sólo a una complementación de aquel principio".

que se opera, em concreto, por meio da aplicação de um princípio de proporcionalidade, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas referentes à situação concreta de análise.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, na sentença 65-1, de outubro de 1983, em que restou discutida a possibilidade de compulsório recolhimento e armazenamento de dados sensíveis pelo Estado – dados quanto à população, à profissão, à moradia e ao local de trabalho dos indivíduos – para divulgação estatística do censo, reconheceu expressamente que para a regulamentação da atividade de coleta e registro de dados deve ser levado em consideração, inclusive pelo legislador, o princípio da proporcionalidade. Isto corresponde a afirmar, segundo o Tribunal, que as disposições de procedimento e organização para o estabelecimento do cruzamento de dados estatísticos devem “evitar o perigo de uma violação do direito à personalidade”. Para tanto, há o reconhecimento de que, no caso de coleta de dados com fins estatísticos “não se pode exigir um estreito e concreto vínculo finalista dos dados”. Conforme o Tribunal, ao sistema de comparação da informação para efeito de cruzamento de dados deve corresponder, internamente, proporcionais limitações. Por isso a conclusão de que o direito à autodeterminação da informação referente a dados sensíveis do indivíduo não se afigura como absoluto, sendo possível a sua restrição. No entanto, tal restrição à liberdade individual – de não fornecimento de dados -, sujeita à aplicação de um princípio de proporcionalidade, só se justifica na medida “em que indispensável para a proteção do interesse público” (BVerfGE, 19,342 [348]).

IV.

Diferente não deveria ser a situação de interpretação predisposta para as situações de análise da Lei de Acesso à Informação, especialmente quando identificado o confronto entre o interesse amplo de publicidade das informações dispostas em bancos cadastrais públicos e a situação de enfrentamento da proteção à intimidade nos termos do art. 31 da LAI. No entanto, caminho diverso de interpretação tem sido adotado, como pressuposto, para o exame do tema da colidência entre interesse público e privado.

No Recurso Extraordinário nº 652.777/SP, em que restou discutida a constitucionalidade da publicação, em sítio eletrônico, do nome de servidores do Município de São Paulo conjuntamente à divulgação dos valores correspondentes aos respectivos vencimentos, restaram identificados os seguintes argumentos decisórios para a compreensão da licitude da iniciativa: (i) não caberia se falar de intimidade e vida privada quando os dados do objeto da divulgação dizem respeito a agentes públicos atuando “nessa qualidade”; (ii) a divulgação é o “preço a ser pago” pela opção por uma carreira pública “no seio de um Estado republicano”⁴⁷, o que significa reconhecer um dever estatal de divulgação de todos os atos público que digam respeito à coisa pública; (iii) a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicando inadmissível situação de lesão à ordem pública; (iv) a observação de que o pleno conhecimento da remuneração bruta dos servidores é situação de interesse coletivo ou geral, não se reconhecendo, na hipótese, exceção para os fins do inc. XXXIII do art. 5º da CF. De forma complementar, é acrescido à decisão o argumento convergente, apresentado pela Ministra Carmem Lúcia, no sentido de que, a partir da edição da Lei de Acesso à Informação, resta claro que o sigilo pressuposto, em relação à divulgação de atividades relacionadas à Administração Pública, impõe-se como forma de preservação do próprio serviço público “e não dos servidores”⁴⁸.

Veja-se que, na hipótese, não há o reconhecimento de que dados referentes à remuneração de servidores públicos possam ser considerados como pertinentes à vida privada do indivíduo, sendo tomado como premissa autorizadora de uma restrição à liberdade de ser deixado só o simples fato de que esteja a pessoa no exercício de uma função pública. Nesse ponto, observa-se que há uma preservação mais ampla do direito ao acesso à informação, não ensejando a proteção à privacidade do servidor público do que se refere ao exercício de tal função. Ainda, mesmo que fosse invocada, de forma oblíqua, a aplicação do direito ao esquecimento na espécie, pelo teor do julgado em tela, e por outros já publicados que envolvem tal proteção de dados/informações

⁴⁷ BRASIL. STF, ARE nº 652.777/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DJ 128, de 01.07.2015.

⁴⁸ BRASIL. STF, ARE nº 652.777/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DJ 128, de 01.07.2015.

privadas, lavrados por outras Cortes do Brasil⁴⁹, percebe-se a tendência dos julgadores em manter o argumento de prevalência do interesse público sobre fatos históricos e pessoas públicas, sendo os servidores inseridos nessa última hipótese.

Assim, analisando-se o disposto no art. 5º, inc. X, da Carta Magna, a proteção à intimidade e a vida privada, como ali conferidas, não é, pela interpretação proposta, ampliada para a vida funcional daqueles que exercem cargo público, seja de forma efetiva ou mesmo temporária. Pela leitura do julgado (Recurso Extraordinário nº 652.777), o Supremo Tribunal Federal (STF) entende, em síntese, que o servidor público deve suportar algum ônus, que não se estende àqueles que não são servidores públicos. Não há anonimato para que quem, voluntariamente, ao ingressar na carreira de servidor público, tacitamente compactuou com essa renúncia.

A crítica possível a tal argumentação construída pelo STF é justamente o cerne da questão da proporcionalidade: parte-se de uma delimitação do conteúdo informativo *a priori*, quando diversa é a orientação, inclusive em termos de direito comparado, por uma concepção de autodeterminação. Situação que, sem dúvida, permite questionar-se em que medida, efetivamente, há a garantia de reciprocidade de tratamento normativo e interpretativo quando em jogo interesses privados relacionados a dados sensíveis de pessoas que desempenhem funções públicas. E, fundamentalmente, porque não ponderada a situação jurídica relacionada à finalidade de tornar amplamente pública determinada informação nominativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid, CEPC, 2001.

ARENDT, Hannah. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**, 2ª edição. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1993.

BICCA, Luiz. **Racionalidade moderna e subjetividade**. São Paulo, Edições Loyola, 1997.

⁴⁹ BRASIL. TRF4, AC nº 2003.70.00.058152-8/PR. Relator: Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, julgamento em 16 de setembro de 2009.

BRASIL. STJ, REsp. 22337/RS. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., julgado em 13.02.1995, RSTJ, vol. 77, p. 205.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Informática e proteção de dados**. Os freios necessários à automação. Ajuris, ano XXIV, vol. 70, julho 1997.

_____. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

EIRAS, Agostinho. **Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados**. Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. Historia y lenguaje: Una respuesta. In: KOSELLECK, Reinhart; **Historia y hermenéutica**. Barcelona. Ediciones Piados, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa, Instituto Piaget, 1991.

ORTIZ, Ana Isabel Herrán. **El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales**. Madrid, Dykinson, 2002.

VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. São Paulo. Estação Liberdade, 1999.

Artigo enviado em 10/12/2018. Aprovado em 18/12/2018.

Abstract: The insertion of personal data of the citizen into information banks has become one of the concerns of the modern State, where the use of IT and the possibility of unified control of the various activities of the person, in the multiple situations of life, allows the knowledge of their public and private conduct, even to the smallest detail, being able to arrive at the debauchery of personal acts, invading an area that should be restricted to their intimacy; at the same time, the citizen, the object of this indiscriminate collection of information, often does not even know of the existence of such activity, or does not have effective means to know its result, rectify it or cancel it. And just as all this information can be used for legal purposes, public or private, in the prevention or repression of offenses, or enabling the individual to enter into contracts in full knowledge of the facts, it can also serve the State or private individual to achieve contrary ends moral or legal,

as an instrument of political persecution or economic oppression (AGUIAR JR., 1995).

Keywords: Transparency; Personal data; Modern state; Public and private.