

OPEN DATA DAY

DADOS ABERTOS

Governamentais e inovação cívica

ORGANIZADORES

Tiago José de Souza Lima Bezerra

Frederico Nunes do Pranto Filho

Adriana Carla Silva de Oliveira

Carlos Artur Guimarães

Ângela Rayane Idelfonso Silva

Mislene Ingrid da Silva Fernandes

OPEN DATA DAY

DADOS ABERTOS

Governamentais e inovação cívica

ORGANIZADORES

Tiago José de Souza Lima Bezerra
Frederico Nunes do Pranto Filho
Adriana Carla Silva de Oliveira
Carlos Artur Guimarães
Ângela Rayane Idelfonso Silva
Mislene Ingrid da Silva Fernandes



Embaixador s

OPEN DATA DAY

DADOS ABERTOS GOVERNAMENTAIS E INOVAÇÃO CÍVICA

ORGANIZADORES

Tiago José de Souza Lima Bezerra
Frederico Nunes do Pranto Filho
Adriana Carla Silva de Oliveira
Carlos Artur Guimarães
Ângela Rayane Idelfonso Silva
Mislene Ingrid da Silva Fernandes

PROJETO GRÁFICO

Editora Motres

CAPA

Hígor do Nascimento Guilhermino
João Paulo Pereira de Medeiros

REVISÃO

Tiago José de Souza Lima Bezerra
Carlos Artur Guimarães

CIP BRASIL — CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

B574o Bezerra, Tiago José de Souza Lima —

Open data day. Dados abertos governamentais e inovação cívica. Tiago José de Souza Lima Bezerra; Frederico Nunes do Pranto Filho; Adriana Carla Silva de Oliveira; Carlos Artur Guimarães; Ângela Rayane Idelfonso Silva; Mislene Ingrid da Silva Fernandes (Organizadores). 1ª edição/Natal - RN. Editora Motres, 2020.

304p.: 14,8 x 21 cm

ISBN 978-65-5513-072-0

1. Direito 2. Desenvolvimento 3. Informação I. Título.

CDD 330

CDU 338.9

2020 © Organizadores. Todos os direitos são reservados de acordo com as Normas de Leis e das Convenções Internacionais. Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos organizadores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
CAPÍTULO 1	9
REPOSITÓRIOS DE DADOS NO CONTEXTO DA CIÊNCIA ABERTA Jacara Kalina Themistocles da Silva Jefferson Douglas Dias da Silva Larice da Silveira Rebouças	
CAPÍTULO 2	23
O LEGÍTIMO INTERESSE DO CONTROLADOR OU DE TERCEIRO E O TESTE DE PROPORCIONALIDADE NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS Isabela Maria Rosal Santos	
CAPÍTULO 3	62
PROTEÇÃO DE DADOS E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: A INFLUÊNCIA DA MANIPULAÇÃO ALGORÍTMICA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO E O INQUÉRITO 4781 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Bruna Agra de Medeiros José Serafim da Costa Neto Maíra Arcoverde Barreto Pinto	
CAPÍTULO 4	80
CONFIGURAÇÃO DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E ABUSIVIDADE DA PRÁTICA DE SUBSTITUIÇÃO OBRIGATÓRIA DE <i>SMARTPHONES</i> Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa Fabrício Germano Alves	
CAPÍTULO 5	100
DADOS ABERTOS: PANORAMA DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS FEDERAIS DO BRASIL Ridalvo Medeiros Alves de Oliveira Daniele da Rocha Carvalho Lucas Ian Rocha Barros	
CAPÍTULO 6	118
LGPD E O CAMPO DE ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ATIVIDADE DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS Douglas da Silva Araújo Patrícia Borba Vilar Guimarães	

CAPÍTULO 7 TRANSPARÊNCIA E EFICIÊNCIA NO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE MEIO AMBIENTE Carlos Sérgio Gurgel da Silva Maria Rita Bezerra da Silva	152
CAPÍTULO 8 BIG DATA E COMPLIANCE APLICADOS NA GESTÃO PÚBLICA: O USO DA TECNOLOGIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO Gilson Braga Dos Anjos Junior Vívian Gabriella Barroso da Silva Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues	183
CAPÍTULO 9 O USO DO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E INTEGRAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS Marcel Fernandes de Oliveira Rocha Vanessa Maria de Oliveira Accioly Maia	212
CAPÍTULO 10 VARIAÇÕES DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM ESTUDO DE CASO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.660.168/RJ Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon Korkmaz	230
CAPÍTULO 11 CAPTAÇÃO DE DADOS DOS CONSUMIDORES PARA FINS DE PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL (BEHAVIORAL ADVERTISING) Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa Fabrício Germano Alves	262
CAPÍTULO 12 PRINCIPAIS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SETOR FINANCEIRO Washington Portugal G. Souza Júnior	287



APRESENTAÇÃO

Nas últimas décadas, tem-se construído um mundo hiperconectado, com grande aumento da geração e consumo de informação. Essas informações trafegam digitalmente em alta velocidade através da *internet*, por diversos países e organizações, interligando povos e nações. As informações geradas, individualmente e coletivamente, quase sempre são usadas para armazenamento, desenvolvimento de tecnologias e soluções pelos mais diversos setores econômicos, sociais e governamentais, ainda que não haja o devido respeito à privacidade e à autodeterminação informativa.

No desenvolvimento dessa sociedade sem limites entre o digital e analógico, os conceitos de *dados* e *dados digitais* aproximam-se, bem como a percepção de *dados* como forma de compreensão das nossas vidas, da cultura, da política, da ciência e da economia.

Refletir, estudar, analisar e compartilhar conhecimento livre sobre os avanços tecnológicos na sociedade da informação, bem como os aspectos ético-legais que permeiam os impactos da influência dos **dados** são as principais motivações da apreciação do tema por este grupo de entusiastas da área.

A presente obra é resultado das pesquisas desenvolvidas a partir do evento *Open Data Day* (ODD), realizado na cidade de Natal/RN, entre os dias 06 e 07 de março de 2020, no Instituto Metrópole Digital, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (IMD/UFRN). Sob a organização do Grupo Dados Abertos.RN e do Projeto Embaixadoras, da *Open Knowledge Brasil*, objetivou-se ampliar e democratizar o debate sobre o uso e aplicações

práticas de dados abertos governamentais, através de um formato de governança *multistakeholder*, contando com a participação da academia, do Governo, da sociedade civil, da comunidade técnica e do setor privado.

Este livro contém doze trabalhos desenvolvidos por pesquisadores brasileiros. Os temas são atuais; abordam o tratamento de dados em diferentes perspectivas (da Governança Pública; da Ciência Aberta; do Direito do Consumidor; e do Direito da Proteção de Dados); e têm em comum a preocupação em atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, pelo uso da tecnologia da informação e comunicação, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a garantia do desenvolvimento nacional.

Por fim, deseja-se, com esta obra, atingir democraticamente os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas: *“assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos”* (ODS 4); e *“construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação”* (ODS 9), colaborando para discussão e educação sobre o tema.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001; do Instituto Metrópole Digital (IMD/UFRN); e do Sindicato dos Servidores do Município de Natal (SINSENAT).

Os organizadores.
Em setembro de 2020.

The background is a solid teal color. Overlaid on this is a complex, abstract geometric pattern. It consists of numerous thin, light-colored lines that connect various points, creating a network of irregular polygons. Some of these points are highlighted with small, semi-transparent circles of varying sizes. The overall effect is that of a digital or network structure, possibly representing a data visualization or a conceptual framework. The pattern is more dense and detailed in the lower-left and lower-right areas, becoming sparser towards the top.

CAPÍTULO 1

REPOSITÓRIOS DE DADOS NO CONTEXTO DA CIÊNCIA ABERTA

Jacyara Kalina Themistocles da Silva¹

Jefferson Douglas Dias da Silva²

Larice da Silveira Rebouças³

RESUMO: A Ciência Aberta configura-se como um importante instrumento para a disseminação das pesquisas científicas produzidas tanto no contexto nacional quanto à nível internacional. Nessa perspectiva, a Ciência da Informação busca refletir acerca da relevância da prática da disseminação das pesquisas científicas em Repositórios Abertos. Além disso, a pesquisa reitera também a necessidade de inclusão de dados de pesquisa nos Repositórios de Dados Abertos, de modo que seja possível contribuir para a cultura de uso e reuso de dados na produção de pesquisas científicas. No decorrer da abordagem é possível ainda verificar a importância dos dados governamentais abertos, bem como, dos Repositórios de Dados Governamentais Abertos, de modo que seja possível publicar todas as informações de interesse público que estejam relacionadas ao Estado. A pesquisa de abordagem qualitativa foi desenvolvida por meio de levantamento bibliográfico em bases informacionais de acesso aberto. Ao final, objetiva-se refletir acerca da importância da Ciência Aberta para o fomento das pesquisas científicas em prol de soluções para os problemas da sociedade atual e como esse instrumento pode contribuir para a encontrabilidade da informação.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência Aberta. Dados abertos. Repositórios de dados abertos.

INTRODUÇÃO

O acesso à informação sempre foi crucial para garantir a sobrevivência nos mais diversos ambientes e situações. De modo que a informação é sinônimo de poder, de força e de desenvolvimento para a sociedade.

¹ Graduanda no curso de Biblioteconomia. UFRN. E-mail: jacyara.kalina@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4202744496745611>.

² Graduando no curso de Biblioteconomia. UFRN. E-mail: jdouglasdias@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2940454980941694>.

³ Graduanda no curso de Biblioteconomia. UFRN. E-mail: laricesilveira19@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2217416630729730>.

De acordo com Oliveira e Silva (2016), "a ciência aberta é o fio condutor de investigações científicas apoiadas por uma ciberinfraestrutura tecnológica e metodológica que permite o uso, reuso e reprodutibilidade de dados de pesquisa.". Desse modo, a Ciência Aberta configura-se como um novo paradigma da Ciência da Informação, que preza pelo compartilhamento das informações e a disseminação do conhecimento em prol de um bem comum, que seria o bem-estar da sociedade e a sustentabilidade do planeta.

Analisando o contexto atual da sociedade é possível verificar a necessidade da busca constante por soluções aos problemas que vem surgindo em consonância com o novo contexto tecnológico, desse modo é iminente a necessidade de agregar esforços em busca de inovações e respostas para os mais diversos desafios da modernidade.

A Ciência Aberta oportuniza que todo conhecimento produzido e disseminado nas plataformas abertas possa contribuir para as soluções a nível nacional ou até mesmo mundial. Um importante fator que é bastante enaltecido no âmbito da Ciência Aberta é a sua gratuidade e as facilidades no seu acesso, de modo que todos possam ter a oportunidade de verificar o que está sendo produzido e fazer uso desse conhecimento para incorporar novas informações às suas pesquisas e potencializar as soluções para a sociedade. (ALBAGLI, 2015)

Além disso, a Ciência Aberta também é precursora dos Dados Abertos que, por sua vez, segundo Oliveira e Silva (2016), podem ser caracterizados como "informação que pode ser armazenada em forma digital [...] imagens, vídeos, áudio, software, algoritmos, equações, animações, modelos, simulações geradas por vários meios da observação, computação ou experimentos.". Os Dados Abertos possibilitam a reutilização e reuso para fomentar o conhecimento por meio de novas abordagens de pesquisas científicas.

Nessa perspectiva, verificamos ainda a importância dos Repositórios de Dados Abertos, sejam eles de Dados Abertos Governamentais, ou mesmo, de Dados Abertos Científicos. Ambos os dados contribuem para o fomento do conhecimento, cada um a seu modo e no contexto em que está inserido. No

decorrer da pesquisa, compreende-se que através da utilização dos Repositórios de Dados Abertos é possível contribuir imensuravelmente para a Ciência de modo a contribuir para soluções e contribuições para os desafios atuais da sociedade.

Nesse contexto, busca-se conhecer o conceito e aplicação da Ciência Aberta, bem como suas possíveis colaborações para uma sociedade cada vez mais desenvolvida e próspera.

Os objetivos da pesquisa são: apresentar o conceito de Ciência Aberta; conceituar os Dados Científicos Abertos e suas contribuições para a Ciência; enunciar o conceito de Dados Abertos Governamentais e a sua relevância para a sociedade; evidenciar a importância dos Repositórios de Dados Científicos no contexto da Ciência Aberta e promover a reflexão acerca da importância da Ciência Aberta para a sociedade.

Para alcançar esses objetivos foi necessário reunir informações acerca da Ciência Aberta, dos Dados Abertos, dos Dados Governamentais e conseqüentemente identificar os impactos decorrentes da Ciência Aberta para a sociedade, bem como, os benefícios que podem surgir em decorrência da utilização dos Repositórios de Dados Abertos.

Nessa perspectiva, foi realizado um levantamento bibliográfico, por meio de periódicos científicos disponíveis nas plataformas *online* de acesso aberto, além de consultas a sites institucionais e e-books, de modo que foi possível compreender os conceitos e os impactos da Ciência Aberta para a sociedade.

1. CIÊNCIA ABERTA

A Ciência Aberta surge como um importante instrumento para democratizar o conhecimento científico e torná-lo um bem comum à toda humanidade, de modo que seja possível contribuir para a busca de soluções e a concretização da ciência no dia a dia da sociedade. (OLIVEIRA; SILVA, 2016)

Tendo em vista as constantes demandas e as buscas por soluções tanto na área da saúde, quando em questões ambientais e de sustentabilidade, é possível verificar a importância e a necessidade da prática da disseminação do conhecimento

científico, pois deve-se priorizar o bem comum. De modo que a ciência deve contribuir para soluções a nível nacional e mundial, sendo assim, a Ciência Aberta configura-se como uma importante solução no que tange a disponibilização de informações científicas para uso e reuso de informações. Vale ressaltar que a Ciência Aberta não está restrita a nenhuma área específica, nem tão pouco a nenhum campo de atuação, pois ela envolve todo conhecimento produzido cientificamente.

A Ciência Aberta surge como uma oportunidade decorrente do contexto tecnológico, pois com o advento das tecnologias torna-se possível democratizar o conhecimento científico em uma velocidade e com uma praticidade bastante eficiente. Conforme menciona Oliveira e Silva (2016, p. 11):

É uma ciência voltada para grandes conjuntos de dados motivados pela crescente sofisticação de bases de dados responsáveis por um amplo conjunto de simulações, metodologias e modelos efetivados em diversas áreas do conhecimento. Por conseguinte, esta ciência conduz a novas pesquisas, investigações e hipóteses a partir do uso, reuso e reprodutibilidade dos dados de pesquisa, sob a égide do quarto paradigma, o qual fomenta o surgimento de um fazer científico baseado no compartilhamento e na colaboração.

A Ciência Aberta é relativa à abertura de todo processo de produção do conhecimento, desde os dados científicos até as publicações científicas. E nessa perspectiva alguns dos principais benefícios da Ciência Aberta são: reprodutividade, transparência científica, velocidade de veiculação da informação e reuso de dados. (SANTOS; ALMEIDA; HENNING, 2017)

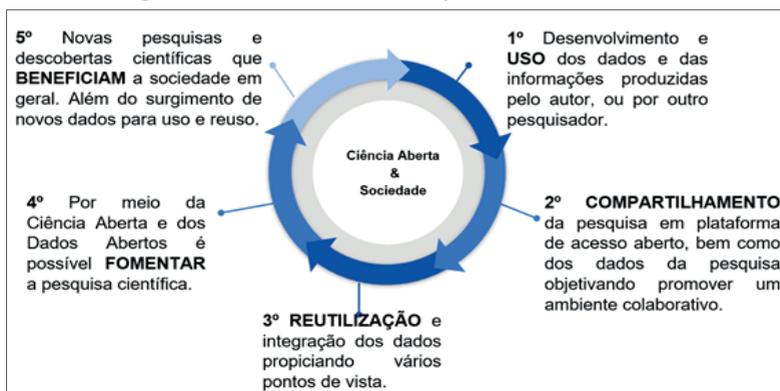
1.1 CIÊNCIA ABERTA E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SOCIEDADE

A Ciência Aberta pode promover diversas contribuições para a sociedade, tendo em vista que algumas das principais características da Ciência Aberta são: acesso livre a publicações científicas; metodologia científica orientada aos dados científicos abertos; ferramentas científicas abertas e a ciência cidadã, de modo que a Ciência Aberta oportuniza a

disseminação de informações, visando o seu compartilhamento para uso e reuso. (SANTOS; ALMEIDA; HENNING, 2017)

Desse modo, é possível mensurar as importantes contribuições que podem surgir advindas do movimento da Ciência Aberta, no sentido de possibilitar soluções para os desafios atuais da sociedade. A figura 1 ilustra brevemente o percurso da utilização da Ciência Aberta.

Figura 1 – Percurso da utilização da Ciência Aberta



Fonte adaptada: Santos, Almeida e Henning, 2017.

Nessa perspectiva é importante reiterar a relevância da utilização da Ciência Aberta para fomentar o conhecimento científico de modo a contribuir para que mais pesquisas sejam realizadas e, assim, mais soluções sejam empreendidas para a sociedade. Além das pesquisas, também é importante atentar para a necessidade de compartilhamento de dados científicos, de modo que seja possível colaborar para as construções científicas.

2. DADOS ABERTOS

Considerados componentes centrais do processo de pesquisa dados são insumos primários, registros que embasam investigações e resultados de pesquisas. Os dados são comumente utilizados como matéria-prima no processo científico,

e são imprescindíveis na construção de dissertações, teses, artigos, patentes e trabalhos científicos.

Dentro desse contexto estão inseridos documentos textuais, planilhas, estatísticas, cadernos de laboratório, cadernos de campo, diários, questionários, transcrições, arquivos de áudio, vídeo, fotografias, sequências de proteínas ou genéticos, artefatos, amostras, modelos, algoritmos, scripts, arquivos de log, software de simulação, metodologias e fluxos de trabalho, procedimentos operacionais, padrões e protocolos.

Compreende-se que os dados são considerados abertos quando qualquer pessoa pode livremente acessá-los, utilizá-los, modificá-los e compartilhá-los para qualquer finalidade através de publicações dos dados em formato aberto e sob uma licença aberta, estando sujeito a, no máximo, exigências que visem a preservar sua proveniência e sua abertura. Nessa perspectiva entende-se que:

Na comunicação científica contemporânea o termo “dado” vem tendo uma nova acepção. Nessa direção, a National Science Foundation (NSF, 2005) usa o termo dados para se referir a qualquer informação que pode ser armazenada em forma digital, incluindo texto, números, imagens, vídeos, áudio, software, algoritmos, equações, animações, modelos, simulações geradas por vários meios da observação, computação ou experimentos. (OLIVEIRA; SILVA, 2016, p. 13)

Os dados coletados variam de acordo com a área de conhecimento; compreende-se que os dados podem ser originados de naturezas distintas (como científicos, governamentais, institucionais, privados e públicos), desde que estejam disponíveis gratuitamente, com permissão e licenciados para uso, cópia, download, análise, reuso e acessíveis também via software, capaz de ser dos tipos: observacionais, experimentais, simulações, dados compilados, identificados como dados brutos ou preliminares, dados derivados, dados referenciais ou canônicos. Embora sejam considerados o alicerce do conhecimento científico, tecnológico e médico, dados de pesquisa não são fáceis de estruturar, organizar, descrever e disponibilizar, para que sejam compreensíveis agora e no futuro. Sendo assim, todo pesquisador responsável deve

gerenciar os dados de sua pesquisa; isso significa pensar em que dados coletar, como descrevê-los, como assegurar a qualidade do dado, o que armazenar, por quanto tempo, como torná-los acessíveis em longo prazo. Sendo assim, pode se- afirmar:

No cenário científico, têm-se a preocupação atualmente em como disponibilizar os dados em formato aberto, sendo uma tendência mundial por parte das instituições, agências de fomento e pesquisadores. As instituições têm exigido que os pesquisadores entreguem juntamente com sua pesquisa um plano de gerenciamento de dados, nesse plano deve haver um “planejamento” de como os dados serão compartilhados, armazenados e preservados, dessa forma é possível que os dados sejam reutilizados, de acordo com princípios éticos, em outros projetos.(GUANDALINI; SANTOS, 2018, p. 02).

Torna-se necessário mencionar a importância que os dados abertos exercem sobre a sociedade, pois ajudam a impulsionar o desenvolvimento social e econômico do país, na medida em que colaboram e contribuem para o desenvolvimento científico. Dentre as motivações para o uso dos dados científicos abertos destacam-se: reprodutibilidade, transparência científica, maior velocidade de circulação da informação, reuso de dados e uma ciência de maior qualidade. De acordo com a *Open Knowledge Foundation*, uma importante associação que apoia e incentiva iniciativas Open Data, as principais características na abertura de dados são: disponibilidade e acesso, reutilização e redistribuição e participação universal. A esse respeito é preciso considerar que:

Os dados abertos mostram-se cada vez mais parte importante de uma sociedade participativa, e sua colaboratividade tem trazido benefícios no seu reuso como aplicativos e projetos que auxiliam e facilitam o acesso de informações estruturadas. (GUANDALINI; SANTOS, 2018, p. 03).

Compreende-se que, partindo do conceito de acesso aberto, os dados precisam ser compartilhados de forma ética e por meio disso poderiam ser essenciais em conexão com os outros dados; diante dessa perspectiva, tem-se que o uso de metadados

é de importância fundamental para contextualizar e constituir as informações, de forma a organizar um volume de dados consideráveis, principalmente no meio digital.

2.1 DADOS ABERTOS GOVERNAMENTAIS

Em 18 de novembro de 2011 foi sancionada a Lei 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação – LAI. A LAI é um documento importante que assegura à informação governamental um caráter público que deve obrigatoriamente ser transparente à toda comunidade. De modo que nessa perspectiva a publicidade e transparência são a regra, e o sigilo é uma exceção que se aplica a algumas situações explícitas na Lei.

Em decorrência dessa normativa, as instituições públicas têm por obrigação publicizar as informações e oportunizar o acesso aos dados públicos. Nessa perspectiva, surge o Portal Brasileiro de Dados Abertos, objetivando democratizar as informações e os dados públicos.

O Portal Brasileiro de Dados Abertos disponibiliza dados públicos de diferentes vertentes, como: informação da área da saúde, do meio ambiente, informações fiscais e muitas outras opções.

Nesse sentido, observa-se que os adventos da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) impactaram na forma como as informações são disseminadas nos espaços digitais. E, mais do que isso, possibilitaram mudanças significativas no acesso e recuperação das informações. De modo que surge a possibilidade de disponibilizar dados abertos que possam contribuir para fiscalização, pesquisas científicas e melhorias para a sociedade.

Nessa perspectiva, surgem os Dados Abertos Governamentais (DAG), de modo que o governo deve disponibilizar dados públicos em formatos reutilizáveis para a comunidade de pesquisadores ao a quem interessar. Os dados abertos podem contribuir significativamente para o desenvolvimento de pesquisas científicas acerca dos problemas atuais que acometem toda sociedade.

De acordo com a W3C, DAG são: “[...] informações do setor público na *Web*, compartilhadas em formato bruto, aberto,

compreensíveis logicamente, de modo a permitir a sua reutilização em aplicações digitais desenvolvidas pela sociedade.".

Diante desse contexto pode-se mensurar alguns dos principais impactos dos Dados Abertos Governamentais, por exemplo: a questão da inclusão, que seria o fornecimento de dados em formatos padronizados abertos e acessíveis, permitindo que qualquer cidadão utilize qualquer ferramenta de software para adaptá-los às suas necessidades; a transparência, tendo em vista que informações públicas abertas e acessíveis melhoram a fiscalização, pois as partes interessadas podem usá-las da maneira mais adequada ao seu propósito; e a responsabilidade, no tocante aos conjuntos apropriados de dados abertos, devidamente associados, podem oferecer vários pontos de vista sobre o desempenho dos governo no cumprimento de suas metas em políticas públicas. Destacam-se como as principais características e contribuições de dados abertos governamentais: formatos reutilizáveis, aumento da transparência, maior participação política por parte do cidadão, criação de diversas aplicações desenvolvidas colaborativamente pela sociedade.

A disponibilização de dados abertos gera benefícios para a gestão interna das organizações por ampliar o potencial de melhoria dos processos, apresentar um retorno à sociedade e minimizar a cultura de resguardar dados que não comprometem a segurança. (SILVA; PINHEIRO, 2019, p. 32)

Diante disso observa-se a importância e a influência que os Dados Abertos Governamentais exercem sobre uma sociedade. Tendo em vista que atualmente os dados têm valor comercial e social, podendo ser usados com propósitos diferentes, por exemplo: dados geoespaciais, ambientais e de transporte. De modo que incentiva os governos e instituições interessadas a inovar e criar serviços diferentes. Nesse sentido, enfatiza -se que por meio da abertura dos dados governamentais é possível investigar possibilidades de melhorias no âmbito social e até mesmo inovar e promover contribuições na esfera econômica.

3. DESAFIOS DA CIÊNCIA ABERTA E DADOS ABERTOS

A Ciência Aberta ou e-Science é considerada o quarto paradigma no contexto atual da comunicação científica e, como já citado neste artigo, ela permite o acesso livre às produções do conhecimento científico. Mas o uso do material resultante desse novo modelo de ciência requer alguns cuidados. Para Albagli (2015) no desenvolvimento da ciência aberta devem ser considerados, além dos aspectos técnicos e tecnológicos, as questões de cunho ético, legal, cultural, político e institucional (formais e informais) que mais interferem no caráter aberto ou proprietário dessas práticas.

A Ciência Aberta e os Dados Abertos ainda enfrentam desafios como: disputas por prioridade da descoberta; a preservação dos dados para futuras pesquisas; proteção da propriedade intelectual; proteção de dados sensíveis ou confidenciais, como a proteção da privacidade de dados pessoais de participantes dos estudos; as cláusulas contratuais e as regulações específicas dos países. Esses obstáculos, de certa forma, atrapalham o caminhar dessa nova modalidade científica, não permitindo o avanço da produção do conhecimento.

Dentro do campo da ciência é necessário o diálogo entre aqueles que fazem o saber científico, além de um acordo com instituições e com os governos para que o conhecimento não fique retido, e a sociedade se beneficie com as novas descobertas científicas.

4. REPOSITÓRIOS DE DADOS CIENTÍFICOS

Neste artigo já foi mencionado que existem os Dados Governamentais Abertos e que eles também estão à disposição da sociedade para que sejam feitos estudos. Mas, além dos dados governamentais, ainda temos os dados científicos que ficam à disposição de pesquisadores em repositórios digitais.

De acordo com Sanchez, Vechiato e Vidotti (2019, p. 52), Repositórios de Dados são “ambientes informacionais digitais que buscam armazenar, organizar, representar, prover acesso, disseminar e preservar dados oriundos de pesquisas científicas.”

Esses dados são resultados de pesquisas que são feitas em universidades e instituições de pesquisas, e que depois são disponibilizados como artigos científicos para reuso em novas pesquisas

Desse modo, Repositórios de Dados são ótimos para exemplificar o que os autores defendem, pois neles armazenam-se desde os dados brutos desenvolvidos durante a pesquisa, até a literatura produzida a partir dos resultados que foram obtidos (Sanchez; Vechiato; Vidotti, 2019, p.56).

Os repositórios científicos possibilitam que os dados sejam armazenados, permitem formas de buscar esses dados e também que eles sejam gerenciados e preservados dentro de um ambiente digital. Os repositórios de dados científicos permitem o compartilhamento, o acesso e o reuso por parte dos pesquisadores.

Uma das maiores vantagens dos repositórios está ligada a possibilidade de inserção de diferentes tipologias e formatos de dados de pesquisa como: textual, numérico, imagens, linguagem de software e etc (Sanchez; Vechiato; Vidotti, 2019, p.55).

Como exemplo de Repositório de Dados Científicos temos do Instituto Evandro Chagas, que se chama "PATUA", e que tem artigos sobre a pesquisa com relação a doenças tropicais, meio ambiente e ciências biológicas. Outro exemplo de repositório digital é o "ARCA" da Fundação Oswaldo Cruz, que tem artigos sobre pesquisa com relação as doenças tropicais e outros interesses da área da saúde. As universidades também têm seus repositórios, que permitem que sejam feitas buscas com relação a sua produção científica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa verificou-se que o movimento da Ciência Aberta surge como um importante instrumento para a construção de novos conhecimentos científicos, e identificamos a

necessidade da popularização e prática dos preceitos da Ciência Aberta.

Além disso, foi possível perceber a relevância dos Repositórios de Dados Abertos, de modo que os dados podem ser reutilizados, possibilitando a construção de novas soluções para os problemas atuais da sociedade, que vão desde a questão ambiental, passando pela saúde pública e até mesmo questões de inovação e tecnologia, entre tantos outros temas que podem ser beneficiados por meio da disponibilização de dados científicos disseminados em plataformas abertas.

Nessa perspectiva, foi possível perceber a necessidade do compartilhamento em plataformas abertas de modo que o conhecimento seja passível de ser encontrado e, assim, possa contribuir para novas construções científicas. Sendo assim, refletimos acerca da importância e da necessidade de compartilhamento e colaboração no meio científico, objetivando uma finalidade universal: o bem-estar da humanidade e a sustentabilidade do planeta.

REFERÊNCIAS

ALBAGLI, Sarita. **Ciência aberta em questão**. In: ALBAGLI, Sarita; MACIEL, Maria Lúcia; ABDO, Alexandre Hannud (Ed.). *Ciência aberta, questões abertas*. Brasília: IBICT; Rio de Janeiro: UNIRIO, 2015. p. 9-26.

BRASIL. **Decreto Nº 8.777**, de 11 de maio de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Portal Brasileiro de Dados Abertos**. Sobre o dados.gov.br. Disponível em: <http://dados.gov.br/pagina/sobre>. Acesso em: 23 set. 2019

BRASIL. **O que são dados abertos?** Disponível em: <http://dados.gov.br/pagina/dados-abertos>. Acesso em: 24 set. 2019

GUANDALINI, Clara Alcina; SANTOS, Amanda Azevedo dos. **Linked Open Data**: conceito, relações e importância na Era da Informação. *Minas Gerais*, v. 8, n. 2, 2018. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.eci.ufmg.br/index.php/moci/article/view/3803/2175>. Acesso em: 22 set. 2019

INFRAESTRUTURA NACIONAL DE DADOS ABERTOS (INDA). **O que é a INDA?** Disponível em: <http://wiki.dados.gov.br/>. Acesso em: 23 set. 2019

OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de; SILVA, Edilene Maria da. *Ciência Aberta: dimensões para um novo fazer científico*. **Informação & Informação**, Londrina. n. 21, v. 2, p. 05-39, maio / ago. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/27666/20113>. Acesso em: 23 set. 2019.

SANCHEZ, Fernanda Alves; VECHIATO; Fernando Luiz; VIDOTTI; Silvana Aparecida Borsetti Gregorio. *Encontrabilidade da Informação em Repositórios de Dados: uma análise do DataONE*. **Informação & Informação**, Londrina. n. 24, v. 1, p. 51-79, jan. / abr. 2019. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/30725/pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

SANTOS, Paula Xavier dos; ALMEIDA, Bethânia de Araújo; HENNING, Patrícia (Org.) **Livro Verde - Ciência aberta e dados abertos**: mapeamento e análise de políticas, infraestruturas e estratégias em perspectiva nacional e internacional. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2017. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/24117/2/Livro-Verde-07-06-2018.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019

SILVA, Patrícia Nascimento; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. *Dados governamentais abertos em aplicativos brasileiros*. **Informação & Informação**. Londrina, v. 24, n. 1, p. 31 – 50, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/informacao/>. Acesso em: 23 set. 2019.

W3C. **Dados Abertos Governamentais**. World Wide Web Consortium Escritório Brasil. 2016. Disponível em: <http://www.w3c.br/pub/Materiais/PublicacoesW3C/dados-abertos-governamentais.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019



CAPÍTULO 2

O LEGÍTIMO INTERESSE DO CONTROLADOR OU DE TERCEIRO E O TESTE DE PROPORCIONALIDADE NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS⁴

Isabela Maria Rosal Santos⁵

RESUMO: O trabalho busca identificar a finalidade da previsão da base legal para tratamento de dados “interesse legítimo do controlador ou de terceiro interessado”. Tal estudo permitirá entender como tal hipótese foi introduzida na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e as razões para tanto. Essa avaliação está ligada à previsão da necessidade de realização de teste de proporcionalidade a fim de garantir a legalidade do tratamento, então, a pesquisa busca entender o papel deste teste na proteção dos dados pessoais. O enfoque é nas previsões para o tratamento realizado por entidades privadas e relacionado a dados não sensíveis. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica. Conclui-se que o legítimo interesse é uma base ampla que possibilita o fluxo de dados pessoais e o teste de proporcionalidade é um instrumento útil para garantir a observância dos direitos do titular.

PALAVRAS-CHAVES: Base legal. Dados pessoais. Legítimo interesse. Proporcionalidade.

INTRODUÇÃO

A LGPD inaugurou um sistema autônomo e horizontal de proteção de dados pessoais no Brasil, aplicável a todos os setores econômicos e ao setor público⁶. Apesar do tema se relacionar com outras matérias, inclusive com questões sobre privacidade, há uma tendência mundial em criar regulações específicas sobre o assunto devido à relevância dos dados e à necessidade de adequação protetiva para garantir o fluxo de dados na sociedade

⁴ Esse trabalho é uma atualização do Trabalho de Conclusão de Curso em Direito na Universidade de Brasília apresentado pela autora.

⁵ Mestranda pela Universidade de Brasília. E-mail: isabelamrosal@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7277106691707675>.

⁶ MENDES, Laura Schertel; e DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018): o Novo Paradigma da Proteção de Dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 120. 2018. P. 571.

de informações contemporânea⁷. Então, o Brasil seguiu tal inclinação global ao formular uma lei geral sobre o tema, que em muito se assemelha a normas já existentes de outras jurisdições.

Algumas dessas semelhanças merecem destaque, como a adoção de regulação baseada em princípios⁸ e a utilização de mecanismos de aplicação da norma a serem utilizados por autoridade de proteção de dados – no Brasil, a ANPD. Tais previsões garantem proteção para os titulares dos dados e para o mercado ou setor público, agentes que farão o tratamento de tais dados⁹. Nessa perspectiva, o presente trabalho dará maior ênfase ao modelo *ex ante* de proteção de dados¹⁰, sistema adotado pela LGPD, em que a regra é a proibição do tratamento, mas o próprio ordenamento já cita hipóteses em que tal processamento é legitimado, enumerando as denominadas “bases legais”.

Ao se criar uma legislação prevendo hipóteses de bases legais que autorizam o tratamento de dados pessoais, assegura-se que, em situações em que não há enquadramento de alguma dessas hipóteses, o processamento não poderá ser realizado. Tal fato conjugado com o empoderamento do titular dos dados – o qual permite que o cidadão tenha controle sobre os seus dados – possibilita ambiente propício para o tratamento adequado de tais informações.

À vista disso, a LGPD prevê bases jurídicas para justificar o tratamento de dados pessoais. Uma das hipóteses previstas é a existência do “legítimo interesse” do controlador ou de terceiro interessado. Esse é um conceito jurídico indeterminado, instrumento muitas vezes utilizado para flexibilizar sistemas rígidos. No caso da legislação brasileira, acaba por compensar a figura do “consentimento”, que tem aplicação bastante dificultada pela difícil caracterização dessa hipótese, que é conceituado na lei como consentimento livre, informado e inequívoco.

⁷ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. **Revisiting ‘The Governance of Privacy’: Contemporary Policy Instruments in Global Perspective**. 2018. Versão revisada será publicada em “Regulation and Governance”. Pp. 11-12.

⁸ Ibid. P. 16.

⁹ MENDES, Laura Schertel; e DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018): o Novo Paradigma da Proteção de Dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 120. 2018. P. 571.

¹⁰ Ibid. P. 571.

Em virtude da amplitude do termo “legítimo interesse”, os agentes de tratamento de dados, o controlador e o operador ainda estão em ambiente inseguro no que se refere a aplicação deste conceito. Tal fato se dá porque ainda não há respostas sobre como a lei brasileira será aplicada¹¹. Essa indefinição também traz insegurança ao titular dos dados, porque ainda não conhece as situações em que o controlador poderá processar seus dados de maneira legítima.

Então, apesar da LGPD prever taxativamente as bases legais que fundamentam o tratamento de tais informações, ainda há lacunas sobre como tais critérios serão interpretados e definidos na jurisdição brasileira – destaca-se a atuação da ANPD para trazer tais definições.

Dessa forma, há lógica em recorrer às previsões da RGPD¹² e da Diretiva 95/46/CE, normas europeias já em vigência sobre o tema, que também preveem como base legal para o processamento de dados pessoais o mesmo instituto do “legítimo interesse do controlador ou terceiro interessado”. Essa é uma das características que exemplificam as semelhanças entre as normas gerais europeias e a brasileira.

Aspecto central das normas europeias e da norma brasileira é a necessidade de realização de um “teste de proporcionalidade” ou “teste de ponderação” prévio ao próprio tratamento, oportunidade em que verificará se o legítimo interesse naquele caso concreto sobrepõe as consequências ao titular dos dados. Ainda, ambas jurisdições citam a necessidade de confecção de relatórios de impacto como forma de verificar os efeitos para o titular.

Dessa forma, este trabalho tem objetivos semelhantes aos do Parecer 06/2014 confeccionado pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29¹³, que buscou aumentar a segurança jurídica e delimitar

¹¹ NAUWELAERTS, Wim. **GDPR - The Perfect Privacy Storm: You can Run from the Regulator, but You Cannot Hide from the Consumer**. 3 Eur. Data Prot. L. Rev. 2017. pp. 251-256.

¹² Regulamento Geral de Proteção de Dados, norma geral europeia sobre o tema.

¹³ O Grupo de Trabalho do Artigo 29 era um órgão europeu consultivo no que se trata da matéria de proteção de dados e de privacidade. Ele foi instituído pelo artigo 29 da Diretiva 95/46/CE e suas atribuições são delimitadas no artigo 30 da mesma Diretiva e no artigo 15 da Diretiva 2002/58/CE.

situações que já definiram limites para a utilização do legítimo interesse¹⁴ para o tratamento de dados pessoais¹⁵.

Para tanto, busca-se demonstrar as semelhanças do sistema europeu com o sistema brasileiro. Em seguida, passa ao estudo da legislação brasileira específica sobre o tema, a LGPD, com enfoque nas bases legais previstas na própria norma que autorizam o tratamento dos dados pessoais. A partir dessa dinâmica, pretende-se demonstrar que o “legítimo interesse do controlador ou de terceiros” é base ampla, mas importante para o sistema rígido e proibitivo brasileiro.

Em continuidade, o próximo tópico tentará definir o legítimo interesse, caracterizando todas as variáveis previstas no inciso da normativa brasileira. Em seguida, tentar-se-á determinar a importância do “teste de proporcionalidade” para possibilitar o tratamento seguro dos dados baseados na alegação de legítimo interesse e definir como ele é essencial para a confecção dos relatórios de impacto - documentos prévios necessários para qualquer tratamento de dados baseados no legítimo interesse¹⁶.

Para todos esses passos foi feita revisão bibliográfica. Destaca-se, ainda, que não há quantidade expressiva de materiais específicos sobre esse tema. Dessa forma, a pesquisa é feita a partir de trabalhos com enfoques distintos, tais como direito trabalhista ou direito internacional, mas que abordam de alguma maneira o conceito “legítimo interesse do controlador”.

Após a promulgação do RGPD, o Grupo de Trabalho foi substituído pelo European Data Protection Board (EDPB). O EDPB é um órgão europeu independente que contribui para a uniformização da aplicação das regras sobre proteção de dados na União Europeia além de promover a cooperação entre as Autoridades de Proteção de Dados, principalmente entre os Estados-Membro. Para maiores informações, visitar o site da instituição, disponível em: <https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb_en>. Acesso em 11/06/2019.

¹⁴ O Parecer 06/2014 não foi expressamente adotado pelo EDPB. Sua última revisão e adoção foi feita em 2014, ou seja, antes da vigência do RGPD. Contudo, já traz previsões sobre como este órgão - EDPB - deverá providenciar mais direcionamentos sobre a utilização da base legal legítimo interesse, como por exemplo na página 54 do Parecer: *“The Working Party considers it also advisable to entrust the EDPB with providing further guidance where necessary on the basis of this framework. This approach would allow both sufficient clarity in the text and sufficient flexibility in its implementation”*.

Tendo em vista que não há documentos do EDPB específicos sobre o tema e, considerando a relevância deste Parecer na temática, ele será considerado ao longo do presente trabalho.

¹⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 250.

¹⁶ Conforme artigo 10, §3º da LGPD.

1. BASES LEGAIS AUTORIZATIVAS PARA O TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS

No Brasil, o modelo adotado para a proteção de dados se aproxima bastante do modelo europeu, ao apresentar semelhanças em questões de territorialidade e sujeitos submetidos às normas gerais, na adoção de princípios básicos, na classificação entre dados sensíveis e também no que se refere às bases legais¹⁷ que legitimam o tratamento dos dados¹⁸.

Durante o debate público sobre o anteprojeto da lei nacional de proteção de dados houve controvérsia entre as opiniões dos participantes sobre o alargamento ou a diminuição das bases legais para o tratamento de dados pessoais. Isso porque a redação do anteprojeto levada à debate não previa o "legítimo interesse" como base legal para o processamento dos dados. Então, adicionar essa previsão aumentaria o número de situações em que o tratamento é possibilitado, porque esse conceito amplia bastante as possibilidades de tratamento¹⁹.

Após discussões, a hipótese autorizativa baseada no legítimo interesse foi acrescida ao texto normativo e também foram adicionadas outras bases legais, como o inciso sobre proteção de crédito.

A seguir são sintetizadas as previsões legais de cada norma base para o presente estudo: a Diretiva 95/46/CE; a RGPD; e a LGPD, de forma a ilustrar as mudanças oriundas da participação de agentes de vários ramos da sociedade. O comparativo também traz a redação do anteprojeto apresentado na consulta pública. Estão destacados os excertos que preveem sobre legítimo interesse:

¹⁷ MENDES, Laura Schertel; e DONEDA, Danilo. Reflexões Iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 120. 2018. P. 3.

¹⁸ DataGuidance by Onetrust; Baptista Luz Advogados. **Comparing privacy laws: GDPR v. LGPD**. 2019.

¹⁹ INTERNETLAB, Associação Internetlab de Pesquisa em Direito e Tecnologia. **O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil: Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de dados pessoais**. São Paulo. 2016. Pp. 125-130.

**Tabela 1 – Comparativo entre Bases
Legais para o Tratamento de Dados Pessoais**

Diretiva 95/46/CE	RGPD	Anteprojeto	LGPD
Artigo 7º. Os Estados-membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efectuado (sic) se:	Artigo 6º. Licitude do tratamento. 1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:	Art. 11. O consentimento será dispensado quando os dados forem de acesso público irrestrito ou quando o tratamento for indispensável para:	Art. 7º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
a) A pessoa em causa tiver dado de forma inequívoca seu consentimento;	a. O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;		I. Mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual a pessoa em causa é parte ou de diligências prévias à formação do contrato decididas a pedido da pessoa em causa;	b. O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados;	III - execução de procedimentos pré-contratuais ou obrigações relacionados a um contrato do qual o é parte o titular, observado o disposto no §1º do art. 6º;	V. Quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
c) O tratamento for necessário para cumprir uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito;	c. O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;	I - cumprimento de uma obrigação legal pelo responsável;	II. Para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
d) O tratamento for necessário para a proteção de interesses vitais da pessoa em causa;	d. O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;	VI - proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;	VII. para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
e) O tratamento for necessário para a execução de uma missão de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que é investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados;	e. O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;	II - tratamento e uso compartilhado de dados relativos ao exercício de direitos ou deveres previstos em leis ou regulamentos pela administração pública;	III. pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
f) O tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, protegidos ao abrigo do nº 1 do artigo 1º.	f. O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.	-	IX. quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais;

		IV - realização de pesquisa histórica, científica ou estatística, garantida, sempre que possível, a dissociação dos dados pessoais;	IV. para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais.
		V - exercício regular de direitos em processo judicial ou administrativo;	VI. para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996;
		VII - tutela da saúde, com procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;	VIII. para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;
		-	X. para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.
	O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das atribuições por via eletrônica.		
		§1º Nas hipóteses de dispensa de consentimento, os dados devem ser tratados exclusivamente para as finalidades previstas e pelo menor período de tempo possível, conforme os princípios gerais dispostos nesta Lei, garantidos os direitos do titular.	§ 3º ²⁰ O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.
		§2º Nos casos de aplicação do disposto nos incisos I e II, será dada publicidade a esses casos, nos termos do parágrafo 1º do art. 6º.	
		§3º No caso de descumprimento do disposto no §2º, o operador ou o responsável pelo tratamento de dados poderá ser responsabilizado.	
			§4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.

²⁰ Os parágrafos 1º e 2º da LGPD foram revogados pela Medida Provisória nº 869, de 2018. Essa foi convertida em lei no dia 08 de julho de 2019, através da sanção da Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019.

			§5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.
			§6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.
			§7º ²¹ O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios nesta Lei.

Fonte: Elaborada pela autora.

²¹ O §7º foi adicionado durante a tramitação da Lei de Conversão nº 07, de 2019, proveniente da Medida Provisória nº 869, de 2018, o qual foi sancionado através da Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019. Para melhor compreensão, ver o comparativo dos textos da LGPD, disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7959491&ts=1559684281528&disposition=inline>>. Acesso em 12/06/2019.

1.1. A PREVISÃO DO LEGÍTIMO INTERESSE NO MODELO EX ANTE DE PROTEÇÃO DE DADOS

Diante o exposto, verifica-se que a redação da previsão do legítimo interesse na LGPD é quase idêntica ao texto da RGPD e da Diretiva 95/46/CE. Vê-se também que o legítimo interesse não era previsto originalmente na LGPD, mas a sua inclusão foi sugerida durante o Debate Público de 2015, tanto por empresas privadas²² quanto por associações, como por exemplo a Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico, *Group Special Mobile Association*, *Interactive Advertising Bureau*, Federação Brasileira dos Bancos, RELX Group, *Centre For Information Policy Leadership* e Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação. Além da inclusão, o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro sugeriu modificação de redação que acrescentaria o legítimo interesse do responsável pelo tratamento como exceção ao consentimento²³.

Mesmo dentro desse grupo que apoiava a inclusão, foram apresentadas divergências sobre a forma da previsão. Alguns agentes, como o *Centre for Information Policy Leadership* (CIPL), falavam sobre a necessidade de que os legítimos interesses não fossem anulados por "danos ou impactos negativos" ao titular, enquanto a Brasscom, a Claro e a Vivo trouxeram sugestões menos rígidas²⁴.

Dessa forma e depois da devida tramitação no Congresso, da sanção e do veto do Presidente da República, foi alcançada a redação atual da Lei, afetada também pela Medida Provisória nº 869²⁵. Essa foi convertida na Lei nº 13.853 em 08 de julho de 2019, após sanção presidencial²⁶. O texto final prevê o legítimo interesse como base legal para o tratamento de dados pessoais desde que

²² As empresas Claro e Vivo.

²³ INTERNETLAB, Associação Internetlab de Pesquisa em Direito e Tecnologia. O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil: Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de dados pessoais. São Paulo. 2016. Pp. 134-136.

²⁴ Ibid. P. 135

²⁵ BRASIL, Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de dezembro de 2018.

²⁶ BRASIL, Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019. Diário Oficial da União. Brasília, 09 de julho de 2019.

exista a comprovação de proporcionalidade entre o interesse do controlador ou de terceiros e os direitos e liberdades do titular.

Ressalta-se que a consideração de direitos e liberdades é critério mais amplo do que a análise de riscos *stricto sensu*²⁷. Essa ponderação, necessária para o tratamento, será validada a partir da manutenção do relatório de impacto, o que será abordado adiante.

O legítimo interesse do controlador como base legal para o tratamento lícito de dados pessoais é apresentado desde a Diretiva de 1995²⁸, foi incorporado pela RGPD e é uma das semelhanças existentes entre a lei geral europeia e a brasileira²⁹. Contudo, as normas não trazem definições sobre o que caracteriza o legítimo interesse do controlador, até porque essa caracterização depende de outros fatores a serem avaliados no caso concreto, como será abordado adiante.

Essa indefinição foi algo ponderado, como depreendido da Consulta Pública de 2015, relativa à Lei 13.709/2018³⁰. Isso porque o fluxo de dados na sociedade da informação é extremamente relevante e deve ser facilitado na medida do possível. Não obstante, o legítimo interesse não pode esvaziar as garantias da lei. Então, é necessário entender que não é possível restringir todas as hipóteses em que o tratamento será feito. Por isso a importância de bases abertas que respondem às inovações da sociedade, o que possibilita o fluxo de informações³¹. Não

²⁷ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. Revisiting 'The Governance of Privacy': Contemporary Policy Instruments in Global Perspective. 2018. Versão revisada será publicada em "Regulation and Governance". P. 33.

²⁸ O que difere a RGPD da Diretiva é a necessidade do controlador de informar, declarar, o tratamento de dados. LIMBERGER, Têmis. Informação em Rede: uma Comparação da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu. Direito digital: direito privado e internet. 2ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. P. 256.

²⁹ MENDES, Laura Schertel; e DONEDA, Danilo. Reflexões Iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120. 2018. P. 471.

³⁰ INTERNETLAB, Associação Internetlab de Pesquisa em Direito e Tecnologia. O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil: Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de dados pessoais. São Paulo. 2016. Pp. 129-134

³¹ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. Revisiting 'The Governance of Privacy': Contemporary Policy Instruments in Global Perspective. 2018. Versão revisada será publicada em "Regulation and Governance". Pp. 15-16.

obstante, os conceitos amplos como o interesse legítimo não poderão ser utilizados como um “cheque em branco ilimitado”.

Posto que o “legítimo interesse” na lei brasileira foi introduzido justamente pela previsão na legislação europeia, bem como em razão das às semelhanças de redação das duas normas, acredita-se que as conclusões bibliográficas europeias podem responder alguns questionamentos da experiência brasileira.

2. O LEGÍTIMO INTERESSE NO TRATAMENTO³² DE DADOS PESSOAIS

2.1. FUNDAMENTOS E CONCEITO

O legítimo interesse é uma base legal aberta e flexível para o tratamento de dados. Muitas vezes os controladores ou terceiros interessados a invocam como uma forma de flexibilização³³ do sistema rígido de proteção de dados adotado tanto pela legislação brasileira quanto pela europeia³⁴.

Como o Direito não tem a mesma velocidade de atualização das inovações tecnológicas, é adequada a criação de um sistema rígido de proteção³⁵, com instrumentos de flexibilização. Objetiva-se um equilíbrio entre as estruturas proibitivas de controle, coleta e tratamento de dados e as bases legais para esses processamentos³⁶. Dessa forma, o que se adapta às alterações tecnológicas, sociais, culturais e contextuais é a interpretação

³² A LGPD, nos artigos 23 e seguintes, diferencia o tratamento de dados pessoais pelo poder público, ou seja, o tratamento a que se refere este trabalho está relacionado ao tratamento feito por entes privados.

³³ MENDES, Laura Schertel; e DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018): o Novo Paradigma da Proteção de Dados no Brasil. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120. 2018. P. 572.

³⁴ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2 Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp. 248 - 249

³⁵ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. Revisiting ‘The Governance of Privacy’: Contemporary Policy Instruments in Global Perspective. 2018. Versão revisada será publicada em “Regulation and Governance”. P. 5.

³⁶ RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pp. 41-47.

da definição das bases que flexibilizam esse processo, tal qual o legítimo interesse³⁷.

Por isso, a maneira de garantir a proteção de dados pessoais, consequentemente garantindo também a proteção de direitos fundamentais e liberdades, é partir da proibição do tratamento. Desse modo, a interferência dos controladores dos dados ou de terceiros interessados deve ser possível em determinados casos³⁸, a partir de instrumentos regulatórios mais resilientes e flexíveis, mas que garantam a proteção dos direitos assegurados pelas normas sobre o tema³⁹.

Assim, o inciso IX do artigo 7º da LGPD trouxe previsão legal ampla o suficiente para flexibilizar a proibição de tratamento de dados pessoais intrínseca à lei. Então, a regulação do legítimo interesse na legislação brasileira é realizada no artigo 7º, inciso IX, artigo 10, e no artigo 37, conforme abaixo:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

(...)

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Art. 10 O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a:

I - apoio e promoção de atividades do controlador; e

³⁷ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. pp. 11 e 25.

³⁸ Ibid. p. 6: "This approach is based on a general prohibition of interference with the right of privacy and allows exceptions only under strictly defined conditions". Tradução livre: "Essa abordagem é baseada em uma proibição geral de interferência no direito à privacidade e permite exceções somente em condições estritamente definidas".

³⁹ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. Revisiting 'The Governance of Privacy': Contemporary Policy Instruments in Global Perspective. 2018. Versão revisada será publicada em "Regulation and Governance". P. 5.

II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.

§1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.

§2º O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados em seu legítimo interesse.

§3º A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial.

Art. 37. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse.

Para o tratamento de dados baseados no legítimo interesse do controlador ou de terceiros deverá ser feito um exame para verificar se esse interesse está em equilíbrio com as consequências para o titular dos dados. Quando existem, predominantemente, consequências ao titular, o legítimo interesse do controlador não prevalecerá. Isso porque a normativa de proteção de dados resguarda o titular dos dados ao mesmo tempo que regula as atividades dos outros agentes envolvidos nessa relação, protegendo assim um bem social⁴⁰.

Mesmo existindo como uma maneira de flexibilizar o sistema rígido, o legítimo interesse não deve ser esvaziado, o que aconteceria se fosse invocado em todos os casos de tratamento de dados. Isso aconteceria devido a sua ampla gama de aplicações que poderia anular as outras bases legais para o tratamento de dados⁴¹. A sua invocação tampouco deve ser

⁴⁰ FERRETTI, Federico. Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado About Nothing or the Winter of Rights? *Common Market Law Review* 51. United Kingdom. 2014. pp. 844-850.

⁴¹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. p. 5.

evitada devido a sua caracterização dificultada devido à previsão de necessidade de verificação de efeitos aos direitos e liberdades do titular⁴².

Na mesma linha, os aplicadores das normativas não devem adicionar critérios para a definição do legítimo interesse sob pena de impedir a utilização desse fundamento legal⁴³. Então, os parâmetros necessários para o tratamento de dados autorizado pela base legal do artigo 7º, inciso IX da LGPD é a caracterização do legítimo interesse e que esse interesse não ultrapasse os direitos e as liberdades fundamentais do titular.

O uso do legítimo interesse não deve ser a última categoria a ser utilizada e tampouco a preferência do controlador dos dados, mas deve ser utilizado como uma base legal para o tratamento de modo estrito e de acordo com as demais bases legais, tendo em vista que todas têm a mesma hierarquia⁴⁴.

Antes do aprofundamento sobre a caracterização do legítimo interesse do controlador ou terceiros no caso concreto, faz-se necessária uma análise dos conceitos essenciais para a interpretação do inciso IX, do artigo 7º da LGPD, quais sejam: (i) interesse; (ii) legítimo; (iii) controlador; (iv) terceiro; e (v) direitos e liberdades fundamentais do titular⁴⁵.

O conceito de interesse está diretamente relacionado ao princípio da finalidade, apesar deste ser mais restrito do que aquele. O princípio da finalidade no tratamento de dados pessoais é o princípio da finalidade específica (*purpose specification*

NAUWELAERTS, Wim. GDPR - The Perfect Privacy Storm: You can Run from the Regulator, but You Cannot Hide from the Consumer. 3 Eur. Data Prot. L. Rev. 2017. p. 253.

⁴² ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. p. 9

⁴³ Ibid. p. 8.

Ver também FERRETTI, Federico. Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado About Nothing or the Winter of Rights? Common Market Law Review 51. United Kingdom. 2014, p. 863, que fala da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso *Asnef and Fecemd v. Administración del Estado* (casos C-468 e C469/10), oportunidade em que a Corte reafirmou a impossibilidade de criar novas condições para caracterização do legítimo interesse, mas não fez o teste de proporcionalidade.

⁴⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. pp. 9-10.

⁴⁵ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. pp. 13-14.

Art. 6º, inciso I da LGPD.

principle), que prevê que os dados só poderão ser coletados para finalidades específicas, legítimas, explícitas e informadas ao titular⁴⁶. O conceito de "interesse" representa os benefícios que o controlador, ou terceiro, terá a partir do tratamento dos dados⁴⁷.

O *caput* do artigo 10 da LGPD reitera que a construção do interesse deve ser baseada em situações concretas. Além de concreta, a situação deve ser atual, não podendo o enquadramento nessa base ser feito a partir de uma situação hipotética⁴⁸.

Além de existir o interesse do controlador ou de terceiros, é necessário que esse seja legítimo. São diversas as naturezas dos interesses que o controlador pode ter e, quanto mais clara e óbvia a demonstração de tal interesse, maior a probabilidade de enquadramento como legítimo⁴⁹.

A legitimidade pode ser bastante ampla, mas precisa não ser rechaçada pelo restante do ordenamento jurídico ao qual o sujeito está submetido⁵⁰. Logo, os possíveis legítimos interesses do controlador são bastante diversificados, o mais complicado é a comprovação que o caso concreto apresenta uma situação conveniente também ao titular dos dados. O importante para a caracterização da legitimidade é o objeto passar por um processo de validação e aumento de confiança⁵¹.

Apesar de discursos jurídicos aproximarem a definição de legitimidade com a noção de legalidade, deve-se considerar a legitimidade no sentido amplo, ou seja, abarcando a definição social e a moral. Por exemplo, a expectativa do titular sobre o uso dos dados fornecidos ao controlador está diretamente relacionada com o conceito de legitimidade social e pode justificar o tratamento dos dados pessoais⁵².

⁴⁶ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. pp. 13-14. Art. 6º, inciso I da LGPD.

⁴⁷ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. p. 24.

⁴⁸ Ibid. P. 24-25

⁴⁹ Ibid. P. 36

⁵⁰ Ibid. Pp. 24-25

⁵¹ MAJCHER, Klaudia. E-Commerce in the EU: Searching for Coherence of Data Protection and Competition Law in the Context of Geo-Blocking. 24 Colum. J. Eur. L. 2018. p. 587;

⁵² Ibid. Pp. 587-588.

De qualquer forma, é importante que a legitimidade esteja de acordo com os princípios previstos na LGPD. Então, uma diferença de suma importância entre o legítimo interesse e a legalidade é a necessidade de demonstração sobre a necessidade e a proporcionalidade do tratamento de dados em detrimento dos direitos fundamentais e interesses do titular. Tais instrumentos devem ser aplicados em conjunto como forma de legitimar o processamento de dados, possibilitando a caracterização do legítimo interesse⁵³.

Já o conceito de controlador é definido na própria norma brasileira, no inciso VI do artigo 5º, que assim o define: “pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”.

A categoria “terceiro” não foi citada no rol de definições previstas no artigo 5º da LGPD, diferentemente do que foi feito no RGPD. Mas considera-se que terceiro pode ser tipificado como qualquer outra pessoa, jurídica ou natural de direito público ou privado, que poderá tratar os dados pessoais do titular, mas que não se enquadra nas categorias “controlador”⁵⁴, “operador”⁵⁵, “encarregado”⁵⁶. Porque, como há previsão expressa dessas definições, o legislador as utilizaria caso entendesse cabível na previsão do legítimo interesse. Ou seja, terceiro é uma pessoa alheia à colheita inicial dos dados pessoais, mas que pode ter acesso a eles e, assim, prosseguir com algum outro tipo de tratamento⁵⁷.

Os direitos e liberdades fundamentais do titular devem ser interpretados de forma abrangente como a totalidade de

⁵³ Ibid. Pp. 587-588.

⁵⁴ Art. 5º, inciso VI da LGPD, já citado.

⁵⁵ Art. 5º, inciso VII da LGPD: “operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

⁵⁶ Art. 5º, inciso VIII da LGPD: “encarregado: pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados”.

O art. 5º, inciso IX da LGPD ainda prevê a definição de “agentes de tratamento” como sendo “o controlador e o operador”.

⁵⁷ O artigo 4, (10) da RGPD define “terceiro” como: *“third party’ means a natural or legal person, public authority, agency or body other than the data subject, controller, processor and persons who under the direct authority of the controller or processor, are authorised to process personal data”*.

consequências advindas do tratamento dos dados ao titular desses⁵⁸. Devido ao fato de que a LGPD e a RGDPD preveem demonstração de proporcionalidade entre as categorias “legítimo interesse” e os “direitos e liberdades fundamentais” necessário que a interpretação ampla da primeira categoria e também seja utilizada nas considerações sobre a última⁵⁹. Inclusive a escolha pelo termo “direitos e liberdades fundamentais” demonstra a amplitude que se deve dar ao conceito⁶⁰.

Feita essa conceituação inicial, o trabalho passa a análise da caracterização efetiva do legítimo interesse previsto no inciso IX, art. 7º da LGPD.

2.2. CARACTERIZAÇÃO DO LEGÍTIMO INTERESSE NA PRÁTICA

A Lei brasileira optou por seguir estratégia similar à legislação europeia⁶¹ ao adotar uma abordagem caso-a-caso para as definições precisas sobre a caracterização do legítimo interesse. Com o julgamento de cada caso, a jurisdição brasileira fornecerá guias às empresas sobre como agir. Mas traz definições anteriores às situações concretas, porque a tentativa de trazer um rol taxativo⁶² de situações em que há a caracterização de legítimo interesse sem abuso dos direitos do titular seria infrutífera e contrária a própria existência dessa base legal⁶³.

⁵⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.** pp. 30-33; 37.

⁵⁹ FERRETTI, Federico. Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado About Nothing or the Winter of Rights? *Common Market Law Review* 51. United Kingdom. 2014 pp. 859-863.

⁶⁰ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. Revisiting ‘The Governance of Privacy’: Contemporary Policy Instruments in Global Perspective. 2018. Versão revisada será publicada em “Regulation and Governance”. P. 33.

⁶¹ Tanto a Diretiva 95/46/CE quanto a RGDPD.

⁶² Sobre a fragilidade de criar um rol taxativo das situações que caracterizam legítimo interesse ver: FERRETTI, Federico. Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado About Nothing or the Winter of Rights? *Common Market Law Review* 51. United Kingdom. 2014, p. 865, que explica que o Parlamento Europeu no debate sobre a criação da RGDPD falou sobre a criação de uma lista exaustiva descrevendo quais situações o legítimo interesse do controlador supera os direitos e interesses do titular, contudo, essa ideia foi rechaçada pelo European Data Protection Supervisor (EDPS), porque diminuiria a flexibilidade advinda da análise caso-a-caso.

⁶³ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.** p 12.

Dessa forma, o titular dos dados pode questionar o tratamento depois de processá-los e a empresa deverá ter provas, caso-a-caso, do enquadramento da situação na base legal “legítimo interesse”. Isso porque a primeira apreciação sobre o enquadramento do tratamento em alguma das bases legais previstas no art. 7º da LGPD é feita pelo próprio controlador, mas pode ser questionada posteriormente, caracterizando evidente inversão do ônus da prova para o controlador que será acusado no caso concreto⁶⁴.

Nesse cenário, cabe ainda destacar que o caso de um único titular pode causar efeitos a diversos atores, então, se um titular questiona o tratamento feito com seus dados pessoais e a decisão sobre tal demonstra desproporcionalidade entre o processamento e as consequências ao titular, o controlador deverá observar os outros casos similares para se certificar que o interesse legítimo ainda está caracterizado⁶⁵.

No Brasil, a Lei de Proteção de Dados será aplicada principalmente pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, mas, deve-se considerar que também servirá como base para decisões judiciais e de outros órgãos administrativos, como os organismos de defesa do consumidor⁶⁶, o que demonstra a necessidade de cooperação das autoridades nacionais que irão discutir a proteção de dados⁶⁷. Em consequência disso surge a preocupação sobre a existência de uma base legal tão ampla, porque a falta de definições pode gerar desarmonia no ordenamento, o que intrinsecamente gera insegurança jurídica, tal como se observou na Europa durante a vigência da Diretiva 95/46/CE, porque cada nação aplicava o conceito de maneiras distintas⁶⁸.

⁶⁴ Ibid. p. 14.

⁶⁵ NAUWELAERTS, Wim. GDPR - The Perfect Privacy Storm: You can Run from the Regulator, but You Cannot Hide from the Consumer. 3 Eur. Data Prot. L. Rev. 2017. p. 255

⁶⁶ O art. 18, §8º da LGPD prevê: “O direito a que refere o §1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor”.

⁶⁷ MAJCHER, Klaudia. E-Commerce in the EU: Searching for Coherence of Data Protection and Competition Law in the Context of Geo-Blocking. 24 Colum. J. Eur. L. 2018.

⁶⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. p. 5

Por conseguinte, essa base tão ampla justifica a importância de uma autoridade de proteção de dados, porque essa é essencial nos sistemas de proteção de dados pessoais, inclusive por trazer definições para os controladores ao passo que conscientizam ao público⁶⁹. É comum às leis gerais de proteção de dados a previsão de uma estrutura que busca diminuir as divergências de entendimento através de instrumentos sancionatórios e consultivos, a serem aplicados principalmente por um órgão administrativo⁷⁰, que, na LGPD, será a ANPD. Assim, o órgão será uma das fontes para definição de legítimo interesse⁷¹.

Para compreender o motivo da LGPD prever o legítimo interesse como base legal para o tratamento de dados independentemente do consentimento, deve-se entender o sistema de dados como uma “via de mão dupla”, em que o tratamento de dados muitas vezes gera benefícios tanto para o titular quanto para o controlador ou terceiro. Essa mão dupla também afeta a forma de controle nesse sistema⁷². Mas, de qualquer forma, o titular ocupa uma posição de hipossuficiência⁷³.

Ainda há de se considerar que essa posição desprotegida pode ser agravada a depender de características do titular. Por exemplo, uma criança pode estar em uma situação de hipossuficiência extremada, e essas características devem ser levadas em consideração. Então, o estudo caso-a caso é de extrema importância, porque quem é o titular e quem é o controlador são variáveis que importam na definição de legítimo interesse como base legal⁷⁴.

⁶⁹ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. Revisiting ‘The Governance of Privacy’: Contemporary Policy Instruments in Global Perspective. 2018. Versão revisada será publicada em “Regulation and Governance”. P. 13.

⁷⁰ MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49

⁷¹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. p. 20.

⁷² RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 46-47

⁷³ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. pp. 14-15.

⁷⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. p. 37.

As definições dos sujeitos partem da relação analisada e também possibilitam uma melhor avaliação da expectativa do titular sobre aquele tratamento que ocorreu mesmo sem o seu consentimento. O Considerando 47⁷⁵ da RGPD prevê que o legítimo interesse pode existir quando há uma relação entre o titular e controlador de cliente-consumidor, por exemplo⁷⁶, o que demonstra que as expectativas do titular em relação a probabilidade do tratamento podem alterar completamente a leitura sobre a situação⁷⁷.

Além disso, o consentimento do titular é insuficiente para atender os interesses do controlador, porque muitas vezes não se sabe ao certo como os dados serão utilizados. Mesmo em casos em que há o consentimento, esse pode não abranger algumas finalidades supervenientes do controlador e, por isso, o tratamento de dados para a persecução dessas outras finalidades, as secundárias, seria inválido⁷⁸.

Por isso existem bases tal qual o legítimo interesse para possibilitar o tratamento de dados⁷⁹ mesmo quando não há uma

⁷⁵ RGPD: "(47) *The legitimate interests of a controller, including those of a controller to which the personal data may be disclosed, or of a third party, may provide a legal basis for processing, provided that the interests or the fundamental rights and freedoms of the data subject are not overriding, taking into consideration the reasonable expectations of data subjects based on their relationship with the controller. Such legitimate interest could exist for example where there is a relevant and appropriate relationship between the data subject and the controller in situations such as where the data subject is a client or in the service of the controller. At any rate the existence of a legitimate interest would need careful assessment including whether a data subject can reasonably expect at the time and in the context of the collection of the personal data that processing for that purpose may take place. The interests and fundamental rights of the data subject could in particular override the interest of the data controller where personal data are processed in circumstances where data subjects do not reasonably expect further processing. Given that it is for the legislator to provide by law for the legal basis for public authorities to process personal data, that legal basis should not apply to the processing by public authorities in the performance of their tasks. The processing of personal data strictly necessary for the purposes of preventing fraud also constitutes a legitimate interest of the data controller concerned. The processing of personal data for direct marketing purposes may be regarded as carried out for a legitimate interest*" (sem grifos no original)

⁷⁶ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. p. 17-18.

⁷⁷ MAJCHER, Klaudia. E-Commerce in the EU: Searching for Coherence of Data Protection and Competition Law in the Context of Geo-Blocking. 24 Colum. J. Eur. L.. 2018. p 592

⁷⁸ SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2005. p. 240.

⁷⁹ Essa ideia é compartilhada com os controladores que participaram de pesquisa do Cen-

previsibilidade deste tratamento pelo titular, nem há relação entre a novo objetivo pretendido e a finalidade em que foi concedido o consentimento do titular⁸⁰. Um exemplo clássico de não consentimento do titular é a adição do nome do mau pagador no sistema do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil), no sistema SERASA⁸¹, ou em algum cadastro de negativação. Como tal categoria é negativa ao titular, esse não concederá o consentimento para que seu nome seja adicionado na lista de cadastro negativo. Mas, ao considerarmos os interesses das empresas - principalmente financeiras- é possível o tratamento de tais dados baseados no legítimo interesse desses agentes, mesmo sem a autorização do titular e ainda gerando efeitos negativos a esse⁸².

Ademais, a diferença de poderes entre o titular e o controlador geram diversos problemas sobre a validade do consentimento, porque com o oferecimento de opções *take-it-or-leave-it* fica ainda mais difícil para o titular tomar decisões racionais sobre o consentimento. Tal entendimento é base para o Considerando 43 da RGPD⁸³ que prevê que o consentimento pode ser invalidado em situações de desequilíbrio entre o titular e o controlador⁸⁴.

tre for Information Policy Leadership an AvePoint relatada no paper. Ver: NAUWELAERTS, Wim. GDPR - The Perfect Privacy Storm: You can Run from the Regulator, but You Cannot Hide from the Consumer. 3 Eur. Data Prot. L. Rev. 2017. Na página 253 explica: "the survey suggests that a sizable portion of companies seem to think that they can easily rely on 'legitimate interest' as an alternative legal basis for data processing (see Graph 2). No less than 31% of the participating companies plan to make more use of legitimate interest under the GDPR than they are currently doing".

⁸⁰ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. p. 13.

⁸¹ Disponível em: <<https://www.serasaconsumidor.com.br/>>. Acesso em 17/06/2019.

⁸² Como visto em MENDES, Laura Schertel; e DONEDA, Danilo. Reflexões Iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120. 2018. P. 471. Esse tratamento deverá obedecer às regras das legislações específicas sobre o tema, mas também está submetido à LGPD.

⁸³ RGPD: "(43) In order to ensure that consent is freely given, consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data in a specific case where there is a clear imbalance between the data subject and the controller, in particular where the controller is a public authority and it is therefore unlikely that consent was freely given in all the circumstances of that specific situation. Consent is presumed not to be freely given if it does not allow separate consent to be given to different personal data processing operations despite it being appropriate in the individual case, or if the performance of a contract, including the provision of a service, is dependent on the consent despite such consent not being necessary for such performance".

⁸⁴ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. Data Protection in an Era of Big Data: The

A diferença entre o legítimo interesse e as demais bases legais que dispensam o consentimento é que as outras partem do pressuposto do equilíbrio dos interesses do controlador e do titular dos dados, já o legítimo interesse não pressupõe tal equilíbrio. Por essa razão, a RGPD adotou a necessidade de teste específico, com ônus da prova para o controlador ou o terceiro⁸⁵, a fim de demonstrar a caracterização do legítimo interesse⁸⁶, como o trabalho abordará a seguir.

Esse teste garante a verificação da existência de proporcionalidade que deve haver entre o legítimo interesse do controlador ou terceiros – inclusive àqueles que terão acesso aos dados pessoais⁸⁷ – e os direitos e liberdades fundamentais do titular⁸⁸.

2.3. TESTE DE PROPORCIONALIDADE E CONFEÇÃO DE RELATÓRIO DE IMPACTO

Mesmo após a efetiva caracterização do legítimo interesse, o Grupo de Trabalho do Artigo 29 demonstra no Parecer 06/2014 a necessidade da realização de um teste de proporcionalidade entre o “legítimo interesse” do controlador ou terceiro e os direitos e liberdades do titular. O teste foi adotado pela RGPD com previsão no próprio Artigo 6(f)⁸⁹, que traz o instituto do legítimo interesse. A previsão desse teste traz segurança para essa cláusula de aplicação tão incerta⁹⁰.

O próprio regulamento geral europeu já cita situações em que a confecção e manutenção do relatório de impactos é obrigatória,

Challenges Posed by Big Personal Data. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. pp. 14-17.

⁸⁵ Ibid. pp. 51-53.

⁸⁶ Ibid. pp. 51-53.

⁸⁷ Art. 7, inciso IX, da LGPD.

⁸⁸ Art. 7, inciso IX, da LGPD.

⁸⁹ Artigo 6(f) da RGPD: “*processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child*”.

⁹⁰ FERRETTI, Federico. Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado About Nothing or the Winter of Rights? Common Market Law Review 51. United Kingdom. 2014. p. 845.

e outras em que é possível a requisição de tal documento, ou situações em que a realização de tal relatório é incentivada⁹¹.

Por sua vez, a norma brasileira fala sobre a necessidade da realização do teste de proporcionalidade, ao possibilitar o tratamento de dados pessoais baseados no legítimo interesse desde que direitos e liberdades fundamentais do titular não prevaleçam. Para verificação de tal teste, a legislação impõe um dever ao controlador de confecção de "relatório de impacto à proteção de dados pessoais". Esse documento é definido no art. 5º, inciso XVII da LGPD como "documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco".

Tal relatório poderá ser solicitado pela ANPD a qualquer momento, quando o tratamento tiver como fundamento o legítimo interesse⁹². Então, como há grande semelhança entre a legislação brasileira e a normativa europeia, e essa adotou o teste de proporcionalidade como forma de se provar que o legítimo interesse do controlador ou do terceiro se sobrepõem às consequências ao titular⁹³, conclui-se que a única forma de explicitar esse teste de proporcionalidade é através da confecção do relatório de impactos.

O teste parte do pressuposto que não basta a caracterização do legítimo interesse; é necessária a comprovação de que o legítimo interesse conjuntamente com os benefícios oriundos do tratamento dos dados são maiores do que os impactos ao titular dos dados. A lei, ao citar a necessidade de avaliação dos direitos e liberdades do titular, interage diretamente com conceitos

⁹¹ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. **Revisiting 'The Governance of Privacy': Contemporary Policy Instruments in Global Perspective**. 2018. Versão revisada será publicada em "Regulation and Governance". P. 18.

⁹² Art. 10, §3º da LGPD: "A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial".

⁹³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp. 252-253.

constitucionais bastante amplos, mais abrangentes do que a análise de riscos⁹⁴.

É necessária a comparação entre o legítimo interesse alegado e todas as consequências surgidas do tratamento dos dados para o titular. A interpretação desses efeitos deve ser feita da maneira mais extensa possível. Então, em relação às consequências ao titular, deve-se analisar tanto as positivas quanto as negativas, tanto as potenciais quanto às efetivas. Essa consideração tão abrangente deve-se ao fato de que a compensação por danos na sociedade de tecnologia é difícil e, por isso, o sistema se utilizou de instrumentos preventivos⁹⁵.

Além disso, a previsão de balanceamento entre uma categoria ampla e sem proteção legal como o “legítimo interesse” com outra protegida constitucionalmente e internacionalmente, tal como os “direitos e liberdades fundamentais do titular”, pode ser incompreensível se considerarmos que os últimos são hierarquicamente superiores aos primeiros⁹⁶. Por isso, deve-se interpretar todas essas categorias de forma ampla para efeitos do teste de proporcionalidade.

Dois aspectos devem ser considerados para a qualificação de tais consequências, quais sejam: a probabilidade e a severidade. A probabilidade deve ser considerada de duas formas, tanto no sentido de se era provável aquele desdobramento, ou seja, se o tratamento era previsível, se o titular tinha expectativas⁹⁷ sobre

⁹⁴ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. **Revisiting ‘The Governance of Privacy’: Contemporary Policy Instruments in Global Perspective**. 2018. Versão revisada será publicada em “Regulation and Governance”. P. 33.

⁹⁵ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. p. 30-33; 37. A prevenção é princípio básico para o tratamento de dados previsto no art. 6º, inciso VIII, da LGPD.

⁹⁶ FERRETTI, Federico. **Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado About Nothing or the Winter of Rights?** Common Market Law Review 51. United Kingdom. 2014. pp. 864-868. Neste trabalho o autor defende a alteração da previsão de “legítimo interesse do controlador” para “direitos do controlador” quando da criação da RGPD, porque o trabalho foi prévio a promulgação desta legislação.

⁹⁷ NAUWELAERTS, Wim. **GDPR - The Perfect Privacy Storm: You can Run from the Regulator, but You Cannot Hide from the Consumer**. 3 Eur. Data Prot. L. Rev. 2017. p. 253. Define o legítimo interesse como um “teste de expectativas” das companhias para definir se os titulares poderiam ter a perspectiva desse processamento.

a realização daquele procedimento⁹⁸, quanto no sentido de qual a chance daquele provável efeito se tornar efetivo. Como nas considerações sobre as consequências do titular até os prováveis efeitos são considerados, essa ressalva se torna importante, ao passo que quanto maior a probabilidade da concretização daquela consequência, mais peso ela agrega à balança. Sobre a severidade, ela é a base essencial para as mensurações feitas no teste, devendo ser considerada desde o número de afetados até a qualidade do risco assumido ao tratar os dados⁹⁹.

A própria legislação já trata algumas consequências severas como excludentes de proibições, como no caso de tratamento de dados pessoais sensíveis sem o fornecimento do consentimento do titular. Então, a severidade é essencial para qualificação das consequências, até porque a severidade será verificada a partir do contexto da utilização. Ou seja, dados que para determinada finalidade não são significativos, para outra poderão ser considerados vulneráveis¹⁰⁰.

As consequências podem ser fonte de maiores justificativas ou motivos para interrupção do tratamento dos dados. Explico. Uma situação em que o titular corre risco de segurança, o tratamento de dados pessoais como seu endereço ou até suas senhas podem possibilitar que sua segurança seja garantida, o que pode pesar o lado da balança do legítimo interesse do controlador, mesmo considerando que o tratamento de dados como senhas têm alta probabilidade de danos severos ao titular, tornando necessárias medidas concretas tais quais modificar as senhas. Ou seja, a depender do caso, quanto maior a severidade e a probabilidade, maiores as justificativas para o tratamento ou não dos dados.

Como forma de minimizar tais efeitos, a própria LGPD já prevê só os dados “estritamente necessários para a finalidade pretendida

⁹⁸ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. **Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data.** 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. p.17

⁹⁹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.** p. 38.

¹⁰⁰ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2005. p. 239.

poderão ser tratados”, ou seja, os dados a serem tratados com base no legítimo interesse serão os mínimos necessários para alcançar a finalidade pretendida. Essa previsão também esclarece a relação já mencionada do legítimo interesse com o princípio da finalidade¹⁰¹ e também o princípio da necessidade¹⁰².

Após a realização do teste, o controlador deverá manter à disposição da ANPD o relatório de impacto do tratamento realizado. Essa movimentação foi adotada pela legislação brasileira e está prevista no §3º do artigo 10 da LGPD¹⁰³.

É possível que mesmo após a realização do teste de proporcionalidade pelo controlador o resultado venha a ser questionado, por inúmeros motivos como, por exemplo, o interesse do controlador era diferente do declarado ou porque o teste não foi detalhado o suficiente, mas o objetivo do teste é minimizar os casos em que tal questionamento seja feito, gerando maior segurança ao titular, inclusive. Por isso, o teste inicialmente será documentado pelo controlador para possíveis verificações posteriores¹⁰⁴.

¹⁰¹ Sobre este princípio ler MENDES, Laura Schertel; e DONEDA, DANILO. Reflexões Iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 120. 2018. P. 4: “[O] exemplo do princípio da finalidade, que vincula o tratamento de dados pessoais à finalidade que motivou e justificou a sua coleta. A aplicação desse poderoso princípio tem como consequência a concretização de algumas das finalidades últimas da Lei, qual seja a consideração de que o tratamento de dados pessoais são indissociáveis de uma determinada função que sempre poderá ser avaliada, ou mesmo que dados pessoais, por estarem de certa forma ‘afetados’ por uma finalidade, jamais poderão ser considerados como *mera res in commercium*”.

¹⁰² ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. p. 29.

BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. Revisiting ‘The Governance of Privacy’: Contemporary Policy Instruments in Global Perspective. 2018. Versão revisada será publicada em “Regulation and Governance”. P.20 avalia que a maioria dos reguladores atualmente aceita o uso de instrumentos técnicos para minimizar os impactos do tratamento aos titulares. Tais ferramentas são bastante discutidas no âmbito da privacy by design e se relacionam com os princípios explícitos da finalidade e necessidades e o princípio implícito da minimização.

¹⁰³ Art. 10, §3º “A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial” (sem grifos no original).

¹⁰⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. p. 43.

O teste é uma forma de segurança para o controlador e impede o esvaziamento da base legal do legítimo interesse¹⁰⁵. Assim, em situações limítrofes, nebulosas sobre o enquadramento da situação em alguma base legal, se o resultado do teste de proporcionalidade for favorável, a adoção do legítimo interesse pode ser a melhor escolha¹⁰⁶.

Mesmo o resultado parcial do teste de proporcionalidade for desfavorável a quem deseja tratar os dados, é possível a adoção de medidas de proteção¹⁰⁷, ao titular, que modifiquem esse resultado preliminar¹⁰⁸. A inexistência dessas medidas pode prejudicar a caracterização do legítimo interesse. Além disso, a existência de instrumentos eficientes e de fácil utilização pelos usuários pode alterar por completo um teste tendente a demonstrar prejuízos insuperáveis ao titular¹⁰⁹.

O Grupo de Trabalho do Artigo 29 define algumas medidas que podem auxiliar a justificativa para o tratamento de dados, tais como: (i) separação funcional; (ii) uso de técnicas de anonimização; (iii) agregação de dados; (iv) tecnologias para fomentar a privacidade; (v) transparência; (vi) direito de saída (*opt-out*); (vii) medidas para empoderamento do titular. A existência de alguma ou de várias dessas medidas deve ser considerada somente após a caracterização do legítimo interesse, ou seja, a existência de tais medidas não legitima qualquer interesse do controlador, sendo esta uma etapa anterior à avaliação das proteções¹¹⁰.

Sobre a transparência (v) ressalto que a LGPD já prevê a necessidade de o controlador adotar medidas que garantam a transparência¹¹¹ e também consta como princípio geral para

¹⁰⁵ Ibid. p. 23

¹⁰⁶ Ibid. Pp. 17 e 35.

¹⁰⁷ Tradução utilizada para as denominadas safeguards. Como sinônimo o trabalho também utiliza a expressão "salvaguarda(s)".

¹⁰⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. P. 34-35 e 41

¹⁰⁹ Ibid. p. 42.

¹¹⁰ Ibid. p. 42.

¹¹¹ LGPD, art. 10, §2º.

todo tipo de tratamento de dados¹¹². Os outros instrumentos são baseados nos princípios da segurança¹¹³ e da não discriminação¹¹⁴. Além disso, a normativa prevê várias dessas medidas como direitos do titular no artigo 18 do dispositivo.

Discrimino também o direito de saída, aspecto de extrema importância no tratamento de dados pessoais. O controlador pode oferecer opções de saídas bem genéricas e a forma como esse *opt-out* se apresenta para o titular será considerado para aumentar ou diminuir a probabilidade do tratamento a partir do legítimo interesse¹¹⁵. Outra questão passível de questionamentos é a necessidade de justificativas para o titular optar por parar com o tratamento de seus dados.

O §2º do artigo 18 da LGPD prevê que o titular tem o direito de se opor ao tratamento¹¹⁶ realizado a partir de qualquer base legal que dispensa o consentimento¹¹⁷, desde que haja o descumprimento à Lei. A partir dessa leitura é possível concluir que a justificativa para a paralisação do tratamento pode sim ser requerida pelo titular, contudo, a necessidade de justificativa deverá ser considerada como uma dificuldade na mensuração da proteção de direito de saída no momento do teste de proporcionalidade.

O Considerando 69 da RGDPD fala sobre o direito de objeção do titular e mais uma vez fala sobre o ônus do controlador em

¹¹² Art. 6º, inciso VI da LGPD.

¹¹³ Art. 6º, VII, da LGPD.

¹¹⁴ Art. 6º, inciso IX, da LGPD.

¹¹⁵ Um instrumento de *opt-out* acessível, com linguagem compreensível e sem maiores justificativas é muito importante para o titular, porque quanto mais compreensível o mecanismo de *opt-out* mais ele se aproxima do *opt-in*, ou seja, do consentimento. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. pp. 43-45.

¹¹⁶ Sobre o direito de oposição ver Acórdão dos Processos apensos C-141/12 e C-372/12 do TJUE: "Segundo o considerando 25 da Diretiva 95/46/CE, os princípios de proteção das pessoas singulares previstos por esta devem encontrar expressão, por um lado, nas obrigações que impendem sobre as pessoas responsáveis pelo tratamento de dados que dizem respeito àquelas pessoas e, por outro, nos direitos de as pessoas cujos dados são tratados serem informadas sobre esse tratamento, poderem ter acesso aos dados, poderem solicitar a sua retificação e mesmo, em certas circunstâncias, poderem opor-se ao tratamento".

¹¹⁷ Incisos II a X do artigo 7º da LGPD.

demonstrar que seu legítimo interesse se sobrepõe à objeção ou interesse do titular. Ou seja, a partir do momento em que o titular se opõe ao tratamento realizado com seus dados a partir da alegação do legítimo interesse do controlador, para continuar tal tratamento o controlador deverá provar que o tratamento é tão necessário naquele caso específico que a vontade do titular não deve prevalecer, evidenciando que, no caso concreto, os direitos do titular não se sobrepõem aos interesses do controlador¹¹⁸.

Alguns critérios devem ser sempre considerados na análise de proporcionalidade do tratamento como a natureza do dado. Dados sensíveis¹¹⁹ têm um tratamento diferenciado¹²⁰ e, por isso, o artigo 11, alínea II, prevê situações específicas que possibilitam o tratamento de dados sensíveis¹²¹. Cabe ressaltar que dados sensíveis continuam sendo dados sensíveis mesmo após a sua publicação¹²². E, mesmo considerando os dados pessoais fora da categoria de sensíveis, há maior sensibilidade de alguns dados do que outros e isso deve ser considerado no teste¹²³.

Além disso, deve-se avaliar como será feito o tratamento. Se houver comunicação entre controladores de dados, por exemplo, o tratamento gera maiores consequências e muitas vezes é mais problemático para o titular. Tão importante quanto, são as expectativas do titular e a definição de quem é o controlador e quem é o titular, como já demonstrado ao longo deste trabalho¹²⁴.

O objetivo absoluto do teste é evitar impactos desproporcionais, que justifiquem condenações em danos que

¹¹⁸ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. **Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data**. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. p. 17

¹¹⁹ Sobre esse tema, cabe ressaltar que um dado não explicitamente sensível, pode ser demonstrado como sensível. Por exemplo, o sobrenome não é, necessariamente sensível, mas pode demonstrar a origem étnica, o transformando em um dado sensível.

¹²⁰ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. **Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data**. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. P. 17.

¹²¹ Vide Seção 2.4. deste trabalho.

¹²² No processo C-131/12, o TJUE definiu que: “A conclusão que precede também não é prejudicada pelo facto de esses dados já terem sido publicados na Internet e não serem alterados por esse motor de busca”. Ou seja, a publicação prévia de dados pessoais em nada altera essa classificação.

¹²³ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. P. 39

¹²⁴ Ibid. pp. 39-40.

não responderão às consequências sofridas pelo titular¹²⁵. Alguns argumentam que a necessidade desse controle prévio realizado pelo controlador pode enfraquecer o papel da autoridade¹²⁶, mas essa conclusão não considera que a autoridade será uma das fontes mais importantes para a criação da forma que o teste deverá ser realizado, definindo padrões e criando seguranças para os agentes envolvidos.

Além disso, deve-se ressaltar que, se o controle anterior ao tratamento for realizado unicamente pelo controlador, algumas questões deverão ser analisadas: a análise proposta requer familiaridade com o tema, então será necessário que alguém especializado participe da confecção do relatório. Ademais, há claro conflito de interesses entre o controlador e a proteção dos dados do titular, porque o controlador obviamente quer possibilitar tal processamento, e, como as sanções são posteriores à prática, é possível que o titular não denuncie o controlador, por inúmeras razões¹²⁷.

Por isso, o papel da autoridade é de extrema importância, por ser responsável em rever o teste de maneira mais imparcial. Além disso, é necessário incentivar que os titulares tenham papel ativo nas relações que envolvem seus próprios dados, porque essa atuação é essencial para o controle do tratamento, principalmente tendo por base o legítimo interesse. E também é necessário considerar que as empresas deverão criar e/ou melhorar seus programas de *compliance* e controles internos¹²⁸.

O resultado final do teste de proporcionalidade feito pelo controlador deverá resultar em um relatório de impacto¹²⁹ que deverá apresentar (i) descrição detalhada do processamento, incluindo a caracterização do legítimo interesse; (ii) demonstração

¹²⁵ Ibid. p. 41.

¹²⁶ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. **Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data**. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. p. 22.

¹²⁷ FERRETTI, Federico. **Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado About Nothing or the Winter of Rights?** Common Market Law Review 51. United Kingdom. 2014. p. 861.

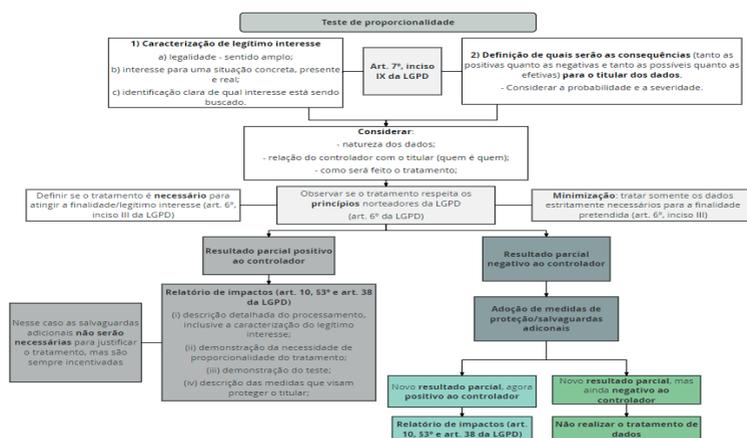
¹²⁸ NAUWELAERTS, Wim. **GDPR - The Perfect Privacy Storm: You can Run from the Regulator, but You Cannot Hide from the Consumer**, 3 Eur. Data Port. L. Rev. 2017. pp. 251-256

¹²⁹ Art. 10, §3º da LGPD.

da necessidade e proporcionalidade do tratamento; (iii) demonstração do teste relacionando o legítimo interesse com as consequências para o titular; e (iv) medidas que visam proteger o titular¹³⁰.

Abaixo apresento fluxograma com as etapas do teste de proporcionalidade. Esse compilado busca somente apresentar uma forma de se alcançar o relatório de danos que pode ser o produto da prática deste teste, mas os passos aqui retratados não são uma regra, são apenas uma forma segura para o controlador comprovar a prevalência do seu legítimo interesse e, de qualquer forma, o respeito ao princípio da boa-fé, porque ao realizar esse teste de proporcionalidade estará clara a tentativa de seguir a legislação de proteção de dados¹³¹.

Figura 1 – Fluxograma da Realização do Teste de Proporcionalidade/ Confecção do Relatório de Impactos



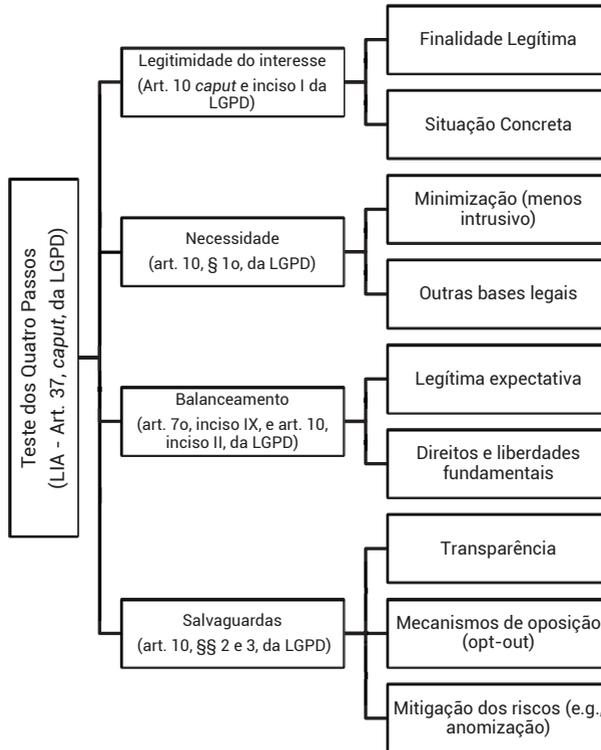
Fonte: Elaborada pela autora.

¹³⁰ PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. **Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data**. 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018, p. 21.

¹³¹ Esse compilado foi feito a partir das leituras feitas para esse trabalho, em destaque ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. e BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2 Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Para fins de comparação, trago a sumarização do teste feita pelo pesquisador Bruno Ricardo Bioni¹³², que determina “o teste de proporcionalidade, dividido em quatro estágios, para a aplicação e interpretação do legítimo interesse”:

Figura 2 – Quadro do Teste dos Quatro Passos



Fonte: BIONI¹³³.

De qualquer forma, o objetivo da realização do teste de proporcionalidade é garantir que haja equilíbrio entre a legítima

¹³² BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2 Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 256.

¹³³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 256

expectativa do controlador ou do terceiro e os direitos e liberdades fundamentais do titular. Esse equilíbrio pode ser alcançado através de medidas de segurança, as salvaguardas. Para tanto, o teste deve se basear em uma situação concreta e atual e o tratamento de dados deve se demonstrar necessário.

Toda a previsão da necessidade do relatório de impactos perpassa a ideia de que o responsável pelo tratamento de dados deve ser capaz de entender os riscos desse processamento, sendo, assim, a figura mais capaz para antecipar quais medidas previnem esses possíveis danos¹³⁴.

2.4. O LEGÍTIMO INTERESSE E OS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

A categoria “dados sensíveis” surgiu a partir da compreensão de que o mau tratamento de tais informações traria danos consideráveis ao titular. A sensibilidade de dados não é algo passível de análise estanque, então são necessárias percepções subjetivas para a caracterização dos dados como sensíveis¹³⁵.

O dano inerente à noção de dado sensível é a discriminação. Dessa forma, considera-se que o tratamento diferenciado de dados sensíveis respeito o princípio da isonomia. Afinal, dados que tem como consequência do seu tratamento danos graves devem receber abordagem diferente da dos dados que possibilitam o fluxo informacional - necessário na Era do Big Data -, mas com consequências menores aos titulares¹³⁶.

A LGPD definiu, no seu art. 5º, inciso II, dado pessoal sensível como informação que possibilita definir a origem racial ou étnica, posicionamentos religiosos, filosóficos ou políticos, relações sindicais, condições de saúde ou da vida sexual do titular, além de

¹³⁴ LIMBERGER, Têmis. **Informação em Rede: uma Comparação da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu**. Direito digital: direito privado e internet, 2019. P. 256.

¹³⁵ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. **Revisiting ‘The Governance of Privacy’: Contemporary Policy Instruments in Global Perspective**. 2018. Versão revisada será publicada em “Regulation and Governance”. Pp. 31-32.

¹³⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pp. 85-86.

dados biométricos ou genéticos¹³⁷. Inclusive como já mencionado no tópico anterior, a LGPD vedou o tratamento de dados sensíveis a partir da base de legitimação “legítimo interesse”.

Essa vedação é entendida a partir da interpretação do artigo 11 da norma geral brasileira. Esse dispositivo cita todas as situações em que o tratamento de dados pessoais sensíveis poderá ocorrer e não menciona o legítimo interesse como base legal para tal processamento. Então, o tratamento desses dados não é terminantemente proibido, mas as bases legais que autorizam o processamento são mais restritivas do que as previstas para o tratamento de dados pessoais - artigo 7 da LGPD.

Por sua vez, a RGPD não define dados sensíveis no artigo 4, item específico sobre definições. Contudo, traz vedação de tratamento a dados que revelam a origem racial ou étnica, opções políticas, religiosas ou filosóficas, filiações sindicais. Além disso, também proíbe o processamento de dados genéticos, biométricos, relacionados à saúde, à vida sexual ou à orientação sexual de indivíduos¹³⁸. Assim como a norma brasileira, a RGPD traz rol taxativo das situações em que o tratamento de dados pessoais é autorizado e o legítimo interesse do controlador ou de terceiro interessado não é mencionado¹³⁹.

Então, tanto a norma brasileira quanto a lei geral europeia sobre proteção de dados pessoais vedaram o processamento de informações pessoais a partir da base legal “legítimo interesse”. Isso pode ser justificado pela assunção feita pelas jurisdições de que o tratamento de dados sensíveis irá gerar danos ao titular¹⁴⁰. Então, como o tratamento de dados a partir do legítimo

¹³⁷ O art. 5º, inciso II, da LGPD define dados sensíveis: “dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

¹³⁸ Artigo 9, §1º: “*Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person’s sex life or sexual orientation shall be prohibited*”.

¹³⁹ Artigo 9, §2º e alíneas.

¹⁴⁰ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. **Revisiting ‘The Governance of Privacy’: Contemporary Policy Instruments in Global Perspective**. 2018. Versão revisada será publicada em “Regulation and Governance”. Pp. 31-32.

interesse deverá considerar as consequências ao titular, como já demonstrado, é possível que a lei proíba tal processamento por considerar que os danos são inerentes ao tratamento. Nesse caso se presume que não há proporcionalidade entre o processamento e os direitos e liberdades do titular.

De qualquer maneira, é necessário ressaltar que apesar da proteção prevista nas legislações, devido a facilidade de associação de dados, a avaliação sobre a sensibilidade dos dados também deverá ser feita caso a caso. Tal fato se dá porque uma informação inicialmente não enquadrável na definição de dado sensível, a partir do cruzamento com outros materiais¹⁴¹ pode dar ensejo a um perfil que se encaixe nas previsões que caracterizam a sensibilidade¹⁴².

Conclui-se, portanto, que os dados pessoais tidos como não-sensíveis poderão ser tratados a partir da alegação do legítimo interesse do controlador, desde que respeitado o teste de proporcionalidade. A partir de tal teste deve-se buscar verificar se o tratamento de tais dados poderá criar perfil condizente com alguma das hipóteses de classificação da informação como sensível. Nessa hipótese, deve-se adotar medidas que impeçam tal perfilamento, se não o tratamento a partir do legítimo interesse do controlador ou de terceiro resta prejudicado, tendo em vista a vedação ao tratamento de dados pessoais sensíveis a partir do legítimo interesse do controlador.

Contudo, como a sensibilidade dos dados depende também do caso em concreto, o teste de proporcionalidade poderá não vislumbrar que tal perfilamento revela informação sensível. Assim sendo, revela-se novamente a importância da atuação do titular. Com o empoderamento deste sujeito, é provável que este busque formas de impedir o tratamento de dados que permitam a identificação de dados sensíveis de sua privacidade¹⁴³.

¹⁴¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pp. 85-86.

¹⁴² LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2011. Pp. 77-78.

¹⁴³ BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. **Revisiting 'The Governance of Privacy': Contemporary Policy Instruments in Global Perspective**. 2018. Versão revisada será publicada em "*Regulation and Governance*". Pp. 19 e 31.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de normas gerais sobre proteção de dados se mostra de extrema importância para o contexto atual, em que dados pessoais se misturam com conceitos como a privacidade e o desenvolvimento comercial. É possível verificar desenvolvimento semelhante entre as gerações das normas de proteção de dados pessoais, o que culminou em dois modelos paradigmáticos de proteção: o europeu e o americano.

A norma brasileira, promulgada em 2018, se aproxima bastante da legislação europeia no que tange às bases legais que possibilitam a proteção de dados, principalmente no que se refere à previsão do legítimo interesse do controlador como forma de possibilitar o processamento das informações pessoais, desde que haja proporcionalidade entre as consequências do tratamento para o titular dos dados e o legítimo interesse.

Para se certificar de que há tal verificação de proporcionalidade anterior ao próprio tratamento, a legislação brasileira prevê a necessidade da manutenção de um relatório de impactos do processamento em questão, que poderá ser solicitado a qualquer momento pela ANPD, em especial quando o tratamento for realizado a partir da alegação de configuração do legítimo interesse do controlador. Previsões semelhantes existem no regulamento europeu, e, por isso, acredita-se que trabalhos já feitos sobre esse tema na jurisdição europeia auxiliem a compreensão do que deverá ser feito em âmbito nacional.

A partir dessa compreensão, foi possível alcançar uma sintetização da maneira em que poderá ser confeccionado o relatório de impactos de forma bastante conservadora, o que é positivo e traz seguranças tanto para o titular quanto para o controlador dos dados pessoais. Conclui-se que é necessária a previsão de base legal ampla como o legítimo interesse como meio de possibilitar o fluxo de dados em um sistema proibitivo, ao passo que se mostra imprescindível a realização e controle do teste de proporcionalidade para manter a proteção almejada por este modelo.

REFERÊNCIAS

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf>. Acesso em março de 2019.

BENNETT, Colin; e RAAB, Charles D. **Revisiting 'The Governance of Privacy': Contemporary Policy Instruments in Global Perspective.** 2018. Versão revisada será publicada em "Regulation and Governance". Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972086>. Acesso em 10/06/2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** 2 Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DataGuidance by Onetrust; Baptista Luz Advogados. **Comparing privacy laws: GDPR v. LGPD.** 2019. Disponível em: <www.dataguidance.com>. Acesso em maio de 2019.

FERRETTI, Federico. **Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado About Nothing or the Winter of Rights? Common Market Law Review 51.** United Kingdom. 2014. pp. 843-868

INTERNETLAB, Associação Internetlab de Pesquisa em Direito e Tecnologia. **O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil: Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de dados pessoais.** São Paulo. 2016. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/05/relatoria_apl_dados_pessoais_final.pdf>. Acesso em maio de 2019.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2011.

LIMBERGER, Têmis. **Informação em Rede: uma Comparação da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu.** Direito digital: direito privado e internet. 2ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. pp. 253-266.

MAJCHER, Klaudia. **E-Commerce in the EU: Searching for Coherence of Data Protection and Competition Law in the Context of Geo-Blocking.** 24 Colum. J. Eur. L.. 2018. pp. 577-595.

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

MENDES, Laura Schertel; e DONEDA, Danilo. **Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018): o Novo Paradigma da Proteção de Dados no Brasil. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120.** 2018. Pp. 555-587.

_____. **Reflexões Iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120.** 2018. Pp. 469-483.

NAUWELAERTS, Wim. **GDPR - The Perfect Privacy Storm: You can Run from the Regulator, but You Cannot Hide from the Consumer.** 3 Eur. Data Prot. L. Rev. 2017. pp. 251-256.

PATERSON, Moira; MCDONAGH, Maeve. **Data Protection in an Era of Big Data: The Challenges Posed by Big Personal Data.** 44 Monash U. L. Rev. 1. 2018. pp. 1-31.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje.** Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Organização e Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2005.

CAPÍTULO 3

The background is a solid teal color. Overlaid on this is a complex, abstract geometric pattern. It consists of numerous thin, light-colored lines that connect various points. Some of these points are represented by small, solid circles of varying sizes, while others are just dots. The overall effect is that of a network or a molecular structure, with lines forming a series of interconnected polygons and triangles. The pattern is more dense and intricate in the lower half of the page and becomes sparser towards the top.

PROTEÇÃO DE DADOS E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: A INFLUÊNCIA DA MANIPULAÇÃO ALGORÍTMICA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO E O INQUÉRITO 4781 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Bruna Agra de Medeiros¹⁴⁴

José Serafim da Costa Neto¹⁴⁵

Maíra Arcoverde Barreto Pinto¹⁴⁶

RESUMO: Os dados virtuais são uma realidade cada vez mais debatida em todo o planeta. A proteção de dados enquanto direito humano essencial e a análise de uma perspectiva privada de sua influência são palco de debates jurídicos. O presente artigo, no entanto, se atém a uma análise explorada de maneira incipiente: através da utilização dos nossos dados, empresas ao redor do mundo são capazes de manipular o *feed* de notícias dos cidadãos. Em 2016, a afetação dos algoritmos foi evidenciada no caso *Cambridge Analytica*, em que as redes sociais de milhões de pessoas foram manipuladas. No Brasil, foi instaurado o Inquérito 4781 para averiguar a disseminação das chamadas *fake news* com intenção de fraudar a opinião pública na eleição de 2018. É importante discutir juridicamente o impacto da utilização de dados e algoritmos para disseminar *fake news* e mesmo fatos verdadeiros direcionados especificamente, afetando o *feed* de notícias da população que ainda não acessa com amplitude esse debate. O trabalho pretende averiguar a incidência do Direito para coibir a violação de direitos políticos essenciais e a afetação do processo democrático, através de procedimentos metodológicos com escopo em pesquisa de natureza aplicada, com abordagem qualitativa e hipotético-dedutiva, objetivo descritivo em relação à temática tratada.

Palavras-chave: Proteção de dados. Participação política. Manipulação Algorítmica. Democracia.

¹⁴⁴ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre e graduada pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Civil pela FCV. E-mail: brunaagra@gmail.com.

¹⁴⁵ Advogado. Professor da UFRN. Mestrando em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Público (PUC). Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública (FCV). E-mail: costa_netto@gmail.com.

¹⁴⁶ Advogada. Graduada pela UFRN. Pós-graduanda. E-mail: mairaacoverde@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O direito, por se tratar de uma ciência que reflete as transformações e demandas sociais, tem sido afetado na atualidade pela discussão acerca das inovações tecnológicas. Essas, por sua vez, representam uma grande parcela dos debates públicos. Dentre tantas matérias que devem ser essencialmente discutidas, proteção de dados e os seus aspectos jurídicos são centrais. Isso porque a sua afetação possui impacto direto na vida de milhares de indivíduos.

Além dos dados, o conceito de algoritmos tem se difundido. Trata-se de uma derivação da inteligência artificial utilizada nos mais variados contextos da tecnologia. O que se busca compreender no presente artigo é a utilização do instrumento nas redes sociais para afetar as informações que são transmitidas aos cidadãos. O espectro de informações que se encontra, na atualidade, depende de inúmeros aspectos: desde a nossa idade e sexo às nossas últimas pesquisas realizadas em plataformas diversas.

É por meio dos algoritmos que as redes sociais configuram o conteúdo depositado por seus usuários, dependendo do perfil traçado. Normalmente, portanto, o cidadão é alvejado por informações consonantes às suas apetências, estas que, por sua vez, foram identificadas pelos algoritmos. Esse tipo de inteligência artificial atrai grupos econômicos que podem publicizar seus produtos e serviços de forma direcionada. Trata-se, pois, de uma tecnologia interessante às empresas. Em razão disso, muito se debate sobre os nossos dados enquanto direitos fundamentais ou não; mercadorias dotadas de valor ou não.

Apesar de se tratar de uma discussão bastante interessante, o presente trabalho surge a partir de uma curiosidade em aspectos coletivos. Em 2018, veio à tona o caso *Cambridge Analytica*, em que a referida empresa, responsável pela campanha do agora Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, realizou a utilização de dados pessoais de milhares de cidadãos – americanos ou não – da maior holding de redes sociais do mundo, o *Facebook*. Naturalmente, os governos britânico e estadunidense

repercutiram o caso, mas concentraram o embate na violação à privacidade dos indivíduos.

Essa atenção – que não se direcionou ao embate democrático de participação política – também não foi suficiente para prevenir outros países de serem afetados por artimanhas similares. A manipulação do eleitorado, ao que tudo indica, chegou ao Brasil. No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal instaurou o Inquérito 4.781 para investigar a disseminação de notícias fraudulentas na campanha presidencial de 2018.

É essencial ressaltar que o ponto nevrálgico do Inquérito não está apenas na divulgação de informação inverídicas: mas na verificação da existência de esquemas de financiamento através dos quais elas aconteciam. Ressalte-se que o investimento seria necessário para a utilização de robôs e inteligência artificial.

Sobre os fatos constatados no caso *Cambridge Analytica* e as *fake news*, ainda em averiguação da eleição de 2018 no Brasil, depreende-se um aspecto em comum: novas formas de interação têm se apresentado e um novo modo de manipulação política se enxerga sem que seja necessária interferência armada ou fraude nas urnas, por exemplo.

É, portanto, necessário averiguar de que maneira o sistema jurídico tem lidado com as novas tecnologias e a sua incidência em princípios basilares à democracia, como a participação política efetiva.

Os dois fatos narrados até agora são eleições e, por isso, a representação máxima da participação política de um grupo social. Entretanto, a democracia se faz de maneira cotidiana em atos muito mais singelos e a sua violação representa irrefutável ameaça à ordem constitucional. Faz-se imperiosa a compreensão de que o planeta muda, fervilham novas tecnologias, e os métodos de afetação do debate público e disseminação de inverdade ou discursos odiosos não precisam mais ser os mesmos de outrora.

1. COMO OS ALGORITMOS FAZEM USO DE DADOS PESSOAIS

Os algoritmos são uma ciência anterior à existência da computação e da internet. Surgiu na Grécia, como um conceito matemático secular. Em síntese: é o estabelecimento de passos para o cumprimento de determinada tarefa, o que se aplica na matemática, mas em áreas outras da ciência, como a computação. Para esta, o conceito foi formalizado por Alan Turing e Alonzo Church, segundo os quais: "Um algoritmo é um conjunto não ambíguo e ordenado de passos executáveis que definem um processo finito"¹⁴⁷.

A título de exemplificação simplória teríamos, por exemplo, a execução de uma receita de bolo. Mas, evidentemente, uma "série de instruções" tem maior alcance através da sistematização derivada da internet e, pelo exposto, os algoritmos passaram a ser utilizados no último século para desenvolver questões virtuais partindo dos dados empreendidos para sua estruturação.

São diversas as formas de utilizar os algoritmos virtuais na atualidade e eles se fazem presentes no nosso cotidiano de maneira mais comum do que sequer refletimos sobre. Para a finalidade do presente estudo, entretanto, a tecnologia algorítmica funciona do seguinte modo: as redes sociais são nutridas com os dados de seus usuários – partindo, na maior parte das vezes, de uma aceitação tácita; *a posteriori*, os algoritmos acessam outras informações que os usuários normalmente não sabem que estão sendo disponibilizados, como histórico de busca e rede de amigos. Através do acesso a esse conglomerado de dados, o algoritmo estabelece um perfil para cada usuário.

Depois de tracejar perfis, os algoritmos reconhecem as suas preferências. Torna-se possível identificar determinadas premissas sobre um usuário e, por conseguinte, direcionar os conteúdos que lhe sejam mais interessantes e – o que foi um dos pontos mais preocupantes do caso *Cambridge Analytica* –

¹⁴⁷ PARAÍBA. UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA. **Algoritmos**. Disponível em: <<http://producao.virtual.ufpb.br/books/camyle/introducao-a-computacaolivro/livro/livro.chunked/ch05s01>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

evitar que se acesse no feed de notícias, as informações que lhe desagradariam.

Cotidianamente, as pessoas chegam a se assustar com a capacidade dos celulares identificarem algumas curiosidades e desejos que verbalizamos ou pesquisamos em uma rede social distinta daquela que nos oferece, por exemplo, um produto. Reconhece-se a infinidade de questões sociais e jurídicas que podem ser enfrentadas nesse simples fato: desde a legitimidade desse tipo de publicidade à proteção dos dados individuais.

Esse mecanismo é utilizado em redes como *Instagram*, *Facebook* e *Twitter*, em que o *feed* de cada usuário se delimita a partir da construção de perfil realizada pelos algoritmos. As pesquisas, curtidas e comentários são a produção de dados alimentadora do sistema de inteligência artificial.

O sistema de manipulação informacional também tem sido empreendido com a finalidade de filtrar o acesso a informações relevantes em âmbito político. No Brasil, segundo a pesquisa nacional Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade na internet, realizada pelo *DataSenado*¹⁴⁸, mais de 80% dos brasileiros acreditam que as redes sociais influenciam muito a opinião das pessoas.

Ainda nessa pesquisa, foi possível identificar que 79% dos entrevistados utilizam o *Whatsapp* como fonte de informação e 49% o fazem pelo *Youtube*. Isso demonstra a afetação que os meios sociais de informação possuem na realidade brasileira.

No que diz respeito à veiculação de notícias inverídicas, os dados são alarmantes: 83% dos brasileiros já identificaram o recebimento de uma notícia inverídica. Depreende-se do exposto que a internet tem sido o principal espaço para as discussões da atualidade, inclusive as políticas. É importante compreender a relevância de um processo democratizante de informações – mas essa ideia não pode vir apartada de uma consciência sobre

¹⁴⁸ BRASIL. DATA SENADO. **Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade de Dados na Internet**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacao/datasenado?id=mais-de-80-dos-brasileiros-acreditam-que-redes-sociais-influenciam-muito-a-opinio-das-pessoas>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

o impacto da internet no processo de participação política, que acontece dentro e fora do período eleitoral.

2. A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E SUA INFLUÊNCIA NA DEMOCRACIA

A democracia enquanto pressuposto constitucional do Estado brasileiro, exige uma participação política de seus cidadãos. Entretanto, a participação não pode acontecer de maneira afetada por informações manipuladas, ou a opinião do indivíduo estaria maculada. O processo democrático deve ser horizontal e, para isso, a igualdade máxima entre os indivíduos precisa ser preservada.

Para isso, é importante compreender a efetiva participação política partindo de uma educação política inclusiva e emancipadora, desenhando uma esfera pública – na perspectiva apresentada por Jürgen Habermas – comprometida com a atividade do Estado. Esse autor valoriza a ideia de liberdade comunicativa dos indivíduos que, em conjunto, constituem o poder. De acordo com o exposto, leciona:

O conceito de autonomia política, apoiado numa teoria do discurso, abre uma perspectiva completamente diferente, ao esclarecer por que a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos. Tal esclarecimento coloca a legislação na dependência do poder comunicativo, o qual, segundo Hannah Arendt, ninguém pode 'possuir' verdadeiramente: "O poder surge entre os homens quando agem em conjunto, desaparecendo tão logo eles se espalham"¹⁴⁹.

A soberania popular é o poder fundante do Estado Democrático e, por conseguinte, se alicerça justamente na característica humana da comunicabilidade. Vejamos que o indivíduo em

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

isolamento não consegue promover o poder que emana de si, porque ele só o alcança no contexto da coletividade. É necessário, então, o agir comunicativo para que o amálgama democrático se torne imperativo. Para isso, é preciso que o cidadão seja dotado de liberdade comunicativa, mas, sobretudo, da compreensão política acerca de sua própria função em coletividade.

Sendo a compreensão mitigada, através da veiculação de notícias inverídicas ou da manipulação do acesso informacional, o processo político fica viciado. Evidentemente, a internet e as redes sociais têm significativa relevância ao, como já exposto, dar suporte à democratização do espaço comunicativo. Entretanto, a utilização de dados por entidades políticas com finalidade de adulteração algorítmica de informações esbarra no amálgama da democracia: compreensão, participação e soberania.

Nessa perspectiva, apesar de o poder comunicativo ser ideário para uma democracia efetiva, são essenciais os pressupostos para alcançar o referido poder. Para Habermas são a liberdade comunicativa e a autodeterminação dos cidadãos de forma institucionalizada.

Nos deparamos com um país cuja participação popular é incipiente pela educação política frágil, o que conseqüentemente tem apresentado um sistema deformado de democracia. Por essa mesma razão, a afetação dos *feeds* de notícias e a manipulação de dados com finalidade política implica em um processo ainda mais grave de deformação da compreensão cidadã acerca da sociedade em que o indivíduo está inserido.

3. O CASO CAMBRIDGE ANALYTICA E O PANORAMA DO INQUÉRITO 4781

O caso *Cambridge Analytica*¹⁵⁰ é o primeiro e mais famoso caso de compra e venda de dados pessoais com a finalidade de manipulação política. A referida empresa britânica, a partir da qual o nome ao caso foi estabelecido, fora contratada pelo empresário

¹⁵⁰ Empresa britânica de análise de dados.

Donald Trump, então candidato à presidência da República dos Estados Unidos, para realizar sua campanha virtual. Faz-se necessário frisar que a empresa era especializada propriamente na análise de dados.

Os jornais *The New York Times* e *The Guardian* denunciaram, em 2018, que o *Facebook*¹⁵¹ vendeu os dados de seus usuários para a utilização da *Cambridge Analytica*. Esta, por sua vez, manipulou uma série de informações acessadas pelos usuários da rede.

Trata-se, ainda, da mesma empresa que assessorou a publicidade virtual do *Brexit*¹⁵², demonstrando que a análise de dados com finalidades políticas não estava acontecendo só nos Estados Unidos e que se trata de uma onda de afetação informativa, motivo pelo qual o Brasil pode já ser alvo desse novo método.

Constatou-se, durante as investigações, que o trabalho da empresa começou em 2014, a partir da criação de um “quiz”¹⁵³ virtual. Ao responderem, os usuários do Facebook transferiam todas as informações de seus dados e das suas conexões na rede social. Dessa forma, os dados foram coletados não apenas na primeira amostragem de usuários, mas em um número muito mais amplo decorrente das conexões. A empresa, portanto, analisava diversos detalhes dos perfis, desde o nome à religião, gostos e hábitos.

Aproximadamente 270.000 (duzentos e setenta mil) pessoas fizeram o teste de personalidade e o número de perfis acessados alcançou a casa decimal dos 50.000.000 (cinquenta milhões). Nesse ponto, as informações obtidas pela *Cambridge Analytica* foram utilizadas para catalogar os indivíduos de acordo com suas vivências e preferências.

Em 2019, foi ao ar pela *Netflix* o documentário *Privacidade Hackeada*¹⁵⁴. Nele, a ex-diretora de desenvolvimento da *Cambridge*

¹⁵¹ Rede Social.

¹⁵² Processo de saída do Reino Unido da União Europeia.

¹⁵³ Jogo virtual de perguntas e respostas.

¹⁵⁴ PRIVACIDADE Hackeada. Direção de Karim Amer. New York: Netflix, 2019.

Analytica, Brittany, Kaiser, expõe partes substanciais do seu depoimento às autoridades estadunidenses. Foi a partir dele que a as investigações conseguiram evoluir significativamente.

De acordo com ela, pelos perfis traçados, a empresa identificava os indivíduos que ainda poderiam ser persuadidos e os bombardeava com informações personalizadas, através de vídeos, anúncios, blogs e plataformas das mais distintas. Restando claro, portanto, a absoluta condição da empresa de manipular e afetar as informações acessadas pelo então eleitor.

O cerne da discussão, à época, ficou bastante restrita à utilização dos dados e, mesmo tendo acontecido o debate sobre a influência eleitoral, as análises contundentes sobre a participação política findaram sendo desconsideradas.

Evidentemente, o processo eleitoral está intimamente relacionado com a democracia. Por essa razão, a manipulação do eleitorado por meio das redes sociais tem sido denunciada em diversos países, dentre os quais estão nações de dimensões territoriais, como o Brasil e os Estados Unidos.

Para adentrar a discussão no Brasil, é importante apontar no Inquérito 4781¹⁵⁵, instaurado em 14 de março de 2019 pelo Supremo Tribunal Federal. O objeto do inquérito é:

a investigação de notícias fraudulentas (*fake news*¹⁵⁶), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal (STF), de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito Civil nº 4781. **Portal do STF**. Brasília, 2019.

¹⁵⁶ Tradução livre: Notícias falsas.

ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito¹⁵⁷.

O que se depreende na análise dos laudos e provas periciais, segundo o relator, o Ministro Alexandre de Moraes, é o indicativo de que também houve o financiamento, no Brasil, para a afetação informativa dos indivíduos.

Ainda em sede de inquérito, cujos documentos são majoritariamente sigilosos, não é possível apresentar respostas ou conclusões precisas sobre forma e método da manipulação de dados no país. Entretanto, é fato que existe uma onda cada vez mais forte de notícias fraudulentas que afetam o Brasil e confundem o acervo informacional do cidadão.

Caso não seja confirmado o financiamento de determinados grupos para esse processo manipulativo, a afetação do processo de conhecimento já é uma agressão ao direito de participação política efetiva. Entretanto, caso haja confirmação da veiculação de notícias inverídicas de maneira orquestrada e financiada, a finalidade de enfraquecimento do Supremo Tribunal Federal mediante a opinião pública colidirá com a democracia de maneira agressiva: não só pela violência à participação política, mas à tutela dos poderes.

4. A VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A AFETAÇÃO DO PROCESSO POLÍTICO

O processo de manipulação de conteúdos afeta, comprovadamente, a forma como a esfera pública – nos termos de Habermas – percebe um processo político. O que outrora acontecia nas vias da censura, compra de votos, etc., passa a ser aplicado em uma utilização do poder econômico para violar o acesso ao conhecimento efetivo.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão no Inquérito Civil nº 4781. **Portal do STF**. Brasília, 2020.

Sob essa perspectiva, o professor Carlos Espósito¹⁵⁸ escreve sobre a possibilidade de novas formas virtuais de interferência. Por ser um professor cuja pesquisa se direciona ao direito internacional, o autor identifica essa possibilidade entre países, mas acaba adaptando o uso da força a uma nova realidade em que a afetação do Estado pode vir pelas vias cibernéticas:

Invasividade refere-se ao grau em que as operações cibernéticas se intrometem no Estado-alvo ou nos seus sistemas cibernéticos, contrariando os interesses desse Estado. Como regra geral, quanto mais seguro for um sistema cibernético direcionado, maior a preocupação quanto à sua penetração. Por exemplo, a intrusão em um sistema militar que tenha sido credenciado no Evaluation Assurance Level 7 (EAL7) dos Common Criteria é mais invasivo do que a exploração de vulnerabilidades de um sistema não credenciado e abertamente acessível em uma universidade civil ou pequena empresa. Além disso, quanto mais os efeitos pretendidos de uma operação cibernética forem limitados a um Estado específico, maior será a invasão percebida dessa operação (tradução livre)¹⁵⁹.

O que se percebe é que o especialista em direito internacional e tecnologia explica a incidência da lesividade dos ataques cibernéticos, conceituando-os como uma forma de violação ao Estado. No referido recorte, o professor se refere, especialmente, aos casos em que os sistemas internos do governo são invadidos por outro Estado. Aplica-se, por analogia, a percepção da *invasividade* às circunstâncias de manipulação de dados, haja vista a possibilidade de nos depararmos com uma interferência cuja afetação possa variar desde o conhecimento do indivíduo,

¹⁵⁸ ESPÓSITO, Carlos. The use of force. In: UNIVERSITY, Cambridge. **International Peace and Security**. Cambridge: Cambridge Core, 2015. p. 328-355.

¹⁵⁹ No original: "Invasiveness refers to the degree to which cyber operations intrude into the target State or its cyber systems contrary to the interests of that State. As a rule, the more secure a targeted cyber system, the greater the concern as to its penetration. For example, intrusion into a military system that has been accredited at Evaluation Assurance Level 7 (EAL7) of the Common Criteria is more invasive than merely exploiting vulnerabilities of an openly accessible non-accredited system at a civilian university or small business. Additionally, the more the intended effects of a cyber operation are limited to a particular State, the greater the perceived invasiveness of that operation".

necessário à participação política, até a sustentação de um Poder na opinião pública – como no Inquérito 4781 – e eleição de um Chefe de Estado – como nos Estados Unidos.

Portanto, de maneira análoga ao que Espósito suscita, a manipulação de dados, embora não seja um ataque direto a determinado sistema virtual do governo, pode afetar uma instituição estatal, tratando-se de ameaça democrática. É possível identificar a manipulação de dados virtuais como situação análoga haja vista o que defende o professor Carlos Espósito na seguinte análise:

Os especialistas consideraram que o foco na escala e nos efeitos é uma abordagem igualmente útil ao distinguir atos que se qualificam como usos da força daqueles que não o fazem. Em outras palavras, “escala e efeitos” é um termo abreviado que captura os fatores quantitativos e qualitativos a serem analisados para determinar se uma operação cibernética equivale ao uso de força. Os especialistas concordaram que não há base para excluir operações cibernéticas do âmbito de ações que possam constituir um uso de força se a escala e os efeitos da operação em questão forem comparáveis aos de operações não cibernéticas que se qualificariam como tais (tradução livre)¹⁶⁰.

A escala e os efeitos da operação cibernética são os parâmetros para considerar se a situação é análoga ao empreendimento de força em nível transnacional. Desse modo, se há uma repercussão verdadeira e palpável, não há razão para dissociar as novas formas de interferência democrática ao que se considerou historicamente.

Por conseguinte, alcançamos uma nova concepção de espaço em que o Estado passa a se constituir. É essencial se preocupar,

¹⁶⁰ No original: “The Experts found the focus on scale and effects to be an equally useful approach when distinguishing acts that qualify as uses of force from those that do not. In other words, ‘scale and effects’ is a shorthand term that captures the quantitative and qualitative factors to be analysed in determining whether a cyber operation amounts to a use of force. The Experts agreed that there is no basis for excluding cyber operations from within the scope of actions that may constitute a use of force if the scale and effects of the operation in question are comparable to those of non-cyber operations that would qualify as such”.

na atualidade, com os sistemas estatais, porque eles passam a ser um prolongamento da esfera de poder.

As redes sociais, apesar de não serem espaço de atuação do Estado, geram a afetação estatal e não podem ser manipuladas com a finalidade de macular processos políticos ou sistemas democráticos de governo.

A Democracia é sustentáculo de Estado no sentido do que o direito internacional estabelece para a concretude de seus objetivos. Partindo desse pressuposto, James Crawford¹⁶¹, o ex-juiz da Corte Internacional de Justiça, leciona sobre tal:

Também devemos estar cientes de que, quaisquer que sejam os impedimentos às democratizações no nível internacional, o direito internacional tem influência significativa em como a democracia é concebida. O Artigo 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) dá a todos os cidadãos “o direito e a oportunidade de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou através de representantes livremente escolhidos” e votar e ser eleitos em periódicos e genuínas eleições (tradução livre)¹⁶².

De acordo com o autor, o direito dos indivíduos se posicionarem num processo eleitoral democrático tem alicerce no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, matéria-prima dos direitos do cidadão para todos o globo. Faz-se imperioso destacar a dimensão material do direito em sua essência, visto que na manipulação de dados para fins políticos o que se cerceia não é o direito a votar, mas a amplitude da percepção política desse ato.

¹⁶¹ CRAWFORD, James. **Chance, order, change: The Course of International Law: General Course on Public International Law.** The Hague: The Hague Academy Of International Law, 2014.

¹⁶² No original: We should also be aware that, whatever the impediments to democratizations at the international level, international law does have significant bearing on how democracy is conceived. Article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) gives every citizen “the right and opportunity... to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives” and “to vote and be elected at genuine periodic elections.”

O autor explica – em consonância com o que se tem defendido por todo o trabalho – que a Democracia está relacionada ao exercício da vida pública em sua completude, sendo o processo de participação política mais complexo do que o pleito eleitoral:

Lido junto com o PIDCP como um todo, isso não é simplesmente uma noção majoritária ou mesmo representativa da democracia. Reflete a ideia de que cada indivíduo - seja na maioria ou não - tem certos direitos fundamentais, incluindo o direito de participar na vida pública, e que a autoridade de um governo eleito pela maioria é a consequência do exercício desses direitos (tradução livre)¹⁶³.

Sob esse prisma, a manipulação informacional mitiga o direito à cidadania e à democracia, sem os quais um Estado Democrático está eivado de vícios. Em mais uma análise do princípio democrático como substrato da ordem jurídica e uma necessária atualização do sistema jurídico, o Juiz da Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁶⁴ aplica a seguinte doutrina:

De fato, no início do século XXI, podemos testemunhar, mais do que uma época de transformações, uma transformação de época. Este último foi marcado por uma profunda contradição, como a que existe entre, por um lado, o considerável desenvolvimento das comunicações e, por outro lado, as crescentes - se não alarmantes - disparidades socioeconômicas entre países e no interior do país. estes últimos (entre os segmentos da população), bem como a eclosão de conflitos internos violentos em várias partes do mundo (tradução livre)¹⁶⁵.

¹⁶³ No original: Read together with the ICCPR as a whole, this is not simply a majoritarian or even a representative notion of democracy. It reflects the idea that every individual – whether in the majority or not – has certain fundamental rights, including a right to participate in public life, and that the authority of a Government elected by the majority is the consequence of the exercise of those rights.

¹⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **International Law for Humankind: Towards a new Jus Gentium**. The Hague: The Hague Academy Of International Law, 2012.

¹⁶⁵ No original: In fact, at the beginning of the XX1st century we can witness, more than an epoch of transformations, a transformation of epoch. This latter has been marked by profound contradiction, such as that between, on the one hand, the considerable development

O século XXI, segundo o autor, pode ser visto como uma transformação de época. A mutação em razão das comunicações é profunda, mas ainda assim estamos em alta disparidade entre os países, por exemplo. Depreende-se do trecho em questão, portanto, que as mudanças dos novos tempos são de proporção magnânima, mas não superam problemáticas do passado que se mantém até hoje.

Pelo exposto, o direito não pode se distanciar da realidade. A compra e venda de dados e a aplicação algorítmica capaz de rearranjar informações ao alcance do indivíduo é uma nova forma de conservar os meios de afetação dos processos políticos que a história já nos mostrou pelo poderio econômico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de transformação social derivado da tecnologia desagua também nas novas formas de poder e influência. A interferência em um processo político e/ou eleitoral é facilitada pelas vias de comunicação social, mas ainda requer o empreendimento dos poderes político e econômico para tal.

O caso *Cambridge Analytica* é o paradigma a partir do qual foi possível demonstrar o grau de afetação ao sistema político que pode derivar da manipulação de informações por meio dos dados nas redes sociais. Surge a necessidade de identificar, em âmbito jurídico, as implicações de um novo contexto de força e espaços de incidência do Estado a partir das circunstâncias cibernéticas.

Como se depreende do presente trabalho, o Brasil não está distante da realidade de interferência política. O Direito e a Ciência Política precisam acompanhar as transformações sociais que, nesse século, são moldadas principalmente pelo avanço da tecnologia. É impossível imaginar um projeto de Estado Democrático desconsiderando que todo o globo caminha para novas formas de participação política.

in communications, and, on the other hand, the growing – if not alarming – socio-economic disparities between countries and at the interior of these latter (among segments of the population) as well as the outbreak of violent internal conflicts in various parts of the world.

Partindo desse pressuposto, as informações acessadas precisam ser preservadas para uma compreensão política verossímil. A manipulação dos dados, estes que, por sua vez, já são considerados direitos humanos individuais, para identificar perfis e fraudar o acesso informativo é um novo método de violação a uma democracia lúdima.

A fraude de urnas, por exemplo, não é mais uma notícia com a qual o Estado Brasileiro precisa se defrontar. Entretanto, os métodos de afetação se atualizam com o país e seus cidadãos.

Sob esse prisma, tem-se a aplicação dos conceitos estabelecidos pelo professor Carlos Espósito no que diz respeito à analogia referente ao uso da força. Deve ser realizada uma análise da proporção da operação, bem como dos seus efeitos para reconhecer se houve afetação do processo político. Isto porque se deve proteger a democracia partindo de uma nova perspectiva de "*invasividade*".

O processo de invasão no espaço soberano de um Estado não mais se atrela ao território físico. Nesse prisma, o avanço tecnológico não pode servir de pretexto para a manipulação informacional com a finalidade de prejudicar e deslegitimar processos políticos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. DATA SENADO. **Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade de Dados na Internet**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=mais-de-80-dos-brasileiros-acreditam-que-redes-sociais-influenciam-muito-a-opinio-das-pessoas>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão no Inquérito Civil nº 4781. **Portal do STF**. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito Civil nº 4781. **Portal do STF**. Brasília, 2019

CRAWFORD, James. **Chance, order, change: The Course of International Law**: General Course on Public International Law. The Hague: The Hague Academy Of International Law, 2014.

ESPÓSITO, Carlos. The use of force. In: UNIVERSITY, Cambridge. **International Peace and Security**. Cambridge: Cambridge Core, 2015. p. 328-355.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **International Law for Humankind**: Towards a new Jus Gentium. The Hague: The Hague Academy Of International Law, 2012.

CAPÍTULO 4

The background of the page is a solid teal color. Overlaid on this is a complex, abstract geometric pattern. It consists of numerous thin, light-colored lines that connect various points, creating a network of irregular polygons. Some of these points are highlighted with small, semi-transparent circles of varying sizes. The overall effect is that of a digital or network structure, possibly representing a data visualization or a conceptual framework. The pattern is more dense and detailed in the lower half of the page, fading slightly towards the top.

CONFIGURAÇÃO DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E ABUSIVIDADE DA PRÁTICA DE SUBSTITUIÇÃO OBRIGATÓRIA DE SMARTPHONES

Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa¹⁶⁶

Fabrcio Germano Alves¹⁶⁷

RESUMO: No início do Século XXI houve uma aceleração do desenvolvimento da tecnologia e conseqüentemente de uma vasta gama de produtos disponibilizados no mercado de consumo, dentre os quais se destacam os *smartphones*. Porém, tão rápida quanto o surgimento de novos modelos é a sua obsolescência. O progresso científico e o melhoramento dos produtos são processos comuns e que devem ser fomentados, o problema reside no fato de que, muitas vezes, no intuito de consolidar os novos produtos alguns fornecedores programam propositalmente um desempenho insuficiente nos modelos que já se encontram no mercado, tornando-os obsoletos. Tem-se como objetivo demonstrar quais são contornos jurídicos que norteiam o desenvolvimento da obsolescência programada no mercado de consumo, tomando como base as disposições que dizem respeito tanto ao Direito das Relações de Consumo quanto ao Direito Concorrencial, pois trata-se de uma prática capaz de ofender a um só tempo os consumidores e os demais fornecedores. Adota-se como procedimentos metodológicos a investigação de natureza aplicada, com objetivo descritivo e abordagem qualitativa, a partir de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que embora a obsolescência programada não esteja especificamente tipificada na legislação protetiva do consumidor, nos casos em que a substituição dos *smartphones* tornar-se obrigatória em razão de falhas técnicas previamente planejadas, considera-se configurada prática abusiva com fundamento no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, que causa danos

¹⁶⁶ Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Aluno de iniciação científica do projeto intitulado “Proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico (marketplace)”. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: pedro.damatta@outlook.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8307765062275242>.

¹⁶⁷ Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP). Especialista em Direito Eletrônico (Estácio). Especialista em Docência no Ensino Superior (FMU). Mestre em Direito (UFRN). Mestre e Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: fabriciodireito@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4247505371266682>.

tanto aos consumidores (diretamente) quanto aos demais fornecedores (indiretamente).

Palavras-chave: Abusividade. Concorrência. Consumidor. Obsolescência programada.

INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico tornou-se um dos traços mais marcantes do mercado de consumo no início do século XXI. O grande aumento na diversidade de produtos que são disponibilizados no mercado de consumo pelos fornecedores veio acompanhado de produtos com prazo de vida útil cada vez mais exíguo. Por diversos fatores, a substituição de muitos dos bens adquiridos torna-se praticamente obrigatória para que se continue tendo o mesmo desempenho. Esse é o caso que ocorre com os *smartphones*.

Quando isso ocorre, com a comercialização dos novos produtos que surgem no mercado, os fornecedores aumentam os seus lucros e os consumidores suas despesas. Em muitos casos isso ocorre devido a uma conduta dos fornecedores no sentido de programar propositalmente a obsolescência dos produtos para que os consumidores sejam forçados a adquirir as novas versões. E isso parece estar ocorrendo em um ritmo cada vez mais frequente.

Com a velocidade de alteração das práticas de mercado e o desenvolvimento cada vez mais célere de novos produtos os fornecedores precisam se reinventar para continuarem suas atividades de maneira satisfatória. No entanto, não se pode ultrapassar os limites da legalidade e se utilizar de práticas danosas aos consumidores, como é a da obsolescência programada.

Os *smartphones*, especificamente, estão sendo cada vez mais utilizados para diferentes tarefas do dia a dia dos consumidores, tornando-se verdadeiros produtos essenciais para a realização de muitas atividades na vida contemporânea (v.g. realizar transações bancárias, utilizar serviços transporte, efetuar compras etc.). Por isso se torna tão relevante o estudo das consequências

de se programar a obsolescência dessa categoria de produtos, fazendo com que os consumidores tenham que substituí-los obrigatoriamente por novos modelos.

Objetiva-se no presente texto demonstrar como deve ser apurada a responsabilidade civil dos fornecedores que se utilizam da prática de obsolescência programada nos produtos que disponibilizam no mercado de consumo, especialmente os *smartphones*. Para tanto, será analisado o desequilíbrio causado pela referida prática sob a perspectiva do Direito das Relações de Consumo e também do Direito Concorrencial, que afeta o desenvolvimento igualitário no mercado.

Como procedimentos metodológicos para o desenvolvimento do presente texto são adotados pesquisa de natureza aplicada (voltada para a prática), com objetivo descritivo e abordagem qualitativa sobre a regulamentação que atualmente existe no microsistema consumerista a respeito das práticas abusivas que pode ser aplicada à obsolescência programada. Utiliza-se também das técnicas de coleta de informações a partir da base doutrinária e/ou leitura documental, bem como da leitura informativa por seleção, de forma interpretativa¹⁶⁸.

O presente texto encontra-se estruturado em três partes principais. A primeira apresenta uma abordagem conceitual a respeito da relação jurídica de consumo (a partir de seus elementos) e da obsolescência programada, estabelecendo as bases da discussão. A partir da apresentação dos fundamentos da abusividade nas relações de consumo em geral, a segunda parte trata da responsabilização civil dos fornecedores em decorrência da obsolescência programada como prática abusiva. A terceira parte relaciona a livre concorrência e o desenvolvimento igualitário dentro do mercado de consumo com a obsolescência programada.

¹⁶⁸ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 86-88.

1. RELAÇÃO DE CONSUMO E OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

O presente aborda os conceitos da relação jurídica de consumo e da obsolescência programada, que são de fundamental importância para a discussão sobre a abusividade que existe na prática da substituição obrigatória dos *smartphones*.

1.1 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A legislação brasileira que compõe o microsistema consumerista não apresenta uma definição completa a respeito do que se considera relação jurídica de consumo. Não consta tal definição no Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁹ ou mesmo em qualquer outra legislação que trate do assunto. Deste modo, o critério utilizado para a identificação de uma relação dessa natureza na prática é a análise de seus elementos constitutivos¹⁷⁰: subjetivos, objetivos e causal ou finalístico.

O conceito de consumidor para fins de aplicação da normatização consumerista é formado a partir da conjugação das quatro definições instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo uma direta (*stricto sensu*) e mais três indiretas ou por equiparação (*lato sensu*).

Considera-se consumidor direto, também chamado *standard*, "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (artigo 2º, *caput*, CDC). A finalidade do consumo é a satisfação das necessidades da pessoa e dos seus familiares¹⁷¹. Assim, a qualificação como destinatário final daquele que adquire ou utiliza os produtos e serviços¹⁷² é

¹⁶⁹ BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 1 abr. 2020.

¹⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 105.

¹⁷¹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 55.

¹⁷² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 122.

norteada por três teorias: maximalista¹⁷³, finalista¹⁷⁴ e finalista atenuada¹⁷⁵.

Considerando que atualmente o consumo constitui uma das facetas da vida em sociedade, pode-se dizer que em algum momento das relações sociais todas as pessoas são consideradas consumidoras¹⁷⁶.

As possibilidades de configuração da relação de consumo por equiparação ou de forma indireta que foram instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor são as seguintes: a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (artigo 2º, parágrafo único, CDC), as vítimas dos acidentes de consumo – *bystanders* – (artigo 17, CDC); e todas as pessoas que são expostas a práticas comerciais, tais como a oferta, publicidade, cobrança de dívidas, cadastros em bancos de dados etc. (artigo 29, CDC)¹⁷⁷.

O fornecedor é caracterizado como elemento subjetivo da relação jurídica de consumo em razão da atividade econômica que desenvolve¹⁷⁸ (v.g. “produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (artigo 3º, *caput*, CDC).

Para ser considerado como fornecedor para fins de aplicação da normatização consumerista é indiferente o fato de se tratar de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira. De acordo com o artigo 3º, *caput* do Código de defesa do Consumidor, podem ser considerados fornecedores até mesmo os entes despersonalizados.

¹⁷³ PAIVA, Clarissa Teixeira. O que caracteriza uma relação de consumo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4401, 20 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34128>. Acesso em: 29 mar. 2020.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **acórdão n.1188548, 07104893320178070020**. Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, DJ 25/07/2019. DP 02/08/2019. Acesso em: 1 mai. 2020.

¹⁷⁶ LARA GONZÁLEZ, Rafael; ECHAIDE IZQUIERDO, Juan Miguel. **Consumo y derecho**: elementos jurídico-privados de derecho del consumo. Madrid: Esic, 2006, p. 39.

¹⁷⁷ BENJAMIN, Antônio; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

¹⁷⁸ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. **Derecho de consumo**: protección legal del consumidor. Madrid: El Derecho, 2011, p. 42.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu no sentido de que a caracterização da figura do fornecedor no contexto de uma relação jurídica de consumo fundamenta-se apenas em critérios objetivos, a exemplo do desempenho de determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração¹⁷⁹, desde que seja com habitualidade (não eventual) e formalismo.

No Código de Defesa do Consumidor, o produto é definido como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (artigo 3º, §1º, CDC). Deste modo, engloba tanto os bens consumíveis quanto os inconsumíveis, independentemente de ser pelo consumo absoluto ou relativo¹⁸⁰. A referida definição apresentada pelo Código, permite considerar como produto (objeto de uma relação de consumo), em termos gerais, tudo aquilo que pode ser utilizado ou adquirido para satisfazer necessidades¹⁸¹.

Já o serviço, foi definido pelo Código de Defesa do Consumidor como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, excetuando-se somente as atividades de caráter trabalhista (artigo 3º, §2º, CDC). Frise-se que a remuneração é elemento imprescindível para a caracterização do serviço com objeto de uma relação de consumo¹⁸².

Em vista do exposto, verifica-se que a relação jurídica de consumo se completa com a conjugação de seus elementos subjetivos (consumidor e fornecedor)¹⁸³, objetivos (produtos ou serviços) e causal ou finalístico (destinação final em relação ao objeto adquirido ou utilizado pelo consumidor).

¹⁷⁹ STJ. **Resp. nº 519.310/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 20/04/2004. DP 24/05/2004. Acesso em: 5 mar. 2020.

¹⁸⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 440.

¹⁸¹ LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 6.

¹⁸² STJ. **Resp. nº 493.181/SP**. Rel. Min. Denise Arruda. DJ 15/12/2005. DP 01/02/2006. Acesso em: 1 abr. 2020.

¹⁸³ GARCIA, Leonardo Medeiros de. **Direito do consumidor**: Lei nº 8.078/1990. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 188.

1.2 OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

A expressão “obsolescência programada” pode ser compreendida a partir da análise etimológica e literal de seus termos. “Obsoleto” diz respeito a tudo aquilo que entrou em desuso, ao passo que “programar” consiste em fazer um planejamento de algo¹⁸⁴. Assim, obsolescência programada pode ser entendida como uma forma de planejamento para tornar alguma coisa (v.g. um *smartphone*) obsoleta. No mercado de consumo isso é feito com a intenção de impingir no consumidor uma necessidade de substituir um produto de maneira prematura.

A publicidade e o crédito exercem grande influência na sociedade de consumo, principalmente no sentido de despertar desejos nos consumidores e fornecer-lhes as condições para a satisfação desses desejos, muitas vezes por meio da compra fomentada pela obsolescência acelerada ou programada dos produtos, renovando as necessidades em um movimento cíclico¹⁸⁵.

A brevidade da vida útil dos produtos já faz parte das estratégias de marketing e é incluída no cálculo dos lucros. Essa característica tende a ser preconcebida, prescrita e incutida no comportamento dos consumidores por meio de uma torrente de novas ofertas que muitas vezes até difamam as antigas¹⁸⁶. De tal forma, a obsolescência programada é empregada como uma estratégia dos fabricantes no intuito de reduzir a vida útil dos produtos a fim de estimular a aquisição de novos.

Existem três hipóteses nas quais um produto pode vir a ser considerado obsoleto. A primeira é a obsolescência de *função*, que ocorre quando surge no mercado um produto que é capaz de desempenhar uma determinada função de maneira superior ao modo que a mesma função é desempenhada por um produto semelhante já existente (v.g. um *smartphone* com uma maior velocidade de acesso à internet). A segunda é a obsolescência

¹⁸⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**: dicionário da língua portuguesa. Paraná: Positivo, 2010, p. 45-46.

¹⁸⁵ LATOUCHE, Serge. **O pequeno tratado do decrescimento sereno**. Lisboa: Edições, 2012, p. 30.

¹⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 31.

de *qualidade*, que se verifica quando um produto é desenhado já com a finalidade de não funcionar ou se desgastar em um lapso temporal menor que do o que é considerado normal para a categoria. A terceira é a obsolescência de desejabilidade, que se observa quando os consumidores são induzidos – geralmente pela publicidade – a desejar novos produtos que possuem melhores funcionalidades do que os modelos anteriores já disponíveis no mercado (v.g. a melhoria da câmera dos smartphones que acompanha cada novo modelo lançado)¹⁸⁷.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu que desde a década de 1920 tem-se discutido a respeito da obsolescência programada como um mecanismo de redução da durabilidade dos produtos ou do ciclo de vida de seus componentes no intuito de forçar a compra prematura de produtos novos¹⁸⁸.

2. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Para tratar sobre a responsabilização civil do fornecedor pela obsolescência programada na perspectiva das práticas abusivas é imperioso antes apresentar os fundamentos que são utilizados para se definir ou identificar a abusividade em geral nas relações de consumo.

2.1 FUNDAMENTOS DA ABUSIVIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A “defesa do consumidor” foi duplamente contemplada com destaque na Constituição Federal¹⁸⁹. Foi consagrada no rol dos direitos fundamentais (artigo 5º, inciso XXXII) e também como um dos princípios norteadores da ordem econômica (artigo 170, inciso V). Com isso, surge para o Estado a obrigação de atuar para concretizar diretamente ou criar instrumentos que permitam

¹⁸⁷ PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965, 311.

¹⁸⁸ STJ. **Recurso Especial nº 984.106-SC (2007/0207915-3)**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF. DJ 04/10/2012. DJE 20/11/2012.

¹⁸⁹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

a defesa do consumidor no mercado. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi determinada a edição de uma legislação codificada especial (artigo 48, ADCT)¹⁹⁰.

Com isso, foi editada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Neste, considerando o ideal de tornar efetiva a determinação constitucional de defesa do consumidor, foram consagrados diversos princípios (v.g. solidariedade, confiança, boa-fé, durabilidade etc.), que são aplicáveis às relações jurídicas de consumo em geral, com o objetivo principal manter o equilíbrio na relações que se desenvolvem entre consumidores e fornecedores¹⁹¹.

Considerado corolário do *princípio da boa-fé objetiva*, foi consagrado como um dos princípios que norteiam a Política Nacional das Relações de Consumo o *princípio da solidariedade*, previsto no artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. O solidarismo implica em uma relação cooperativa entre os envolvidos nas relações jurídicas¹⁹² que ocorrem no mercado, seja entre consumidores e fornecedores ou ainda entre os próprios fornecedores. O *princípio da boa-fé objetiva* é atendido quando existe respeito e lealdade entre os sujeitos que atuam na relação de consumo, impõe um dever de correção e fidelidade, e ainda o respeito às expectativas legítimas geradas na outra parte¹⁹³.

Outro princípio que decorre da boa-fé objetiva é o *princípio da confiança*, que representa um mecanismo que conduz a credibilidade dos consumidores nos produtos e serviços que são oferecidos no mercado, bem como em relação aos contratos, sobretudo em relação à possibilidade de se atingir as finalidades pretendidas com a relação.

¹⁹⁰ BRASIL. **Ato das disposições constitucionais transitórias**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 1 abr. 2020.

¹⁹¹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

¹⁹² NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 174.

¹⁹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 72.

Dessa forma, uma vez que princípio da confiança é valorizado, abre-se uma brecha nas bases voluntaristas e individualistas do Direito Privado, pois é inserido no âmbito da solidarização do Direito no que se refere às condutas individuais sobre terceiros, e, por consequência, promove o andamento salutar e respeitoso das relações consumeristas¹⁹⁴.

A prática da obsolescência programada vai de encontro ao *princípio da durabilidade* (artigo 4º, inciso II, alínea “d”, CDC), pois, ao adquirir um produto, v.g., um *smartphone*, o consumidor o faz motivado também, em muitos casos, pela durabilidade que ele oferece, considerando os padrões mínimos de qualidade inerente à categoria a qual pertence.

Uma das características que identificam as práticas abusivas (artigo 39, *caput*, CDC) é a exigência de vantagens excessivas em detrimento do consumidor¹⁹⁵. Alguns fornecedores que atuam no mercado assumem condutas, habitualmente estabelecidas na fase pré-contratual, que violam os direitos dos consumidores. E é justamente essa característica que permite a configuração da prática como abusiva: o desrespeito ao consumidor¹⁹⁶.

Ainda que a legislação brasileira não tenha tratado expressamente da obsolescência programada, esta pode ser classificada como prática abusiva com fundamento no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, considerando que o referido dispositivo utiliza a expressão “dentre outras”, o que indica que se trata de um rol exemplificativo (*numerus apertus*)¹⁹⁷, e não taxativo ou exaustivo (*numerus clausus*)¹⁹⁸.

O formato exemplificativo foi escolhido pelo legislador em razão da dificuldade de enumerar ou prever todas as espécies de práticas abusivas que pudessem vir a ser desenvolvidas

¹⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela de confiança e venire contra factum proprium. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de Direito do Consumidor completo**. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 92.

¹⁹⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 105.

¹⁹⁷ CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 153.

¹⁹⁸ FERNANDES NETO, Guilherme. *Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor*: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 181.

no mercado. Da forma como se encontra exposta, a legislação permite a inserção de novas práticas que venham a surgir no mercado de consumo, a exemplo da obsolescência programada que pode ocorrer com os *smartphones*.

2.2 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO FORNECEDOR PELA PRÁTICA ABUSIVA DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

A responsabilização civil dos fornecedores em decorrência da prática da obsolescência programada em produtos como os *smartphones* fundamenta-se nos princípios norteadores das relações de consumo, dentre os quais se destaca o princípio da durabilidade, no rol exemplificativo de práticas abusivas previsto no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, e ainda na proteção do consumidor contra os vícios ocultos possibilitada pelo artigo 18, *caput* do mencionado Código.

Apesar do artigo 18, *caput* do CDC – que trata da responsabilidade por vício do produto – não utilizar explicitamente a expressão “independentemente da existência de culpa”, como o faz o artigo 12, *caput* do Código, considera-se igualmente para os casos de responsabilidade por vício do produto a responsabilidade objetiva, que prescinde da demonstração de culpa *lato sensu* (dolo e culpa *stricto sensu*), que constitui um critério geral dentro do microsistema consumerista¹⁹⁹.

Assim, mesmo diante da omissão do Código de Defesa do Consumidor em relação à obsolescência programada, esta prática pode ser reprimida com fundamento na proteção do consumidor contra os vícios ocultos nos produtos, considerando que estes tornam-se obsoletos quando deixam de atender aos fins para os quais se destinam (artigo 18, §6º, inciso III, CDC).

Outra hipótese que pode ser tratada como uma falha ou erro de projeto do produto, originada de um vício oculto, ocorre quando o fabricante, planejando deliberadamente diminuir a vida útil do produto, faz alterações no processo de fabricação, no intuito de

¹⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003., p. 200.

induzir os consumidores a adquirir as versões mais recentes dos produtos²⁰⁰.

Constitui característica intrínseca ao vício oculto o fato de que para a sua configuração é necessário que ele não possa ser percebido de plano a partir do mero exame do produto, ou ainda quando mesmo já existindo, não provocou nenhuma impropriedade, inadequação ou diminuição do valor do produto²⁰¹. Esse tipo de vício se manifesta apenas a partir do uso ou da experimentação do produto, por isso leva um certo tempo para que ele seja identificado definitivamente²⁰².

Ainda que a durabilidade seja reconhecida como princípio, o Código de Defesa do Consumidor não possui qualquer previsão a respeito de prazo de vida útil dos produtos que são disponibilizados no mercado. Logicamente, também não há na legislação previsão expressa no sentido de punir os fornecedores que deliberadamente reduzam a vida útil de seus produtos.

Entretanto, a prática da obsolescência programada pode ser controlada pelo microsistema consumerista com base nos consagrados na legislação protetiva do consumidor, no conceito de vício oculto dos produtos, e de maneira mais consistente, com fundamento no rol exemplificativo de práticas abusivas previsto no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

3. CONCORRÊNCIA DESLEAL E DESENVOLVIMENTO DESIGUALITÁRIO DOS FORNECEDORES

Em linhas gerais, configuram *concorrência desleal* as condutas dos fornecedores que visam a afastar os consumidores de seus concorrentes, de maneira fraudulenta ou desonesta. A concorrência desleal possui um viés instrumental, pois se

²⁰⁰ FERREIRA, Mayara. **Obsolescência programada**: uma análise acerca da responsabilidade civil nas relações de consumo e no direito ambiental. TCC (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2018, p. 47.

²⁰¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 237.

²⁰² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – o novo regime das relações. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 1.253.

caracteriza quando os fornecedores se utilizam de meios ilícitos para angariar consumidores em detrimento de seus concorrentes²⁰³.

As práticas que se inserem nessa categoria podem ser consideradas como desvios de conduta moral/social, que violam os princípios da honestidade comercial, da lealdade, dos bons costumes e da boa-fé, não estando presente no simples fato de se atingir os consumidores, mas nas atitudes que são tomadas pelos fornecedores na busca desse fim²⁰⁴.

Para que haja um desenvolvimento igualitário, sobretudo no sentido de alavancar a economia como um todo, a livre concorrência desempenha um papel fundamental no mercado de consumo. Consagrada constitucionalmente como princípio basilar da ordem econômica e financeira do país (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal), a *livre concorrência* beneficia a um só tempo consumidores e fornecedores. Os primeiros, quando conseguem adquirir produtos e serviços de boa qualidade por preços mais baixos. Os segundos, na medida em que conseguem maximizar as ofertas²⁰⁵.

A liberdade dos fornecedores no sentido de desenvolver qualquer atividade dentro dos limites legais se mostra fundamental para a concretização do *princípio da livre concorrência*, pois deste modo torna-se possível o surgimento de novos fornecedores que disponibilizem no mercado produtos com as mesmas funcionalidades dos que já existem, e isso permite aos consumidores realizar suas escolhas baseando-se prioritariamente em suas necessidades²⁰⁶.

Todavia, para que haja um verdadeiro desenvolvimento igualitário entre os agentes de mercado, a dita liberdade dos fornecedores precisa ser limitada em relação a algumas situações, a exemplo do que ocorre no caso da obsolescência programada

²⁰³ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016, 140.

²⁰⁴ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso de direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 125.

²⁰⁵ PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito Comercial: Teoria e Questões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 58.

²⁰⁶ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso de direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 111.

dos *smartphones*. Nesses casos, os fornecedores possuem acesso aos dados dos consumidores de maneira tal que os permite controlar até mesmo o momento no qual os produtos começam a falhar (v.g. quando um *smartphone* tem a velocidade do seu sistema operacional diminuída com a justificativa de que a bateria precisa ser mantida por mais tempo²⁰⁷).

Esse tipo de conduta é um exemplo prático de como o desenvolvimento igualitário dos fornecedores no mercado é prejudicado, pois o praticante da obsolescência programada adquire uma vantagem indevida sobre os fornecedores que desenvolvem suas atividades de maneira lícita, em respeito pleno aos direitos dos consumidores.

Tanto na concorrência leal quanto na desleal os fornecedores buscam atrair os consumidores de seus concorrentes, retirando-lhes uma parcela de mercado, a diferença entre elas é tênue. O que as distingue verdadeiramente são os meios utilizados para atingir a referida finalidade. Considerando que existem meios idôneos e inidôneos de se ganhar novos consumidores em detrimento dos concorrentes, será somente a partir da análise dos recursos utilizados pelos fornecedores que se poderá identificar a deslealdade nas atividades concorrenciais²⁰⁸.

Assim, a prática da obsolescência programada que pode ocorrer em produtos como os *smartphones* é ilícita, caracteriza concorrência desleal, e como tal pode levar à responsabilização dos fornecedores que dela se utilizam.

A gravidade das práticas que configuram a concorrência desleal consiste no fato de que elas praticamente impedem o pleno desenvolvimento igualitário no mercado de consumo, na medida em que prejudicam a liberdade dos fornecedores que concorrem entre si no mesmo setor²⁰⁹, causando danos aos que desenvolvem suas atividades dentro dos parâmetros da legislação.

²⁰⁷ IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Obsolescência programada**: Idec recolhe denúncias de consumidores do iPhone. 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/obsolescencia-programada-idec-recolhe-denuncias-de-consumidores-do-iphone>. Acesso em: 2 abr. 2020.

²⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhôa. **CursodeDireitoComercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 190.

²⁰⁹ SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 2000, p. 3.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento tecnológico trouxe muitas mudanças para o mercado de consumo. Uma delas foi o aumento da quantidade de produtos que são disponibilizados para os consumidores, dentre os quais destacam-se os *smartphones*.

Considera-se que há relação jurídica de consumo quando se reúnem todos os seus elementos constitutivos: subjetivos (consumidor e fornecedor), objetivos (produto ou serviço) e causal ou finalístico (destinação final). Assim, por exemplo, quando uma pessoa física (consumidor) adquire um *smartphone* (produto) para uso pessoal (destinatário final), tem-se uma relação de natureza consumerista.

No mercado, a concorrência faz com que os fornecedores busquem diferentes estratégias para escoar seus produtos e assim continuar obtendo lucros. O problema é que uma dessas estratégias consiste em programar deliberadamente a obsolescência de seus próprios produtos, com o objetivo de reduzir o seu ciclo de vida (diminuindo a sua durabilidade) e incitar o consumo de novos modelos e versões que são lançadas constantemente.

Em razão da multiplicidade de funcionalidades, tamanhos, modelos, cores e outros fatores atrelados ao desenvolvimento tecnológico, os *smartphones* constituem um dos principais produtos que são alvo da obsolescência programada. Com base em um conjunto de dados que são captados constantemente, os fornecedores são capazes de determinar vida útil de um produto, seja por vícios pré-estabelecidos de *hardware* (v.g., bateria) ou de *software* (v.g., no sistema operacional). Essas condições podem ser programadas até mesmo desde o processo de fabricação do produto em questão.

A obsolescência geralmente é programada a partir de três critérios definidos: qualidade, funcionalidade e desejabilidade. Merece destaque a primeira, a qual ocorre quando o fornecedor planeja incutir características no produto para que se torne

precocemente defasado. Especificamente em relação aos *smartphones*, é possível que o fabricante crie o produto já com uma configuração (física ou não) que faça com que ele deixe de funcionar da maneira devida (v.g., ficando mais lento) após um determinado período de uso, que geralmente é inferior à expectativa dos seus consumidores.

Ainda que possa ser considerada uma prática que atinge danosamente tanto os consumidores quanto os demais fornecedores que atuam no mercado, não há no Código de Defesa do Consumidor ou em qualquer outra legislação correlata no Brasil regulamentação expressa a respeito da obsolescência programada.

Entretanto, inobstante inexistência de previsão específica na legislação, essa prática pode ser controlada com fundamento nas disposições gerais constantes no microsistema consumerista, a exemplo dos princípios instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor e de dispositivos como o seu artigo 39, que instituiu um rol exemplificativo (*numerus apertus*) de práticas abusivas.

A prática da obsolescência programada causa um duplo dano no mercado de consumo e assim deve ser rechaçada adequadamente. Por um lado, os consumidores são prejudicados, ao serem induzidos a substituir produtos como os *smartphones* de maneira praticamente obrigatória, em razão de vícios pré-definidos de *software* ou *hardware*. Por outro lado, os fornecedores que atuam no mesmo setor também são afetados por uma prática de concorrência desleal e ficam em desvantagem, pois o desequilíbrio causado provoca condições desiguais de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso de direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Ato das disposições constitucionais transitórias**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 1 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 1 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **acórdão n.1188548, 07104893320178070020**, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, DJ 25/07/2019. DP 02/08/2019. Acesso em: 1 mai. 2020.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 190.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERREIRA, Mayara. **Obsolescência programada: uma análise acerca da responsabilidade civil nas relações de consumo e no direito ambiental**. TCC (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2018.

GARCIA, Leonardo Medeiros de. **Direito do consumidor: Lei nº 8.078/1990**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Obsolescência programada**: Idec recolhe denúncias de consumidores do iPhone. 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/obsolescencia-programada-idec-recolhe-denuncias-de-consumidores-do-iphone>. Acesso em: 2 abr. 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

LARA GONZÁLEZ, Rafael; ECHAIDE IZQUIERDO, Juan Miguel. **Consumo y derecho**: elementos jurídico-privados de derecho del consumo. Madrid: Esic, 2006, p. 39.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. **Derecho de consumo**: protección legal del consumidor. Madrid: El Derecho, 2011.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. **Manual sobre protección de consumidores y usuarios**. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2007.

LATOUCHE, Serge. **O pequeno tratado do decrescimento sereno**. Lisboa: Edições, 2012.

LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – o novo regime das relações. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de Direito do Consumidor completo**. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PAIVA, Clarissa Teixeira. O que caracteriza uma relação de consumo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4401, 20 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34128>. Acesso em: 29 mar. 2020.

PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito Comercial**: Teoria e Questões. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela de confiança e venire contra factum proprium. São Paulo: Atlas, 2016.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

STJ. **Recurso Especial nº 984.106-SC (2007/0207915-3)**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF 04/10/2012. DJE 20/11/2012. Acesso em: 2 abr. 2020.

STJ. **Resp. nº 519.310/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 20/04/2004. DP 24/05/2004. Acesso em: 5 mar. 2020.

STJ. **Resp. nº 493.181/SP**. Rel. Min. Denise Arruda. DJ 15/12/2005. DP 01/02/2006. Acesso em: 1 abr. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAPÍTULO 5

The background is a solid teal color. Overlaid on this is a complex, abstract geometric pattern. It consists of numerous thin, light-colored lines that connect various points, creating a network of irregular polygons. Some of these points are highlighted with small, semi-transparent circles of varying sizes. The overall effect is that of a digital or molecular structure, possibly representing a network or a complex system. The pattern is more dense and detailed in the lower half of the page, fading slightly towards the top.

DADOS ABERTOS: PANORAMA DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS FEDERAIS DO BRASIL

Ridalvo Medeiros Alves de Oliveira²¹⁰

Daniele da Rocha Carvalho²¹¹

Lucas Ian Rocha Barros²¹²

RESUMO: Dados abertos são definidos por um conjunto de princípios que foi estabelecido num encontro de pesquisadores, representantes de organizações da sociedade civil e ativistas, realizado em 2007, na Califórnia. No Brasil, a Infraestrutura Nacional de Dados Abertos (INDA) foi instituída em 2012. O presente estudo, de natureza descritiva, objetiva apresentar o panorama atual dos dados abertos nas universidades públicas federais (UPF) brasileiras. Os dados foram coletados no Portal Brasileiro de Dados Abertos (PBDA), e tabulados em uma planilha Excel para análise, com auxílio do *software* R Studio. Os resultados indicam que apenas 50% das 68 UPF listadas no Cadastro do e-MEC publicaram algum conjunto de dados abertos e que 25% destas publicaram menos de 10 conjuntos. Tais resultados permitem concluir que as UPF estão muito distantes de atender ao disposto no Decreto nº 8.777/2016 no que diz respeito à publicação de dados abertos.

Palavras-chave: Dados abertos. Governo aberto. INDA. Open data. Open knowledge.

INTRODUÇÃO

As instituições públicas produzem muitos dados referentes a diversos segmentos, tais como: econômicos, sociais, culturais e políticos. No entanto, esses dados nem sempre se encontram em sua estrutura bruta e processável por máquina, ou seja, não se caracterizam como dados abertos.

Conforme defendem Santos Júnior, Müller e Porto (2017), a publicação de dados abertos pelas instituições públicas pode ser

²¹⁰ Professor do Departamento de Ciências Contábeis e aluno do IMD. Doutor em Educação. UFRN. <http://lattes.cnpq.br/9409734015813484>.

²¹¹ Professora do Departamento de Ciências Contábeis. Doutoranda em Educação. UFRN. <http://lattes.cnpq.br/9834051845715231>.

²¹² Aluno do IMD. IFRN. <http://lattes.cnpq.br/6348206899635258>.

interpretada como uma forma de transparência da gestão, pois cria valor para a sociedade e para o próprio governo.

O surgimento do conceito de “dados abertos”, segundo Chignard (2013), ocorreu em 1995, em um documento da Agência Científica Americana que tratava da divulgação de dados geofísicos e ambientais. Mais tarde, em 2007, foi definido o conjunto de princípios de dados abertos, num encontro de pesquisadores, representantes de organizações da sociedade civil e ativistas, realizado na Califórnia. O foco desse primeiro encontro foi a abertura de informações governamentais; porém, nas edições que se sucederam, o escopo foi ampliado e passou a incluir dados científicos e não mais apenas governamentais, mas também de organizações privadas.

O Brasil deu seu primeiro passo relevante em direção aos dados abertos com a promulgação da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, que estabeleceu que:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

[...]

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

[...]

II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, **inclusive abertos e não proprietários**, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em **formatos abertos**, estruturados e **legíveis por máquina**; (BRASIL, 2011, Art. 8º, grifo nosso)

Poucos meses depois, a Infraestrutura Nacional de Dados Abertos (INDA) foi instituída em 2012, visando a garantir e facilitar o acesso aos dados e informações produzidas ou custodiadas pelo Poder Executivo federal. A INDA é gerida por um comitê, conforme apresentado na Figura 1.

Figura 1 – Comitê Gestor da INDA

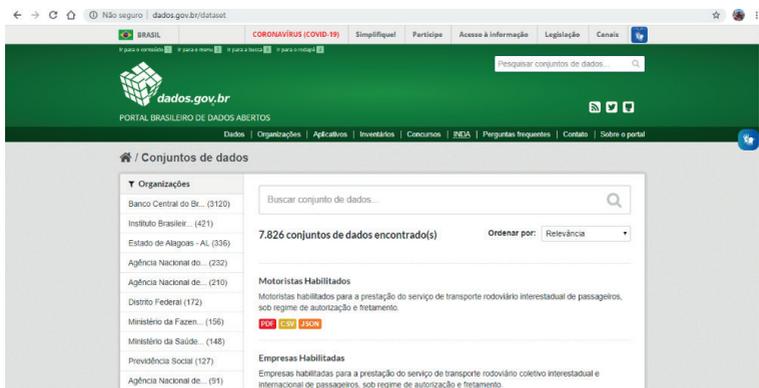


Fonte: Araújo; Aguiar (2014, p. 10).

Uma das primeiras e, talvez, a principal realização do Comitê Gestor da INDA foi o lançamento, em maio de 2012, do Portal Brasileiro de Dados Abertos (PBDA), disponível no endereço dados.gov.br. Esse portal foi inspirado em iniciativas pioneiras de países como Reino Unido e Estados Unidos e, ao final do seu primeiro ano de operação, já disponibilizava 83 conjuntos de dados. (ARAÚJO; AGUIAR, 2014)

Conforme se observa na Figura 2, atualmente, o PBDA conta com mais de 7.800 conjuntos de dados, sendo o Banco Central do Brasil o responsável por mais de 3.100 (cerca de 40%) desses conjuntos de dados.

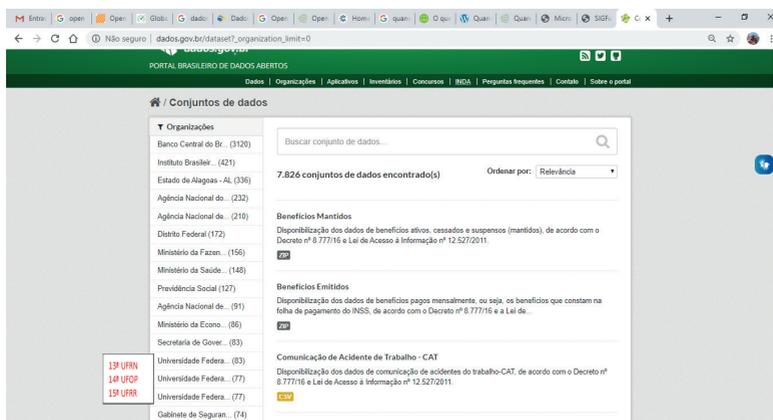
Figura 2 – Portal Brasileiro de Dados Abertos



Fonte: dados.gov.br (2020).

A primeira universidade a figurar no ranking de conjunto de dados desse portal, na 13ª posição, é a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), com 83 conjuntos de dados, seguida pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) e pela Universidade Federal de Roraima (UFRR), ambas com 77 conjuntos de dados, conforme se observa na Figura 3.

Figura 3 – Posição da UFRN no ranking de conjuntos de dados do PBDA



Fonte: Adaptado de dados.gov.br (2020).

Segundo Pires (2019, p. 78), “A participação das universidades na Política de Dados Abertos é fundamental para que a sociedade tenha conhecimento do que se passa nessas instituições. Trata-se de um retorno à sociedade sobre o que é desenvolvido em suas dependências e com seus recursos.”.

Em face do exposto, o objetivo principal desse trabalho é apresentar o panorama atual dos dados abertos nas universidades federais brasileiras, passados 4 anos da instituição da Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal, em 2016, por meio do Decreto nº 8.777, que estabeleceu, em seu Art. 9º, que “Os Planos de Dados Abertos dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão ser elaborados e publicados em sítio eletrônico no prazo de sessenta dias da data de publicação deste Decreto.”.

Tomando por referência a tipologia proposta por Beuren (2010), trata-se de uma pesquisa bibliográfica, documental, descritiva e de abordagem quantitativa. Os dados foram coletados no PBDA (dados.gov.br) e nos portais de dados abertos de cada uma das universidades. Para a tabulação dos dados, elaboração de tabelas e de gráficos, e realização das análises foi utilizado o Microsoft Excel, com auxílio do *software* R Studio.

1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Dado, informação, conhecimento e inteligência

Para uma adequada compreensão do conceito de dados abertos, faz-se necessário conhecer alguns conceitos fundamentais que o antecedem, que são os conceitos de dado, informação, conhecimento e sabedoria. Esses conceitos estão representados esquematicamente na Figura 4.

Figura 4 – Dado, informação, conhecimento e inteligência



Fonte: Soares (2012, p. 1).

De maneira simplificada, na Instrução Normativa que instituiu a INDA, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) define dado como sendo “uma sequência de símbolos ou valores, representados em algum meio, produzidos como resultado de um processo natural ou artificial” (MPOG, 2012, Art. 2º). Vidigal (2010, p. 5), de maneira mais abrangente, afirma que:

Em informática designa-se por dados os elementos de partida que servem de base para o tratamento e sobre os quais o computador efectua as operações necessárias à tarefa em questão. Os dados são uma representação dos factos, conceitos ou instruções de uma maneira normalizada que se adapte à comunicação, interpretação e processamento pelo ser humano ou através de máquinas automáticas.

Em se tratando de do conceito de informação, Vasconcelos e Silva (2016, p. 3) entendem que “Informações são dados tratados. O resultado do processamento de dados são as informações. As informações têm significado, podem ser tomadas decisões ou fazer afirmações considerando as informações”. Esse conceito corrobora o apresentado na INDA, segundo o qual informação

é um “conjunto de dados organizados de tal forma que tenham valor ou significado em algum contexto”. (MPOG, 2012, Art. 2º)

Por sua vez, o conhecimento é definido como “a informação processada e transformada em experiência pelo indivíduo. O conhecimento é a capacidade que, o processamento da informação adicionado ao repertório individual, nos dá, de agir e prever o resultado dessa ação”. (REZENDE, 2015, p. 1)

Fechando o grupo dos conceitos fundamentais, se apresenta o conceito de inteligência. Para Cavalcanti (2019, p. 10), a inteligência pode ser entendida como sendo “o conhecimento contextualmente relevante que permite atuar com vantagem no ambiente considerado. [...] o conhecimento que foi sintetizado e aplicado a uma determinada situação, para ganhar maior profundidade de consciência da mesma”.

1.2 DADOS PÚBLICOS, DADOS ABERTOS E DADOS ACESSÍVEIS AO PÚBLICO

Como já dito anteriormente, as instituições públicas produzem muitos dados econômicos, sociais, culturais e políticos. Porém, esses dados, embora sejam públicos, muitas vezes não se caracterizam como dados abertos. A seguir serão apresentados esses dois conceitos, bem como outros conceitos adjacentes importantes para a compreensão da temática.

Conforme define o MPOG (2012), um dado público é qualquer dado que seja gerado ou que esteja sob a guarda de uma entidade governamental e que não tenha o seu acesso restrito por alguma legislação específica.

O mesmo MPOG (2012) também define dados abertos, que são um subconjunto dos dados públicos representados em meio digital, com as seguintes características: “estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na rede mundial de computadores e disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou cruzamento”. (MPOG, 2012, Art. 2º)

O conceito de dados abertos leva a outro conceito adjacente, que é o de formato aberto, que é o “formato de arquivo não proprietário, cuja especificação esteja documentada publicamente

e seja de livre conhecimento e implementação, livre de patentes ou qualquer outra restrição legal quanto à sua utilização". (MPOG, 2012, Art. 2º)

Cabe ressaltar que os dados abertos devem estar alinhados aos 8 princípios estabelecidos no já citado encontro realizado na Califórnia em 2007. Esses princípios estão apresentados na Figura 5.

Figura 5 – Os 8 princípios dos dados abertos

Completo	Todos os dados públicos devem ser disponibilizados. Dados públicos são dados que não estão sujeitos a restrições de privacidade, segurança ou privilégios de acesso.
Primários	Os dados devem ser coletados na fonte com o maior nível de detalhamento possível, e não de forma agregada ou modificada.
Oportunidade	Sua disponibilidade deve ser feita tão rapidamente quanto necessário para preservar o valor dos dados.
Acessibilidade	Os dados devem estar disponíveis para a mais ampla gama de usuários e as mais diversas finalidades.
Processável por máquinas	Os dados devem ser razoavelmente estruturados de modo a permitir o processamento automatizado.
Não-discriminatório	Os dados devem estar disponíveis para qualquer pessoa, sem necessidade de registro.
Não-proprietário	Os dados devem estar disponíveis em um formato sobre o qual nenhuma entidade tem o controle exclusivo.
Licença livre	Os dados não estão sujeitos a quaisquer direitos de autor, patentes, marcas comerciais ou regulamento secreto. Pode ser permitida uma razoável privacidade e restrições de privilégio e segurança.

Fonte: Machado (2015, p. 3).

No Brasil, a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal foi instituída em 2016, por meio do Decreto nº 8.777, de 11 de maio, que definiu, em seu Art. 2º, dado acessível ao público como sendo "qualquer dado gerado ou acumulado pelo Governo que não esteja sob sigilo ou sob restrição de acesso nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011". (BRASIL, 2016)

2 DESCRIÇÃO DOS DADOS COLETADOS E DOS RESULTADOS

2.1 PROCEDIMENTOS DE COLETA DE DADOS

O universo definido para essa pesquisa foi composto por todas as universidades públicas federais brasileiras. Para identificar essas instituições, foi realizada uma consulta ao Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior (Cadastro e-MEC) do Ministério da Educação (MEC), utilizando a opção “Consulta Avançada”.

Os parâmetros de seleção utilizados para a consulta foram “Pública Federal” para a Categoria Administrativa, e “Universidade” para Organização Acadêmica, conforme demonstrado na Figura 6.

Figura 6 – Tela de consulta do Cadastro e-MEC

The screenshot shows the e-MEC search interface. At the top, there are navigation icons for 'Consultar Cadastro', 'Perguntas Frequentes', 'Documentos de Apoio ao Sistema', 'Inscrição para BASTs', and 'Regulação / Avaliação'. Below these is the header 'Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior' and 'Cadastro e-MEC'. A banner for 'Ação Premiada 14º Concurso Inovação no Gestão Pública Federal' is visible on the right. The main content area contains a disclaimer and a search form. The search form has four tabs: 'Consulta Interativa', 'Consulta Textual', 'Consulta Avançada' (selected), and 'IES Extintas'. The search criteria are: 'Buscar por:' with radio buttons for 'Instituição de Ensino Superior' (selected), 'Curso de Graduação', and 'Curso de Especialização'; 'Nome, Sigla ou Código da Instituição:' with a text input field; 'UF:' with a dropdown menu showing 'Selecione...'; 'Município:' with a dropdown menu; 'Categoria Administrativa:' with checkboxes for 'Pública Municipal', 'Pública Federal' (checked), and 'Pública Estadual'; 'Privada sem fins lucrativos', 'Privada com fins lucrativos', and 'Especial'; and 'Organização Acadêmica:' with checkboxes for 'Faculdade', 'Centro Universitário', 'Institutos Federais', 'Universidade' (checked), and 'Escola de Governo'.

Fonte: MEC (2020).

Em seguida, foi realizada a pesquisa no PBDA, informando “universidades” no campo “Pesquisar conjuntos de dados...”, conforme apresentado na Figura 7.

Figura 7 – Pesquisa de conjuntos de dados de universidades no PBDA

The screenshot shows the 'dados.gov.br' portal. At the top, there is a navigation bar with links for 'BRASIL', 'CORONAVÍRUS (COVID-19)', 'Simplifique!', 'Participe', 'Acesso à informação', 'Legislação', and 'Canais'. Below this is a search bar with the text 'universidades' and a 'PESQUISAR' button. The search results indicate 'em 7928 conjuntos de dados com 41694 recursos (o que é isto?)'. On the left, there are sections for 'Conjuntos de dados em destaque' and 'Sistema Nacional de Informações Florestais - SNIF'. On the right, there is a table titled 'Publicações mais recentes'.

Conjunto de dados	Data	Responsável
População das Grotas de Maceió	26/05/2020	Estado de Alagoas - AL
Autorização Ambiental para o Transporte Interestadual de Produtos Perigosos - AATIPP	26/05/2020	Instituto Brasileiro do Meio Ambient...
Comissão Própria de Avaliação - CPA	26/05/2020	Universidade Federal de Roraima

Fonte: PBDA (2020).

2.2 DESCRIÇÃO DOS RESULTADOS

A consulta ao Cadastro do e-MEC identificou 68 instituições de categoria administrativa “pública federal”, organizadas academicamente como “universidade”. Dessas 68 universidades públicas federais (UPF), 34, ou seja, exatamente 50%, figuram no PBDA com, pelo menos, um conjunto de dados. A Figura 8 apresenta os nomes e as siglas dessas UPF.

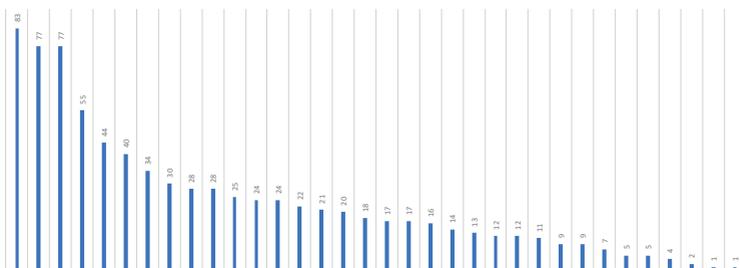
Figura 8 – Universidades públicas federais com conjuntos de dados disponibilizados no PBDA

NOME	SIGLA
Fundação Universidade Federal do ABC	UFABC
Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira	UNILAB
Universidade Federal da Fronteira Sul	UFFS
Universidade Federal de Alfenas	UNIFAL
Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre	UFCSPA
Universidade Federal de Itajubá	UNIFEI
Universidade Federal de Juiz de Fora	UFJF
Universidade Federal de Lavras	UFLA
Universidade Federal de Mato Grosso do SUL	UFMS
Universidade Federal de Ouro Preto	UFOP
Universidade Federal de Pelotas	UFPEL
Universidade Federal de Roraima	UFRR
Universidade Federal de Santa Maria	UFSM
Universidade Federal de São João del-Rei	UFSJ
Universidade Federal de Viçosa	UFV
Universidade Federal do Paraná	UFPR
Universidade Federal do Amazonas	UFAM
Universidade Federal do Cariri	UFCA
Universidade Federal do Espírito Santo	UFES
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro	UNIRIO
Universidade Federal do Maranhão	UFMA
Universidade Federal do Oeste da Bahia	UFOB
Universidade Federal do Pampa	UNIPAMPAS
Universidade Federal do Piauí	UFPI
Universidade Federal do Recôncavo da Bahia	UFRB
Universidade Federal do Rio de Janeiro	UFRJ
Universidade Federal do Rio Grande	FURG
Universidade Federal do Rio Grande do Norte	UFRN
Universidade Federal do Rio Grande do Sul	UFRGS
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará	UNIFESSPA
Universidade Federal do Triângulo Mineiro	UFTM
Universidade Federal do Vale do São Francisco	UNIVASF
Universidade Federal Fluminense	UFF
Universidade Federal Rural do Semi-Árido	UFERSA

Fonte: elaborada pelos autores.

Identificadas as UPF que figuravam no PBDA, foram tabuladas as quantidades de conjuntos de dados de cada uma dessas instituições. Na Figura 9 estão apresentadas essas quantidades, em ordem decrescente.

Figura 9 – Quantidades de conjuntos de dados de cada UPF no PBDA



Fonte: elaborada pelos autores.

Como se pode observar na Figura 9, três UPF se destacam num primeiro patamar do gráfico: a UFRN, com 83 conjuntos, seguida de perto pela UFOP e pela UFRR, ambas com 77 conjuntos.

Num segundo patamar do gráfico apresentado na Figura 9, UNILAB, com 55 conjuntos; UFCA, com 44; e UFOB, com 40, fecham o grupo das 6 UPF com mais de 39 conjuntos de dados disponibilizados.

Na Figura 10, se apresenta o resumo estatístico da distribuição de conjuntos de dados das 34 UPF, gerado a partir da planilha tabulada no Microsoft Excel.

Figura 10 – Resumo estatístico da distribuição de conjuntos de dados – Microsoft Excel

<i>Conjuntos de dados</i>	
Média	23,67647
Erro padrão	3,679379
Mediana	17,5
Modo	77
Desvio padrão	21,45428
Variância da amostra	460,2861

Curtose	2,056437
Assimetria	1,575593
Intervalo	82
Mínimo	1
Máximo	83
Soma	805
Contagem	34
Nível de confiança(95,0%)	7,485752

Fonte: elaborada pelos autores

Como se observa na Figura 10, a média da distribuição é de cerca 23,676 conjuntos de dados, pois, embora as 6 primeiras UPF tenham uma média de 62,666 conjuntos, no outro extremo da distribuição, as 6 últimas UPF apresentam uma média de apenas 3 conjuntos de dados, o que se reflete no desvio padrão de 21,454 conjuntos da distribuição.

Após exportar os dados para o R Studio, foi possível identificar outros parâmetros estatísticos, apresentados na Figura 11.

Figura 11 – Resumo estatístico da distribuição de conjuntos de dados – R Studio

```
> summary(conjuntos)
  Min. 1st Qu.  Median    Mean 3rd Qu.   Max.
  1.00   9.50   17.50   23.68  28.00   83.00
> |
```

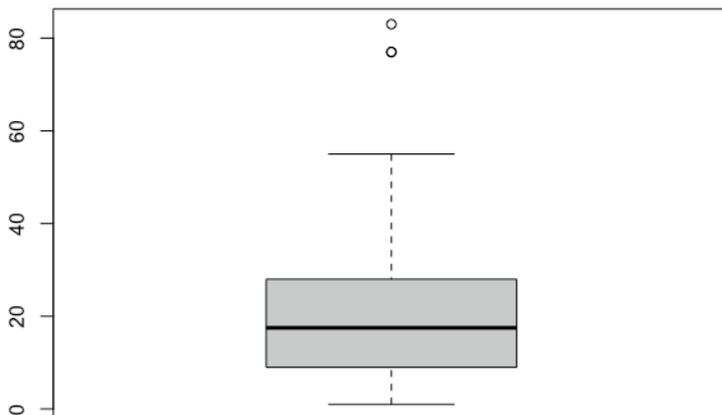
Fonte: elaborada pelos autores.

A partir do resumo estatístico gerado pelo R Studio, é possível identificar o primeiro e o terceiro quartis, calculados em 9,5 e 28, respectivamente, bem como a mediana, em 17,5, já identificada no resumo apresentado na Figura 10.

A distribuição de conjuntos de dados, conforme atestam os dados estatísticos evidenciados, apresenta uma concentração de valores baixos, distantes dos valores mais altos, que, conforme

mostra a Figura 12, acabam por figurar como *outliers* da distribuição.

Figura 12 – Boxplot da distribuição de conjuntos de dados



Fonte: elaborada pelos autores.

Nessa nova configuração da distribuição, com as observações da UFRN, da UFOP e da UFRR consideradas como *outliers*, o R Studio recalculou os indicadores estatísticos, que passaram a assumir os valores apresentados na Figura 13.

Figura 13 – Resumo estatístico da distribuição de conjuntos de dados após exclusão dos *outliers* – R Studio

```
> summary(conjuntosx)
  Min. 1st Qu.  Median    Mean 3rd Qu.   Max.
  1.00   9.00   17.00   18.32  24.50   55.00
> |
```

Fonte: elaborada pelos autores

Observa-se, então, que a média caiu para 18,32 e a mediana para 17; ou seja, excluídas as observações das

três primeiras UPF da distribuição, a quantidade média de conjuntos de dados disponibilizados pelas UPF não chega a 20.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal desse trabalho foi apresentar o panorama atual dos dados abertos nas universidades federais brasileiras, passados 4 anos da instituição da Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal, em 2016, por meio do Decreto nº 8.777.

O referido Decreto estabeleceu que os Planos de Dados Abertos dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deveriam ser elaborados e publicados no prazo de sessenta dias da data de publicação daquele Decreto.

Passados 4 anos da publicação do Decreto nº 8.777, os dados coletados para a realização dessa pesquisa, apontam que apenas 50% das UPF publicaram algum conjunto de dados abertos no PBDA.

Os dados também indicam que as UPF que compõem o primeiro quartil da distribuição, ou seja, 25% das UPF que publicaram dados abertos, que correspondem a 12,5% de todas as UPF, possuem menos de 10 conjuntos de dados publicados.

Analisando os demais quartis, foi identificado que 50% das UPF da distribuição publicaram menos de 18 conjuntos de dados e 75% publicaram até 28 conjuntos.

Por fim, verifica-se que no último quartil, formado por 25% das UPF que publicaram dados abertos, que correspondem a 12,5% de todas as UPF, publicaram mais de 28 conjuntos de dados, com destaque para a UFRN, com 83 conjuntos de dados publicados, seguida por UFOP e UFRR com 77 conjuntos de dados cada uma.

Diante dessas informações, se verifica que o objetivo geral da pesquisa foi alcançado, ao traçar o panorama de publicação de dados abertos das UPF brasileiras; porém, analisando esse panorama, se conclui que o atendimento, por parte das UPF, ao que determina o Decreto nº 8.777, está muito aquém do que deveria.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Danilo Barreto de; AGUIAR, Everson Lopes de. Dados Abertos Governamentais como ferramenta de participação social e aproximação entre governo e sociedade. *In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA*, 8., 2014, Brasília. **Anais** [...]. Brasília: Ministério do Planejamento, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/265965264_DADOS_GOVERNAMENTAIS_ABERTOS_COMO_FERRAMENTA_DE_PARTICIPACAO_SOCIAL_E_APROXIMACAO_ENTRE_GOVERNO_E_SOCIEDADE. Acesso em: 2 maio 2020.

BEUREN, Ilse Maria. **Como elaborar trabalhos monográficos em Contabilidade: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Edição Extra, 18 nov. 2011.

BRASIL. Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 12 maio 2016.

CAVALCANTI, Thiago Rodrigues. **Business Intelligence para Concursos**. São Paulo: Estratégia Concursos, 2019.

CHIGNARD, Simon. A brief history of Open Data. *In: ParisTech Review*. Paris, 29 mar. 2013. Disponível em: <http://www.paristechreview.com/2013/03/29/brief-history-open-data/>. Acesso em: 2 maio 2020.

MACHADO, Jorge. Quando surgiram os 8 princípios dos dados abertos?. *In: COLAB. Colaboratório de Desenvolvimento e Participação*. São Paulo, 2 abr. 2015. Disponível em: <https://colab.each.usp.br/blog/2015/04/02/quando-surgiram-os-8-principios-dos-dados-abertos/>. Acesso em: 9 maio 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior (Cadastro e-MEC)**. Disponível em: emec.mec.gov.br. Acesso em: 21 maio 2020.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. SECRETARIA DE LOGÍSTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. Instrução Normativa nº 4, de 12 de abril de 2012. Institui a Infraestrutura Nacional de Dados Abertos - INDA. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 149, n. 72, p. 67, 13 abr. 2012.

PIRES, Karoline Marques. Dados abertos nas universidades federais: envolvimento interno e divulgação para a sociedade. **Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 58-80, maio/ago. 2019.

PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS (PBDA). **Conjuntos de dados**. Disponível em: http://www.dados.gov.br/dataset?q=universidade&sort=score+desc%2C+metadata_modified+desc&_organization_limit=0. Acesso em 15 maio 2020.

REZENDE, Eliana. Dados, Informação e Conhecimento. O que são?. *In: ER Consultoria*. **Gestão de Informação e Memória Institucional**. São Paulo, 10 nov. 2015. Disponível

em: <https://eliana-rezende.com.br/dados-informacao-e-conhecimento-o-que-sao/>. Acesso em: 2 maio 2020.

SANTOS JÚNIOR, Nelson Vieira dos; MÜLLER, Gilberto Irajá; PORTO, Josiane Brietzke. Open data: analysis of open data in Brazil. *In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON INFORMATION SYSTEMS & TECHNOLOGY MANAGEMENT – CONTECSI, 14., 2017, São Paulo. Anais [...].* São Paulo: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/318459616_Open_Data_analysis_of_open_data_in_Brazil. Acesso em: 30 abr. 2020.

SOARES, Lílíana. Classes de Informação em Inteligência Competitiva. *In: Lílíana Soares. Inteligência Competitiva.* [s.l.], 9 out. 2012. Disponível em: <https://lilianasoares.wordpress.com/2012/10/09/classes-de-informacao-em-inteligencia-competitiva/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

VASCONCELOS, Camila; SILVA, Gustavo da. Qual a diferença entre Dados, Informação e Conhecimento?. *In: Wholedata - Tecnologias da informação e estudos sobre processamento de dados. Wholedata.* [s.l.], 15 abr. 2016. Disponível em: <https://wholedata.wordpress.com/2016/04/15/diferenca-entre-dados-informacao-e-conhecimento/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

VIDIGAL, Luís. Dados, Informação e Bases de Dados. *In: Slideshare. LinkedIn SlideShare.* Lisboa, 18 out. 2010. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/vidigal/iscad-ti-201020111-dados-informao-e-bases-de-dados>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CAPÍTULO 6

The background of the page is a solid teal color. Overlaid on this is a complex, abstract geometric pattern. It consists of numerous thin, light-colored lines that connect various points, creating a network of irregular polygons. Some of these points are highlighted with small, semi-transparent circles in a slightly darker shade of teal. The overall effect is that of a digital or molecular structure, possibly representing a network or a complex system.

LGPD E O CAMPO DE ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA ATIVIDADE DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Douglas da Silva Araújo²¹³

Patricia Borba Vilar Guimarães²¹⁴

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo principal analisar o alcance e os limites de atuação do Poder Público no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais dos cidadãos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018). Inicialmente, buscou-se definir os novos conceitos jurídicos trazidos pela LGPD. Posteriormente, analisou-se a possibilidade de o tratamento de dados pessoais ser realizado pelas pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública, estabelecendo o campo de atuação, as prerrogativas e os respectivos limites à essa atividade. Ao final, pôde-se constatar que a atuação do Poder Público no tratamento de dados pessoais, prevista no art. 23 do referido diploma legal, encontra justificativa no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, podendo ser desempenhado diretamente pela Administração Pública ou por meio de delegatários, sob sua tutela, além dessa atividade de tratamento está sujeita aos princípios gerais dispostos pela norma. Metodologicamente, utilizou-

²¹³ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Planejamento e Dinâmicas Territoriais pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Especialista em Criminologia e Segurança Pública pela Faculdade Integrada de Patos (FIP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande (2013). Membro da base de pesquisa Direito e Desenvolvimento (UFRN). Tem experiência na área de Direito Penal e Direitos Humanos, com ênfase em estudos sobre violência contra a mulher. Atualmente, desenvolve pesquisa sobre proteção de dados pessoais. E-mail: douglasaraujojp@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8845939328554043>

²¹⁴ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (1997). Tecnóloga em Processamento de Dados pela Universidade Federal da Paraíba (1989); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2008). Mestre pelo Programa Interdisciplinar em Ciências da Sociedade, na área de Políticas Sociais, Conflito e Regulação Social, pela Universidade Estadual da Paraíba (2002). Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande (2010). É Advogada e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, no Departamento de Direito Processual e Propedêutica (DEPRO). Líder da Base de pesquisa em Direito e Desenvolvimento (UFRN-CNPq) Docente vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito (UFRN-Mestrado Acadêmico) e ao Programa de Pós-graduação em Gestão de Processos Institucionais (UFRN- Mestrado Profissional). Membro do European Law Institute (ELI). Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). Participa de atividades de cooperação internacional diversas, com projetos em desenvolvimento com: Universidade do Porto (UPORTO), no Centro de Investigação Jurídico-econômica (CIJE), Instituto Politécnico de Leiria (IPLEIRIA), Universidade de Coimbra, Departamento de Altos Estudos em Direito da Universidade de Coimbra (DaED), European Law Institute (ELI), Universidade do País Basco, Departamento de Direito Empresarial. Universidade de la Plata, Argentina (Governo Eletrônico). Universidade de Montréal, Canadá. E-mail: patriciaborb@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134219236556237>

se de uma abordagem exploratória para delimitar os institutos jurídicos dispostos pela LGPD, além do método hipotético-dedutivo para responder a problemática central da pesquisa.

Palavras-chave: Atividade de tratamento. Dados pessoais. Poder Público. Princípios. Supremacia do interesse público sobre o privado.

INTRODUÇÃO

O cotidiano dos agentes públicos e privados está prestes a mudar com o novo marco regulatório que as impactará como poucas leis antes fizeram. É o que se espera da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/18), sancionada em 13 de agosto de 2018, pela Presidência da República.

Depois de a União Europeia publicar, em maio, seu Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), o Senado Federal brasileiro rapidamente aprovou, no dia 10 de julho de 2018, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 53/2018 consolidando-se, após a sanção, como a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira – LGPD, alterando a Lei Federal n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), dispondo sobre a proteção e tratamento de dados pessoais.

A nova lei que tem previsão para entrar em vigência em maio de 2021, depois de transcorrido o período de *vacatio legis*. Agentes públicos, empresas privadas e própria sociedade terão esse tempo para realizar as devidas adaptações, visando o cumprimento da norma.

A promulgação da lei coloca o Brasil no rol de mais de 100 países que hoje podem ser considerados adequados para proteger a privacidade e o uso de dados.

A LGPD cria uma regulamentação para o uso, proteção e transferência de dados pessoais no Brasil, nos âmbitos privado e público, e estabelece de modo claro quem são as figuras envolvidas e quais são suas atribuições, responsabilidades e penalidades no âmbito civil, além de prescrever as funções da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), cuja inclusão se deu pela Medida Provisória n.º 869, de 2018.

Sob o aspecto constitucional, a lei está baseada nos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, na livre iniciativa e no desenvolvimento econômico e tecnológico do país, vindo suprir uma lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio no que diz respeito à tutela das relações jurídico-virtuais.

Nesse contexto, é possível concluir o quão urgente é a adaptação da Administração Pública e empresas privadas à LGPD, as quais terão o dever de provar, por meio de relatórios, que detêm de uma estrutura de segurança preparada para assegurar a proteção dos dados, onde quer que eles estejam armazenados.

Esse trabalho tem como objetivo principal analisar o alcance e os limites de atuação do Poder Público no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais dos cidadãos, com foco nas diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados.

Sob o prisma metodológico, utilizou-se de uma abordagem exploratória para delimitar os institutos jurídicos dispostos pela LGPD. Através do método hipotético-dedutivo foi possível constatar a hipótese deste trabalho, a qual consistiu em verificar a possibilidade legal de atuação do Poder Público no que diz respeito ao tratamento de dados dos usuários (cidadãos) dos serviços públicos.

Ao final, buscando responder a problemática inicial da pesquisa, concluiu-se pela possibilidade dessa atuação do Poder Público no tratamento de dados pessoais, conforme permissivo insculpido no art. 23 da LGPD, alicerçado no Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, estendendo tal prerrogativa às pessoas jurídicas de direito privado desde que tuteladas por pessoa jurídica de direito público, observando os limites impostos pelo respectivo diploma legal em várias passagens.

1. DADOS PESSOAIS, PRINCÍPIOS GERAIS E AGENTES DE PROTEÇÃO DE DADOS

Na atualidade, a tecnologia ocupa espaço central na sociedade do conhecimento e traz intrinsecamente a questão da ampliação do trabalho imaterial produtivo, com especial relevância aos aspectos da comunicação, do marketing, da publicidade e das

marcas como importantes ativos das sociedades empresárias, como formas de diferenciação em um mercado marcado pelo fenômeno da globalização (ARAÚJO; GUIMARÃES, 2018).

Essa "era virtual" abalizada pelas redes sociais e pela difusão do acesso à internet, especialmente por meio de smartphones, exige do Poder Público a criação de leis que visem a regular as novas formas de sociabilidades oriundas da sociedade virtual ou cibersociedade, como é o caso do Marco Civil da Internet, e da novel Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Ao acessar a internet, as redes sociais, sites de órgãos públicos e privados, as pessoas estão constantemente produzindo dados. O fenômeno do Big Data representa essa imensidão de volume de dados de grande variedade.

Em que pese à existência de benefícios advindos dos avanços tecnológicos, essa nova configuração [sócio-virtual] oriunda da relação homem-internet impulsiona a necessidade de tutela aos dados pessoais, a fim de "harmonizar o desenvolvimento da tecnologia e a preservação dos direitos de personalidade e de privacidade dos titulares dos dados" (CAVALCANTI; SANTOS, 2018, p. 354). É nesse contexto, que a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, de n.º 13.709, é sancionada em 14 de agosto de 2018.

Antes de adentrar na análise das disposições legais do novo diploma normativo, deve-se ressaltar que Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil teve forte influência da lei europeia GDPR (*General Data Protection Regulation*) de 25 de maio de 2018.

A crescente relação humano-máquina tornou preocupante para muitos Estados o controle de informações pessoais em rede. A entrada em vigor da General Data Protection Regulation (GDPR), na União Europeia, foi uma grande influência para o Projeto de Lei Complementar de proteção de dados pessoais aprovado no Brasil (PLC nº 53/2018).

(...)

Em 25 de maio de 2018, quando o GDPR começou a vigorar, outros países no mundo ainda sem legislações específicas sobre o regramento de dados pessoais foram pressionados a fixar regras transparentes sobre a proteção dessas

informações, devido à necessidade de compatibilidade para a transferência internacional dos dados²¹⁵.

Numa acepção geral, a LGPD visa a regulamentar o uso, proteção e transferência de dados pessoais no Brasil, nos âmbitos privado e público, estabelecendo os sujeitos envolvidos e quais são suas atribuições e responsabilidades, além de prever penalidades no âmbito civil para os ilícitos ocorridos ante a inobservância da referida norma.

Em seu artigo 1º, a lei deixa claro seu objetivo de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” a partir do tratamento de dados pessoais por parte de pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado, inclusive por meios digitais.

Assim, é possível perceber que o novo marco regulatório impactará diretamente na atividade cotidiana de muitas empresas, revelando-se essencial a realização de uma auditoria de dados pessoais existentes numa determinada organização, como uma forma de “primeiro passo” no caminho de adequação às diretrizes da LGPD.

Por conseguinte, analisando outros dispositivos da lei, o art. 5º faz uma espécie de compilação de temas e seus conceitos, os quais foram mencionados pelo texto pela lei, a saber: dado pessoal; dado pessoal sensível; dado anonimizado; banco de dados; titular; controlador; operador; encarregado; agentes de tratamento; tratamento; anonimização; consentimento; bloqueio; eliminação; transferência internacional de dados; uso compartilhado de dados; relatório de impacto à proteção de dados pessoais; órgão de pesquisa; autoridade nacional.

Em seu artigo 6º, a LGPD lista, além da boa-fé, os princípios a serem observados nas atividades de tratamento de dados pessoais, definindo-os da seguinte forma: a) princípio da

²¹⁵ MORAIS, Andrei Santos de; VITTONI, Julie Maria Figueira; CAVALCANTE JÚNIOR, Amadeu de Farias. A pessoa-em-rede no Direito Digital: por uma abordagem zetética à regulamentação da proteção de dados pessoais. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 406.

finalidade²¹⁶: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; b) princípio da adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; c) princípio da necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; d) princípio do livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; e) princípio da qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; f) princípio da transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; g) princípio da segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; h) princípio da prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; i) princípio da não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; j) princípio da responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

A LGDP trata, ainda, da importância do consentimento do titular como requisito primordial para o tratamento de dados (art. 7º, I).

O consentimento está vinculado à finalidade da coleta de dados previamente informada ao titular, inadmitindo-se, além

²¹⁶ Para Doneda “este princípio possui grande relevância prática: com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que é possível a estipulação de um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade (fora da qual haveria abusividade)” (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 2016).

de autorizações genéricas, informações de conteúdo enganoso, abusivo ou dúbio.

O artigo 4º do GDPR define consentimento como “manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”.

No mesmo sentido, a Lei de Dados brasileira apresenta definição semelhante em seu artigo 5º, XII, *in verbis*: “art. 5º Para os fins dessa lei, considera-se: XII: consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

Das disposições legais supracitados, depreende os seguintes elementos constitutivos do consentimento válido: (a) consentimento livre; (b) informado; (c) inequívoco; e (d) para finalidade específica e determinada.

Consentimento livre se dá pelo controle pleno do usuário sobre os seus dados postos a tratamento, só podendo ser exigido, como condição ao acesso a determinada aplicação de internet, em relação ao tratamento de dados absolutamente necessários à prestação dos serviços em questão.

Caso as exigências extrapolem o escopo dos serviços a serem prestados, o consentimento não será livre. Por sua vez, para que o consentimento seja considerado informado, devem ser fornecidas aos usuários, ao menos, informações sobre a identidade da empresa responsável pelo tratamento de dados e as finalidades a que o tratamento se destina. Já o consentimento inequívoco depende da manifestação por meio de um ato positivo do usuário, exigindo-se a indicação de sua aceitação, seja pelo envio de um e-mail, assinatura eletrônica ou até mesmo por um clique em local determinado (Exemplo: *checkboxes* – Termos de Uso ou Políticas de Privacidade). Por fim, a finalidade específica e determinada diz respeito à coleta de dados, a qual deve ser sempre vinculada a uma ou mais finalidades específicas e informadas na respectiva Política de Privacidade, sendo coibido o uso de dados para fins não previstos, sem prévio consentimento do usuário (MURINO, 2018, n.p.).

Ademais, o consentimento tem a prerrogativa de ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado (art. 14, § 5º). Para Mendes²¹⁷ “enquanto o consentimento possibilita o controle preventivo, a revogação permite o controle posterior do fluxo de dados pessoais, tendo em vista que o titular pode concluir que o tratamento não é adequado ou não atende mais aos seus interesses”.

A lei ainda obriga o controlador de dados de obter nova concordância do titular na hipótese de mudança de finalidade para o tratamento de dados não compatível com o consentimento inicialmente colhido. Nessa situação o titular poderá revogar o consentimento caso discorde da alteração (art. 15, § 2º).

A LGDP também definiu os agentes de tratamento de dados, controlador e operador. Além dessas figuras, a lei também previu a figura do encarregado que, apesar de não ter sido incluído como agentes de tratamento, detém relevante responsabilidade nessas relações. A seguir foi elaborado um quadro com as principais atribuições de cada sujeito:

²¹⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: Linhas gerais de um novo direito fundamental. Saraiva – Série IDP, 2014, p. 64.

Tabela 1 – Agentes de tratamento de dados

ATRIBUIÇÕES E RESPONSABILIDADES DO CONTROLADOR E OPERADOR DE DADOS (agentes de tratamento de dados – art. 5º, IX).		Observação:
Controlador	Operador	Encarregado
<p>Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as <u>decisões</u> referentes ao tratamento de dados pessoais (art. 5º, VI);</p> <p>Cabe ao controlador o <u>ônus da prova</u> de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei (art. 7º, § 2º);</p> <p>O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse (art. 10º, § 2º);</p> <p>O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial (art. 20, § 1º);</p> <p>Elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial (art. 38);</p> <p>Indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais (art. 41);</p> <p>Comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares (art. 48);</p>	<p>Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que <u>realiza</u> o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (art. 5º, VII);</p> <p>O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria (art. 39);</p>	<p>Pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (art. 5º, VIII);</p> <p>As atividades do encarregado consistem em: I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares (art. 41, § 2º);</p>

Fonte: elaborada pelos autores (2019).

Além do consentimento, a LGPD trata da anonimização e pseudanonimização. A primeira consiste no “processo em que um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta,

a um indivíduo, mediante a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento" (art. 5º, inciso XIII). Já a segunda corresponde ao 'tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro (art. 19, §4º).

No primeiro caso, o titular não pode ser identificado em razão do anonimato dos dados. Já no segundo caso, os dados também são anônimos, porém, pode, através de uma informação acessória, vincular-se ao seu titular. Um exemplo é um banco de sêmen.

Ainda merece destaque os dados pessoais sensíveis, considerados pela lei como todo "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural" (art. 5º, III).

Segundo Cavalcanti e Santos²¹⁸ "o reconhecimento da categoria de dados sensíveis é essencial para o reenquadramento do princípio da privacidade, à luz dos novos valores desenvolvidos na era do Big Data".

Analisando a importância da tutela dos dados pessoais sensíveis e preocupadas com a possibilidade de uma empresa ter acesso a tais dados, Moraes e Teffé²¹⁹ aludem que:

Uma vez munidas de tais informações (dados pessoais), entidades privadas e governamentais tornam-se capazes de "rotular" e relacionar cada pessoa a um determinado padrão de hábitos e de comportamentos, situação que pode favorecer inclusive graves discriminações, principalmente se analisados dados sensíveis.

²¹⁸ CAVALCANTI, Natália Peppi; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil na era do Big Data. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia** – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 361.

²¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEFFÉ, Chiara. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. Revista Pensar, v. 22, n. 1 2017, p. 21.

Desse modo, vê-se a necessidade de proteger de maneira rigorosa os dados pessoais sensíveis (MULHOLLAND, 2018).

Finalmente, cumpre mencionar que, apesar de no texto original ter sido vetada a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a Presidência da República promulgou a Medida Provisória 869/18, de 28 de dezembro de 2018, que estabeleceu sua criação, posteriormente convertida na Lei nº 13.853, de 2019.

Além dessa, a novíssima Medida Provisória n.º 959/2020, mais uma vez, prorrogou a *vacatio legis* da LGPD para 03 de maio de 2021. Alvo de constantes projetos de lei, a Lei de Proteção de Dados brasileira enfrenta uma verdadeira “batalha” legislativa para entrar em vigor.

Nas seções seguintes, serão analisados o alcance e os limites de atuação do Poder Público no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais dos cidadãos, problemática central deste trabalho.

2. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO

A LGPD conceitua tratamento de dados em seu art. 5º, inciso X:

[...] como toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

A maneira de como se dá o tratamento de dados pessoais pode afetar diretamente o direito à privacidade de qualquer indivíduo, por isso a importância de regulação da matéria, tendo em vista que todo cidadão tem o direito de ter acesso aos seus dados pessoais, o direito de retificá-los ou excluí-los, de decidir a respeito de seu destino e finalidade (TAVARES; ALVAREZ, 2017).

Nesse contexto, a LGPD representou uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar de forma pioneira da atividade de tratamento de dados pessoais.

Na perspectiva do tratamento de dados, a LGPD estabeleceu princípios, garantias, deveres e direitos dos cidadãos, dos prestadores de serviços e do próprio Poder Público, considerando que, expressamente, submeteu este último às suas diretrizes, conforme disposição contida no *caput* do artigo 23 da lei:

Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

Consoante menção expressa das pessoas jurídicas de direito público citadas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), válido transcrever quem são essas pessoas:

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, forçoso concluir que a referida lei se aplica às pessoas jurídicas da administração pública direta e indireta.

Voltando à análise do art. 23 da LGPD, conforme transcrito, o mesmo admite o tratamento de dados pelo Poder Público nas seguintes situações: a) para o atendimento de finalidade pública; b) na persecução do interesse público; c) com o objetivo de

executar as competências legais; d) para cumprir atribuições legais do serviço público.

Para Mello²²⁰ a finalidade nada mais é do que "o objetivo que o ato administrativo deve alcançar, de acordo com o comando legal". O Autor sustenta que finalidade é um elemento do ato administrativo e que está vinculada a um interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello²²¹ define finalidade como:

[...] o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados. Em outras palavras: é o objetivo inerente à categoria do ato.

Quando a Administração Pública atua no campo da privacidade e dos dados pessoais, a operação de tratamento é, sem sombra de dúvida, constituída por atos administrativos e, como tais, detêm como pressuposto de validade a sua finalidade²²².

No que diz respeito à segunda situação estabelecida pela LGPD, de que o tratamento deverá ser realizado na persecução do interesse público, tal hipótese está intrinsecamente relacionada à primeira, isso porque o interesse público deve ser objeto da finalidade do tratamento de dados pela Administração Pública, assim como a finalidade do tratamento de dados deve ser pautada no interesse público, sob pena de abuso de poder²²³ e invalidade do ato.

²²⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. O desvio de poder. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 228. 2002, p. 39.

²²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. rev. e atual. até a EC. 67. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 405.

²²² Os pressupostos de validade são: 1) pressuposto subjetivo (sujeito); 2) pressupostos objetivos (motivo requisitos procedimentais); 3) pressuposto teleológico (finalidade); 4) pressuposto lógico (causa); e 5) pressupostos formalísticos (formalização) (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. rev. e atual. até a EC. 67. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 392).

²²³ A ilegalidade do ato administrativo referente ao elemento finalidade, pode existir através do desvio de finalidade do administrador público ou do seu excesso de poder. Essas duas espécies compõem o gênero denominado abuso de poder (VIANA, Ruth Araújo. **Flagrante**

Sustentando essa relação, Gasparini²²⁴ assevera que a finalidade “é o requisito que impõe seja o ato administrativo praticado unicamente para fim de interesse público, isto é, no interesse da coletividade. Não há ato administrativo sem um fim público a sustentá-lo”.

E o que seria “interesse público” usado para justificar a atuação da Administração Pública no tratamento de dados, assim como na edição de outros atos administrativos? Para Borges²²⁵ interesse público é:

[...] é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.

Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.

O interesse público aqui considerado relaciona-se à ideia de universalidade e alicerça-se especialmente nas garantias e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Hachem²²⁶ além de conceituar, apresenta uma classificação de interesse público em sentido amplo e interesse público em sentido estrito:

(a) interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos

desvio de finalidade no ato administrativo como evidência do dolo presumido do administrador público. XXII Congresso Nacional do Ministério Público – AMMP, 2017, n.p.).

²²⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11º Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

²²⁵ BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 205, Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996, n.p.

²²⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 68-69.

os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo. Consiste num pressuposto negativo de validade da atuação administrativa, pois proíbe a prática de qualquer ato que contrariar tais interesses, bem como a expedição de um ato com o fito de atender a uma finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico prevê;

(b) interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (interesses específicos) também protegidos pelo sistema normativo.

Nessa diferenciação, o interesse público, ora considerado e justificado para o tratamento de dados pessoais da coletividade, encaixa-se na segunda classificação – *interesse público em sentido estrito* –, pois pressupõe “um agir” da Administração Pública e, em determinados casos, prevalece sobre interesses individuais. Contudo, este trabalho utilizará apenas da terminologia interesse público, sem considerar a distinção apresentada.

É válido ainda ressaltar que o interesse público se apoia em ao menos três princípios administrativos: a supremacia do interesse público sobre o privado, a indisponibilidade e a impessoalidade. O primeiro será visto com mais detalhes na seção seguinte.

Pela dicção do art. 23 da LGPD, é admissível, ainda, o tratamento de dados pelo Poder Público com objetivo de executar as competências legais e para cumprir atribuições legais do serviço público.

No primeiro, executar competências legais, nada mais é do que executar prerrogativas previstas na lei. Sobre o segundo caso, cumprir atribuições legais do serviço público, válido transcrever a

significação de serviço público dada por Di Pietro²²⁷ como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. Esta última situação, nada mais é, do que a responsabilidade do Estado em prestar serviços públicos.

A lei ainda admite ainda, em seu art. 7º, inciso III, o tratamento e compartilhamento de dados pessoais pela Administração Pública quando necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV da LGPD. Esta pesquisa entende que tal disposição é perfeitamente albergada pelas situações previstas no *caput* do art. 23, especialmente pelas situações de “executar as competências legais” e/ou “cumprir as atribuições legais do serviço público”.

Contudo, diante da amplitude do conceito de política pública, consubstanciado nas decisões de atores governamentais sobre agendas que correspondem a demandas sociais e grupos de interesses (COSTA, 1988), abre-se uma grande margem de manipulação de dados pelo setor público a pretexto de criação ou implementação de uma determinada política, evidenciando a necessidade de imposição de limites para sua atuação da Administração Pública nesse contexto de tratamento de dados.

3. EXCEÇÕES AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Aventando especificamente sobre a temática de proteção e tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, algumas premissas precisam ser pontuadas a partir da edição da Lei Geral de Proteção de Dados.

²²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102.

A primeira delas é a previsão contida no art. 4º, inciso III, que afasta a aplicabilidade da LGPD quando o tratamento de dados pessoais é realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão a infrações penais. Tal previsão possibilita, por exemplo, que os órgãos de segurança pública, como a Polícia Militar e a Polícia Civil, não tenham suas atividades submetidas às regras de proteção de dados.

A exclusão desses setores gerou inúmeras críticas por parte da sociedade e de grupos de interesse, principalmente pela preocupação de tão ampla exceção causar prejuízo à proteção da privacidade e ao exercício da liberdade de expressão. Bia Barbosa (2019? apud GALLAS, 2019) entende tal prerrogativa como um problema da legislação, principalmente por conta "dos aspectos do vigilantismo e da criminalização, que podem ser exacerbados em governos mais autoritários". A autora alude ainda que:

Vigilância tem tudo a ver com o exercício da liberdade de expressão, não só porque os movimentos sociais têm que poder organizar suas manifestações, organizar seus protestos, conduzir sua atuação para lutar por direitos, para reivindicar melhorias nas condições de vida no país, mas também porque um jornalista que vai denunciar um abuso policial tem que ter privacidade no diálogo com as suas fontes²²⁸.

Em que pese às críticas existentes em relação a esta exceção, é certo que a mesma se justifica no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Corroborando tal assertiva, Teffé²²⁹ alude que "um forte argumento para respaldar a utilização da imagem sem o consentimento de seu titular é o interesse público no fato exposto". Em seu trabalho, o autor não tratou especificamente sobre a LGPD, porém, fez ponderações acerca do uso da imagem,

²²⁸ GALLAS, Luciano. Proteção de dados: lei apresenta avanços, mas não esgota desafios à privacidade e liberdade de expressão. In: Observatório do direito à comunicação. **Direito à comunicação no Brasil**, 2018, Especiais. Matéria publicada em: 05 fev. 2019, n.p.

²²⁹ TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan./mar. 2017, p. 183.

mesmo sem consentimento do titular, desde que justificado no interesse público.

Assim, a o Poder Público poderá fazer uso da prerrogativa insculpida na LGPD para atuar diretamente no campo da segurança pública, fazendo uso de dados pessoais, sem que isso gere necessariamente violações as regras protecionistas.

Por conseguinte, pela dicção da norma, acredita-se que própria LGPD quis “aparar as arestas” dessas exceções, quando, por exemplo, limitou a inaplicabilidade da lei ao tratamento de dados para fins de segurança pública ao desenvolvimento de “atividades de investigação e repressão e infrações penais” (art. 4º, III, “d”).

Por isso, esta pesquisa acredita que, ainda que haja a exceção de que o Poder Público não está submetido às regras da LGPD quando atuar no campo da segurança pública, existem limites mínimos de atuação a serem observados, que ultrapassam as regras positivadas, encontrando óbices nos próprios princípios que, apesar de expressados pela lei, revestem-se de um caráter orientador, devendo nortear o tratamento de dados pela Administração Pública.

Em relação a esse caráter orientador, Robert Alexy (2008) entende que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, constituindo mandados de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas.

Numa coalizão entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e os princípios da LGPD, a saída é pela proporcionalidade, de modo que não haja mitigação de um ou de outro, mais sim uma ponderação entre interesses envoltos.

O resultado dessa ponderação, segundo Santiago (2000 *apud* AMORIM, 2005)²³⁰ “é a decisão em si, a solução corretamente

²³⁰ AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília ano 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005, p. 128.

argumentada conforme o critério de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece". Na seção seguinte tal assunto será tratado de forma mais detalhada.

Outra premissa a ser pontuada quando da edição da LGPD é a atuação de particulares no campo do tratamento de dados. Há vedação expressa no § 2º, do art. 4º da LGPD proibindo o tratamento de dados a que se refere o inciso III do *caput* do citado artigo (realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais) por pessoa de direito privado, à exceção de procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que serão objeto de informe específico à autoridade nacional e que deverão observar a limitação imposta no § 4º deste artigo.

Tal vedação justifica-se porque o Estado Democrático de Direito importa o monopólio estatal da violência. Não se admite que o Estado transfira, ainda que temporariamente, o poder de coerção jurídica ou física para a iniciativa privada. Isso não significa vedação a que algumas atividades materiais acessórias ou conexas ao exercício do poder de polícia sejam transferidas ao exercício de particulares. O que não se admite é que a imposição coercitiva de deveres seja exercitada por terceiros, que não os agentes públicos (JUSTEN FILHO, 2011).

Tal parágrafo prevê também que, em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do *caput* do artigo 4º poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público, conforme redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019.

Assim, pessoas jurídicas de direito privado (art. 44 do Código Civil), como é o caso das empresas públicas e das fundações governamentais, que detêm capital social exclusivamente público, poderão atuar no tratamento de dados no contexto da segurança pública, desde que tuteladas por pessoa jurídica de direito público.

Segundo art. 5º, II, do Decreto-Lei 200/67 empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por

lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. O mesmo art. 5º, inciso IV, conceitua fundação pública como entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

A tutela mencionada no § 2º, do art. 4º da LGPD é a tutela administrativa, e a entidade com personalidade jurídica privada poderá explorar o tratamento de dados desde que sob tutela e controle do Poder Público, isto é, as pessoas jurídicas de direito público.

Interessante observar que § 4º fala em totalidade de dados, o que abre margem para interpretação da possibilidade de a iniciativa privada exercer, desde que tutela pela Administração Pública, atividade “parcial” de tratamento de dados pessoais, mesmo nas hipóteses previstas no art. 4º, III, da LGPD.

Tal hipótese pode justificar a atuação de uma empresa privada na execução dos “atos de suporte” ou “atos técnicos” no âmbito do tratamento de dados pessoais pela Administração Pública, ou seja, desenvolvendo atividades materiais acessórias ou conexas ao exercício do poder de polícia, característico dos órgãos de segurança pública. É certo que poder de polícia em si é indelegável, porém, nesse ponto, não se trata da delegação do poder de polícia, mas sim seus atos materiais, como, por exemplo, instalando câmeras e sensores em uma cidade no intuito de identificar ações criminosas e reconhecer suspeitos, o que já acontece rotineiramente com radares eletrônicos instalados nas rodovias do país.

Importante ainda ressaltar que a tutela administrativa será exercida diretamente pela Administração Pública, seja por seus órgãos policiais, seja por meio da Autoridade Nacional de Proteção

de Dados (ANPD), com competência prescrita pelo art. 55-J²³¹ da LGPD, sendo um órgão federal, integrante da Presidência da República, que irá editar normas e fiscalizar procedimentos sobre proteção de dados pessoais.

No título seguinte, serão abordados os limites para atuação do Poder Público no âmbito do tratamento de dados pessoais, aplicáveis também às pessoas jurídicas de direito privado que desempenhem tal função sob regime de concessão (PPP).

²³¹ Art. 55-J. Compete à ANPD: (Incluído pela Medida Provisória nº 869, de 2018)

I - zelar pela proteção dos dados pessoais;

II - editar normas e procedimentos sobre a proteção de dados pessoais;

III - deliberar, na esfera administrativa, sobre a interpretação desta Lei, suas competências e os casos omissos;

IV - requisitar informações, a qualquer momento, aos controladores e operadores de dados pessoais que realizem operações de tratamento de dados pessoais;

V - implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei;

VI - fiscalizar e aplicar sanções na hipótese de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;

VII - comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento;

VIII - comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei praticado por órgãos e entidades da administração pública federal;

IX - difundir na sociedade o conhecimento sobre as normas e as políticas públicas de proteção de dados pessoais e sobre as medidas de segurança;

X - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle e proteção dos titulares sobre seus dados pessoais, consideradas as especificidades das atividades e o porte dos controladores;

XI - elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade;

XII - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional;

XIII - realizar consultas públicas para colher sugestões sobre temas de relevante interesse público na área de atuação da ANPD;

XIV - realizar, previamente à edição de resoluções, a oitiva de entidades ou órgãos da administração pública que sejam responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica;

XV - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação; e,

XVI - elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades.

4. LIMITES DE ATUAÇÃO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Como sustentado, tanto o Poder Público como entes privados poderão exercer atividade de tratamento de dados pessoais. Apesar de a Administração Pública ter em seu favor exceções que fogem da aplicação da LGPD, alicerçadas principalmente no princípio da supremacia do interesse público, acredita-se que não há como considerar ilimitada e irrestrita sua atuação no exercício dessa atividade.

A sociedade da informação, surgida no final do século XX, remodelou organismos e instituições com a difusão tecnológica, a velocidade na produção e na edição de informações, exigindo ainda mais proteção à personalidade a partir de instrumentos jurídicos capazes de auxiliar na efetivação do direito à privacidade.

Para Fortes²³²:

[...] o direito fundamental à privacidade passa a ter dimensão mais ampla e, sobretudo atual e contextualizada com a sociedade da informação, permitindo, assim, melhor encaixe do Direito sobre os novos modos de interação social que a internet apresenta de forma recorrente, bem como torna viável o enfrentamento das problemáticas de natureza jurídica, decorrentes de uma sociedade em rede ou de um "Estado de Vigilância".

Nesse arcabouço, é certo que o direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, da CF²³³, não pode ser mitigado a pretexto do interesse público. Como alude Schier²³⁴ "não há que se falar em

²³² FORTES, Vinícius Borges. **O direito fundamental à privacidade**: uma proposta conceitual para a regulamentação da proteção dos dados pessoais na internet no Brasil. Tese de Doutorado - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015, p. 184.

²³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

²³⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo**

irrestrita supremacia do interesse público sobre o privado, eis que o público só poderá prevalecer em determinadas condições que não impliquem em negação absoluta dos interesses privados”.

Mais uma vez, a saída é pela ponderação. Diante a natureza jurídica dúplice dos direitos fundamentais, tendo em vista que compõem uma categoria especial de direitos subjetivos e parte integrante do direito objetivo, posto que são princípios, em caso de coalizão dos mesmos com outra garantia ou princípio constitucional, como é o caso do interesse público, também deve haver um sopesamento entre os dois, no objetivo de alcançar a solução mais razoável para o caso concreto (OLIVEIRA, 2009).

Nesse esteio, pode-se afirmar que, em que pese existir em favor da Administração Pública prerrogativas inerentes ao tratamento de dados, como, por exemplo, a não submissão à LGPD nos casos previstos no art. 4º, III da norma, a sua atividade deve ser sempre orientada nos princípios e garantias previstos pela referida lei e no ordenamento jurídico.

A LGPD, apesar de não detalhar os casos de sua inaplicabilidade, traz em seu bojo previsão relativa à dispensa de consentimento do titular dos dados, que se amolda a perspectiva sustentada por este trabalho, de que tais prerrogativas (inaplicabilidade ou dispensa) não ilidem a responsabilidade do Poder Público ou pessoas jurídicas de direito privado de observar os princípios e garantias no exercício da atividade de tratamento dados:

Art. 7º (*omissis*)

§ 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.

Dentre os princípios mencionados estão aqueles previstos no art. 6º da LGPD: boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança,

e Constitucional. Ano 4, n. 17, p. 87-105, jul/set. 2004, p. 101.

prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

No que diz respeito à boa-fé, tal princípio deve pautar a ação do Poder Público no tratamento de dados pessoais. Ponderando sobre o princípio da boa-fé como balizador e limitador da atividade administrativa, Marrara²³⁵ alude:

[...] a boa-fé da administração pública, sobretudo como boa-fé objetiva, também opera restrições ao poder de escolha da autoridade pública no caso concreto. A boa-fé imposta ao poder público como norma de conduta derivada, em última instância, da moralidade administrativa demanda decisões probas, razoáveis e cooperativas, e não meramente legais. Por isso, a necessidade de observância simultânea desses atributos restringirá inevitavelmente o poder de escolha inicialmente conferido por uma regra jurídica ao agente público, ocasionando, não raro, o aniquilamento da discricionariedade administrativa.

Nessa interpretação, a boa-fé, além de princípio norteador da atividade de tratamento de dados, deve pautar também a atuação da Administração Pública, mesmo quando esta aja pautada em alguma discricionariedade, como, por exemplo, nas as situações previstas no art. 4º, inciso III, referentes aos casos de inaplicabilidade da Lei, quando para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais.

O princípio da finalidade nada mais é do que explicar ao titular o motivo de uso dos seus dados, observando propósitos legítimos, específicos, explícitos.

No âmbito do direito administrativo, para Tácito²³⁶ "a conduta da Administração Pública deve pautar-se necessariamente

²³⁵ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 28, n. 5, p. 554-576, mai. 2012a, p. 245.

²³⁶ TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 206, p. 1-8, out./dez. 1996, p. 08.

pela finalidade da competência e conduzir sua atuação pelos postulados correlatos de proporcionalidade e razoabilidade”.

Trazendo para o debate do tratamento de dados pelo Poder Público, o princípio da finalidade deve ser observado mesmo quando o objetivo do tratamento possa ser omitido, como, por exemplo, ocorre a prerrogativa dos órgãos de investigação – Polícias e Ministério Público. Apesar dessa exceção, os referidos órgãos devem observar a proporcionalidade e razoabilidade no tratamento de dados, fazendo-o por meios lícitos e da maneira menos lesiva ao titular, sendo decorrência lógica do princípio da finalidade.

O princípio da adequação é decorrência do princípio da finalidade, significando a compatibilidade do tratamento com os propósitos informados ao titular.

De maneira clara, Marrara²³⁷ discorre sobre o princípio da adequação:

A adequação do ato estatal consiste em sua aptidão para o fim público que orienta sua prática. Se o Estado existe em função de interesses públicos e, por conseguinte, se os atos estatais (legislativos, executivos e judiciais) são praticados no intuito de atender a esses interesses, então um ato estatal somente se mostra moralmente aceitável e legítimo na medida em que, faticamente, seja capaz de promover um determinado interesse público no caso concreto. A regra da adequação configura, portanto, um mandamento de correlação lógica entre o ato estatal (ato administrativo, normativo ou ato material) e a finalidade pública que o justifica.

Assim, a adequação é princípio ligado ao aspecto procedimental ao desenvolvimento da atividade, no caso, ao tratamento de proteção de dados.

Quanto ao princípio da necessidade, considera-se decorrência prática da finalidade, proporcionalidade e razoabilidade, ao passo que a atividade do tratamento de dados deve se restringir

²³⁷ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.3, n.1, 2016, p. 114.

ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos (art. 6º, III, LGPD).

Os princípios de livre acesso, qualidade dos dados, transparência e prestação de contas podem ser entendidos como desdobramentos de um princípio maior da Administração Pública, que é o princípio da publicidade. Segundo Limberger²³⁸:

Embora a transparência não seja expressa dentre os princípios que regem a administração pública, a partir dos já enunciados, deles pode-se extrair. Desta forma, a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e o princípio democrático. A publicidade visa por meio da divulgação do fato, assegurar que o ato foi praticado de acordo com a legalidade, moralidade e os demais preceitos que regem a administração.

Ainda como decorrente do princípio da finalidade, tem-se o princípio da não discriminação que veda a realização de tratamento de dados com fins ilícitos ou abusivos.

Por sua vez, os princípios da segurança e da prevenção estão vinculados ao aspecto procedimental do tratamento de dados, considerando que a respectiva atividade deve utilizar de técnicas e métodos aptos a proteger os dados pessoais e prevenir a ocorrência de danos em virtude de situações acidentais ou ilícitas.

Por fim, o princípio da responsabilização correspondente à demonstração pelo agente do emprego de medidas eficazes, da observância e do cumprimento das normas de proteção de dados pessoais. A LGPD tratou especificamente "da responsabilidade e do ressarcimento de dados" nos artigos 42 a 45.

Nesse cenário, os princípios em questão devem orientar e reger a atividade de tratamento de dados, mesmo nas hipóteses de inaplicabilidade da LGPD, pois trazem consigo requisitos

²³⁸ LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 60, ago. 2008, p. 64.

mínimos de validade que devem ser observados, sob pena dos Entes Públicos (ou privados) incorrer em ilegalidade, seja por desvio ou excesso de poder.

Válido transcrever as lições de Mello²³⁹ que tratam da necessidade de observância de princípios:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Perceba-se que os princípios apresentam valores impositivos, obrigatórios, contendo caráter normativo e cogente, característico do pós-positivismo. Na concepção de Canotilho (1999, p. 1091), "os princípios desempenham a função de vetores interpretativos, mas também a função de atualizar a norma, adaptando-a aos novos valores sociais em um processo denominado de mutação silenciosa, vinculando, dessa forma, o Legislador no momento da elaboração de uma norma jurídica".

Portanto, considerando que os princípios insculpidos pela LGPD são decorrentes dos próprios princípios constitucionais, detentores de força normativa e vinculante, a sua inobservância acarretaria a nulidade da atividade de tratamento de dados e, conseqüentemente, na aplicação das sanções previstas pela lei específica, em seu capítulo VIII, *sem prejuízo* das responsabilidades civil e criminal, desde que cabíveis no caso concreto.

²³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 943.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente trabalho, constatou-se que a Lei Geral de Proteção de Dados detém prerrogativas específicas com relação à atividade de tratamento de dados pessoais desempenhadas pela Administração Pública, sejam entidades que compõem a Administração Direta ou indireta, especialmente quando os órgãos públicos precisam utilizar dados para implementar e executar políticas públicas, além de oferecer serviços aos cidadãos. Ademais, verificou-se que é permitido o uso compartilhado de dados por entes públicos, desde que respeitados os princípios previstos na Lei.

Viu-se também que lei estabeleceu algumas exceções ao tratamento por parte de órgãos públicos. Por exemplo, no desempenho de atividades de segurança pública, a LGPD não tem validade.

Concluiu-se ainda que, mesmo nos casos de exceções de aplicabilidade da lei (para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão e infrações penais), o Poder Público deve observar limites mínimos de atuação quando desenvolver atividade de tratamento de dados, que ultrapassam as regras positivadas, encontrando óbices nos próprios princípios insculpidos pela norma, os quais devem orientar referida atividade, visando essencialmente o interesse público.

Ressalte-se que a LGPD somente permitiu a totalidade do tratamento de dados por pessoa jurídica de direito privado nas hipóteses previstas no art. 4º, III, quando for constituída por capital integralmente público, como é o caso das empresas públicas e das fundações governamentais. Constatou-se também que nada impede que empresas privadas desenvolvam atividades materiais acessórias ou conexas ao tratamento de dados pessoais, como acontece com particulares que executam atividades materiais no âmbito do poder de polícia, ressaltando a lei que esses processos precisam se dar sob a tutela de pessoa jurídica de direito público.

Por fim, concluiu-se que o tratamento de dados pessoais, seja ele realizado pelo Poder Público, ou por pessoa jurídica de direito privado que desempenhe tal função sob delegação, deve ser sempre orientado pelos princípios e garantias previstos pela

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e pelo ordenamento jurídico pátrio.

Os princípios insculpidos pela LGPD são decorrentes dos próprios princípios constitucionais, detentores de força normativa, legítimos mandamentos de otimização, e a sua inobservância poderá acarretar a nulidade da atividade de tratamento de dados, até mesmo quando desempenhada pelo Poder Público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília ano 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

ARAÚJO, Douglas da Silva. GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. O direito à cidade no contexto das smart cities: o uso das TICs na promoção do planejamento urbano inclusivo no Brasil. **Revista de Direito da Cidade. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**. ISSN: 2317-7721. V. 10, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/33226>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 205, Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. **Lei n 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 15 jun. 2019.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 01 mar. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALCANTI, Natália Peppi; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil na era do *Big Data*. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia** – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 351-366.

COSTA, Nilson do Rosário. **Políticas públicas, justiça distributiva e inovação: saúde e saneamento na agenda social**. São Paulo: Hucitec, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

FORTES, Vinícius Borges. **O direito fundamental à privacidade: uma proposta conceitual para a regulamentação da proteção dos dados pessoais na internet no Brasil**. Tese de Doutorado - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/17425692/O_direito_fundamental_%C3%A0_privacidade_uma_proposta_conceitual_para_a_regulamenta%C3%A7%C3%A3o_da_prote%C3%A7%C3%A3o_dos_dados_pessoais_na_internet_no_Brasil. Acesso em: 20 nov. 2020.

GALLAS, Luciano. Proteção de dados: lei apresenta avanços, mas não esgota desafios à privacidade e liberdade de expressão. In: Observatório do direito à comunicação. **Direito à comunicação no Brasil**, 2018, Especiais. Matéria publicada em: 05 fev. 2019. Disponível em: <http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=3024>. Acesso em: 10 abr. 2019.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11º Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GDPR – **General Data Protection Regulation** (Regulamento Geral de Proteção de Dados). Disponível em: <https://www.galvaoesilva.com/lei-gdpr-em-portugues/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://www.encurtador.com.br/ijFH1>. Acesso em: 20 dez. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 60, ago. 2008. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246468989.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 28, n. 5, p. 554-576, mai. 2012a.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.3, n.1, p.104-120, 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rdda/article/view/108986>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. rev. e atual. até a EC. 67. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Rafael Munhoz de. O desvio de poder. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 228, p. 31-66, abr/jun. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46522/44473>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Linhas gerais de um novo direito fundamental. Saraiva – Série IDP, 2014, p. 72-73.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEFFÉ, Chiara. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Revista Pensar**, v. 22, n. 1 2017.

MORAIS, Andrei Santos de; VITTONI, Julie Maria Figueira; CAVALCANTE JÚNIOR, Amadeu de Farias. A pessoa-em-rede no Direito Digital: por uma abordagem zetética à regulamentação da proteção de dados pessoais. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 393-410.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais – FDV**, v. 19, n. 3, 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 01 fev. 2019.

MURINO, Thiago Barrizzelli. **O consentimento válido nas novas leis de proteção de dados**. Migalhas, 24 ago. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286214,81042-O+consentimento+valido+nas+novas+leis+de+protecao+de+dados>. Acesso em: 01 fev. 2019.

OLIVEIRA, Danielle Moreira de. **A Limitação da Supremacia do Interesse Público**. 2009 (Trabalho de Conclusão de Curso) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2009. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/DanielleMoreiradeOliveira.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 4, n. 17, p. 87-105, jul/set. 2004. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/610>. Acesso em 10 jul. 2019.

TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 206, p. 1-8, out./dez. 1996.

TAVARES, Letícia Antunes. ALVAREZ, Bruna Acosta. **Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil.** In: Brasil e EUA: temas de direito comparado/coordenação: Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Thiago Baldani Gomes De Filippo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan./mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em 10 jul. 2019.

VIANA, Ruth Araújo. Flagrante desvio de finalidade no ato administrativo como evidência do dolo presumido do administrador público. In: XXII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AMMP. **Anais [...]**, 2017. Disponível em: <https://congressonacional2017.amp.org.br/public/arquivos/teses/38.pdf>. Acesso em 02 jun. 2019.

CAPÍTULO 7

The background of the page is a solid teal color. Overlaid on this is a complex, abstract geometric pattern. It consists of numerous thin, light-colored lines that connect various points, creating a network of irregular polygons. Some of these points are highlighted with small, solid teal circles, while others are just small dots. The overall effect is that of a digital or molecular structure, or perhaps a network diagram, rendered in a minimalist and modern style.

TRANSPARÊNCIA E EFICIÊNCIA NO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE MEIO AMBIENTE

Carlos Sérgio Gurgel da Silva²⁴⁰

Maria Rita Bezerra da Silva²⁴¹

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Neste sentido, todo cidadão tem direito a conhecer todas as etapas e aspectos técnicos relacionados à gestão pública ambiental. Este fato revela a importância dos cadastros que dispõem de informações relacionadas a qualidade do meio ambiente e acerca da gestão pública ambiental, em especial o Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente, que é, por excelência um sistema que interconecta os órgãos integrantes do SISNAMA responsáveis pela implementação das políticas ambientais de sua competência, dispondo de informações relativas a empreendimentos, além de estudos e anotações técnicas que podem subsidiar a análise e interpretação de dados em outras análises ambientais. A ideia do SINIMA, ao menos em sua essência, é permitir que a população interessada também tenha acesso ao conteúdo (público) de estudos e relatórios ambientais, de modo que se possa dar concretude aos princípios da informação e da participação, pilares do direito ambiental brasileiro.

Palavras-chave: Eficiência. Transparência. Meio Ambiente. Direito Ambiental. Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente.

²⁴⁰ Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa [Portugal], Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte [UFRN], Especialista em Direitos Fundamentais e Desenvolvimento pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte [FESMP-RN], Professor Efetivo [Adjunto IV] do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte no Campus de Natal/RN, Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/RN, Vice-Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RN, membro da Comissão de Estudos Constitucionais, Legislação, Doutrina e Jurisprudência da OAB/RN, Conselheiro Suplente do Conselho Seccional da OAB/RN, Conselheiro Suplente do CONCIDADE do Município de Natal e Geógrafo. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. E-mail: carlossergio@uern.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6629152920412713>.

²⁴¹ Acadêmica do sétimo período do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte no Campus de Natal, membrea do Projeto de Extensão LIVES Direito UERN Natal. E-mail: marianatnatal@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7962704522317966>.

INTRODUÇÃO

O Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente, conhecido também pela sigla SINIMA, é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, previsto no artigo 9º, inciso VII da Lei nº 6.939/1981. Os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente são meios capazes de efetivar seus objetivos e princípios. Importante destacar que para que uma política pública qualquer seja eficiente é importante que disponha de meios (mecanismos) que sejam possíveis efetivar as propostas definidas no comando normativo que a instituiu.

Apesar de sua importância, não há regulamentação específica, por meio de decreto, que trate exclusivamente acerca do funcionamento e objetivos do Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente, o que no nosso entender é uma omissão grande do Estado brasileiro, uma vez que um sistema como esse, que dispões de informações sobre a gestão pública ambiental e sobre a qualidade do meio ambiente não apenas deveria existir, mas deveria ser amplamente divulgado nos meios de comunicação, inclusive propagandas em canais de TV com sinal aberto, internet e todos os meios de ampla divulgação. A ideia é despertar na população o interesse pela temática da defesa ambiental, de modo que possa fiscalizar eventuais omissões ou “impugnar” de forma administrativa ou judicial ações e ou omissões que possam causar danos significativos ao meio ambiente.

No entanto, apesar da ausência de uma regulamentação mais ampla por meio de decreto regulamentar, há uma portaria do Ministério do Meio Ambiente que instituiu a Política de Informação do Ministério do Meio Ambiente. Trata-se da Portaria nº 160 de 19 de maio de 2009, que trataremos em detalhes nos itens seguindo desta exposição analítica.

No presente capítulo abordaremos o tema da transparência e eficiência do SISNAMA, partindo em um primeiro momento, da Política Nacional do Meio Ambiente, apontando e discorrendo sobre seus objetivos, princípios e instrumentos. Na sequência, será tratado do tema “transparência na tutela ambiental e a efetivação dos princípios da informação, participação e

cooperação”, para então, na sequência, trazer à discussão o tema da responsabilidade intergeracional e os desafios do desenvolvimento sustentável. Por fim, discutiremos sobre o Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente e sua importância estratégica, onde serão tratados os temas: transparência no SINIMA e eficiência administrativa ambiental no SINIMA.

1. POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE: OBJETIVOS, PRINCÍPIOS E INSTRUMENTOS

A Política Nacional do Meio Ambiente, criada através da Lei nº 6.938/1981 é a “espinha dorsal” do sistema de gestão pública ambiental, apontado como necessário desde o Texto Constitucional. Foi através dessa lei que se criou um sistema de defesa e de promoção de valores ambientais na história do país. Esta política surge no país em um momento anterior à consolidação do constitucionalismo ambiental que culminaria com a redação da Constituição de 1988. Neste sentido, vale recordar que nenhum outro Texto Constitucional anterior ao de 1988 havia sequer registrado o termo “meio ambiente”. A Carta Magna de 1988, desta forma, inaugura um novo momento na história constitucional do país: o da instituição de um Estado de Direito Ambiental, onde os valores da defesa ambiental estão no centro de todas as políticas de desenvolvimento social e econômico.

Importante, ainda, registrar que a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída através da Lei nº 6.938/1981 surge em um contexto histórico de muita significância na história do ambientalismo mundial, nove anos depois da realização da I Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, ocorrida na cidade sueca de Estocolmo, no ano de 1972, da qual o Brasil participou, enviando delegação.

O artigo 2º (*caput*) da lei em comento (Lei nº 6.938/1981) aponta quatro objetivos a serem atingidos com a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente. Entre esses objetivos estão: 1) preservação do meio ambiente; 2) melhoria e recuperação

da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar no País, condições para o desenvolvimento sócio econômico; 3) interesses da segurança nacional, e; 4) proteção da dignidade da vida humana.

Passemos a analisar cada um desses objetivos em separado.

1) Preservação do meio ambiente – Preservar o meio ambiente significa cuidar do ambiente, mantendo suas características essenciais, de modo que o equilíbrio ecossistêmico possa ser assegurado. Neste sentido, preservar é um dever que decorre da responsabilidade que todos têm para com o ambiente que o cerca. O dicionário Soares Amora define preservar como “1. livrar de algum dano; 2. Manter livre de corrupção; resguardar, proteger”²⁴². O dicionário Aurélio define preservar como “1. Livrar(-se) de algum mal ou dano; 2. Livrar(-se), resguardar(-se); 3. Livrar, defender”²⁴³.

2) Melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida – A responsabilidade ambiental impõe a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Neste sentido o dever dos indivíduos, enquanto membros de uma coletividade social é de contribuir para a melhoria da qualidade do ambiente onde mantém interação direta. É possível melhorar o ambiente respeitando seus limites físicos, se comportando de modo a minimizar ou mitigar eventuais danos ao ambiente, mesmo que estes sejam mínimos (ínfimos), colaborar com a sociedade e com o Estado, visando a uma proteção ou conservação efetiva do ambiente, enfim, melhorar o ambiente é ser um agente ativo (participativo) em políticas públicas e ações sociais voltadas à minimização dos riscos de danos, comuns em uma sociedade, classificada por Ulrich Beck, como sociedade de risco²⁴⁴, de modo que seja possível assegurar no País,

²⁴² AMORA, Antônio Soares. **Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 693.

²⁴³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O miniaurélio da língua portuguesa dicionário**. 7. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2008, p. 652.

²⁴⁴ Cfr. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

condições para um desenvolvimento sócio econômico sustentável²⁴⁵.

3) Interesses da segurança nacional – segurança nacional é um conceito antigo, tendo suas bases sido lançadas nos Tratados de Vestfália (século XVII). Trata-se de defender os interesses soberanos dos países. Na realidade brasileira sua base está exposta no Texto Constitucional de 1988 (art. 173). No entanto, a segurança nacional descrita na Lei nº 6.938/1981 está mais relacionada a segurança ambiental, ou seja, trata-se de considerar os bens ambientais estratégicos não apenas para o desenvolvimento nacional, mas também ao bem-estar da população brasileira e do próprio meio ambiente, em sua perspectiva intrínseca.

4) Proteção da dignidade da vida humana – o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal como descrito no artigo 225 da Constituição de 1988²⁴⁶, é um direito de todos. Trata-se de substrato essencial para a fruição do direito à vida, assegurado no artigo 5º, *caput*, do mesmo Texto Constitucional. Desta forma, ao se garantir a efetivação da Política Nacional do Meio Ambiente, através da atuação conjunta e coordenada dos órgãos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), está-se, em verdade, a garantir vida digna a todos, uma vez que pode se tratar de direito humano fundamental.

No que diz respeito aos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, importante atentar para as especificações contidas

²⁴⁵ Sobre a sociedade de risco, interessante a reflexão trazida por Helene Sivini Ferreira: “Enquanto a denominada “sociedade de risco” avança, é necessário trazer ao debate público os perigos que nascem dessas transformações e as consequências que poderão advir da simples adoção de mecanismos que apenas têm como objetivo mascarar uma situação que é real e, de certo modo, irreversível. É essencial, portanto, reconhecer e conhecer os riscos ecológicos e, a partir de então, iniciar a construção de uma verdadeira sociedade ambiental” (FERREIRA, Helene Sivini. O risco ecológico e o princípio da precaução. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Estado de direito ambiental**: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 56).

²⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 de junho de 2020.

no artigo 2º da Lei 6.938/1981²⁴⁷. São objetivos gerais dessa política: a) preservar o meio ambiente; b) realizar melhorias no meio ambiente; c) recuperar a qualidade ambiental; d) assegurar condições para o desenvolvimento socioeconômico; e) resguardar os interesses da segurança nacional; f) proteger a dignidade da pessoa humana (*caput* do art. 2º). Além desses princípios gerais, que chamaremos de macro princípios da política ambiental, há ainda outros princípios específicos, que podemos denominar de micro princípios²⁴⁸ do Política Nacional do Meio Ambiente. São eles os princípios: I) da ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; II) da racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III) do planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV) da proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V) do controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; VI) dos incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; VII) do acompanhamento do estado da qualidade ambiental; VIII) da recuperação de áreas degradadas; IX) da proteção de áreas ameaçadas de degradação; X) da educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Como se percebe, os princípios referidos são autoexplicativos, uma vez que conseguem esclarecer, de forma direta, suas finalidades e o seu papel na tarefa de efetivar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como dispõe o artigo 225 do Texto Constitucional.

No que diz respeito aos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, estes encontram-se apontados de forma clara

²⁴⁷ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm>. Acesso em 27 de junho de 2020.

²⁴⁸ Apesar da classificação de micro princípios, não quer dizer que sejam princípios de menor relevância. São tão importantes quanto os princípios definidos no *caput*. No entanto, pela posição que coloca o próprio texto legal, há uma definição de princípios gerais, no sentido de serem estruturantes (princípios-diretrizes) e princípios específicos.

no artigo 9º da Lei nº 6.938/1981, a saber: a) estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; b) zoneamento ambiental; c) avaliação de impactos ambientais; d) licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; e) incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; f) criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; g) sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; h) Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumento de Defesa Ambiental; i) penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental; j) instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; l) garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; m) Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais; n) instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros.

Como se percebe, o Sistema Nacional do Meio Ambiente é apenas um dos diversos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 9º, inciso VII). Todo esse conjunto de instrumentos, como dito antes, são fundamentais para a efetivação da política nacional, políticas estaduais e políticas municipais voltadas à manutenção da qualidade ambiental propícia à vida com qualidade para todos os seres vivos, inclusive os seres humanos.

2. TRANSPARÊNCIA NA TUTELA AMBIENTAL E A EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INFORMAÇÃO E DA PARTICIPAÇÃO

A transparência é um valor fundamental em um Estado de Direito que se proclama democrático. Como diz o ditado popular: “quem não deve não teme”, a transparência é corolário da efetivação de outros princípios muito importantes para a defesa jurídico-ambiental como os princípios da informação, da participação e do desenvolvimento sustentável.

O valor transparência decorre e se relaciona intimamente com outros valores como a ética e a publicidade dos atos administrativos e de atos e documentos, que mesmo oriundos de particulares têm relevância e interesse público, como por exemplo, documentos anexados pelos particulares em processos de licenciamentos ambientais. O valor da publicidade tornou-se em princípio expresso a reger a Administração Pública, como resta expressamente consignado no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988.

Passemos a considerar a relevância prática dos princípios da informação e da participação. O princípio da informação é fundamental para que possa haver qualidade e efetividade na participação da população em fóruns públicos ou por acionamento do Judiciário.

Paulo Affonso Leme Machado²⁴⁹ recorda que a Declaração do Rio de Janeiro/92, em uma das frases do Princípio 10, afirma que:

(...) no nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades.

Este mesmo doutrinador ensina que a informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública. Valioso formar a consciência ambiental, mas com canais próprios,

²⁴⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

administrativos, para manifestar-se. O grande destinatário da informação – o povo, em todos os seus segmentos, incluindo o científico não-governamental – tem o que dizer e opinar. Neste sentido, as informações ambientais recebidas pelos órgãos públicos integrantes do SISNAMA devem ser disponibilizadas à população, excetuando-se, por óbvio, as matérias que tratam de sigilo industrial ou sigilo do Estado. Tais informações devem ser apresentadas sistematicamente e com regularidade, e não apenas quando ocorrem acidentes ambientais²⁵⁰.

Em relação ao princípio da participação, ensina Édis Milaré²⁵¹ que:

O princípio da participação comunitária, que não é exclusivo do direito ambiental, expressa a ideia de que, para a resolução dos problemas do ambiente, deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e execução da política ambiental. Isto vale para os três níveis da Administração Pública.

Ainda, Milaré explica que é indispensável que o cidadão se envolva no equacionamento e efetivação das políticas ambientais, dado que o sucesso dessas supõe que todas as categorias da população e todas as forças da sociedade, cientes de suas responsabilidades, possam contribuir para a proteção e melhoria do meio ambiente, que, afinal, é um bem e direito de todos. Como exemplo de aplicação desse princípio podemos citar a realização de audiências públicas no curso de processos de licenciamento ambiental que demandem a realização de estudos prévios de impacto ambiental²⁵².

²⁵⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

²⁵¹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 277.

²⁵² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 277.

3. RESPONSABILIDADE INTERGERACIONAL: OS DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Evidente é a assimilação das perspectivas socioambientais pelo Estado Democrático de Direito, elevadas à condição de direito fundamental. Isso ocorre, entre outros motivos, em função do avanço dos debates internacionais, em termos de pragmatismo, consubstanciadas em tratados internacionais²⁵³. Tal evolução institucional também se deve notoriamente à manifestação direta ou indireta da sociedade civil e à divulgação científica de resultados e de previsões por pesquisadores²⁵⁴. Por conseguinte, a articulação político-social bem-sucedida ensejou a constituição de poderes diversos voltados à garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado²⁵⁵.

Hodiernamente, a adesão ainda incipiente ao desenvolvimento sustentável decorre dos problemas históricos nos setores ambiental e sanitário, em razão do descarte inadequado de resíduos por gerações desenfreadamente produtoras²⁵⁶. Isso

²⁵³ “Tais problemas revelam impactos que poderiam ser melhores dimensionados e evitados, se o modelo de Estado atual assumisse uma efetiva sensibilidade com os valores ecológicos na prática, tal qual se percebe os valores ambientais introduzidos no nosso ordenamento jurídico; sem afastar, ademais, a influência do direito internacional o qual, cada vez mais, amplia o debate e consolidam-se acordos, convenções e declarações que almejam a proteção ecológica, não mais numa dimensão local ou territorial, mas que se trata de uma preocupação transfronteiriça e globalizada.” Ver em: FRANZOLIN, Cláudio José; ROQUE, Luana Reis. Princípio do desenvolvimento sustentável e os resíduos sólidos. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 86, p. 67-96, abr./jun., 2017. P.3.

²⁵⁴ Vide Princípio 20 da Convenção de Estocolmo: “Devem-se fomentar em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento, a pesquisa e o desenvolvimento científicos referentes aos problemas ambientais, tanto nacionais como multinacionais. Neste caso, o livre intercâmbio de informação científica atualizada e de experiência sobre a transferência deve ser objeto de apoio e de assistência, a fim de facilitar a solução dos problemas ambientais. As tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma carga econômica para esses países.” Convenção de Estocolmo. Agência Portuguesa do Ambiente. (APA). Disponível em: http://apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf. Acesso em: 26 de junho de 2020.

²⁵⁵ “Essa assimilação socioambiental para o Estado Democrático e Social proporcionou uma atuação dos mais variados poderes constituídos para construção do meio ambiente como um direito fundamental, considerando que o princípio do desenvolvimento sustentável foi alçado à dignidade constitucional (art. 225 da CF).” Ver em: FRANZOLIN, Cláudio José; ROQUE, Luana Reis. Princípio do desenvolvimento sustentável e os resíduos sólidos. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 86, p. 67-96, abr./jun., 2017. P.11.

²⁵⁶ “Entretanto, o tema ainda está em constante desenvolvimento em razão das incertezas dos danos provenientes da degradação e poluição geradas pelos resíduos sólidos e pela

porque a dinâmica do consumo proporcionada pela Revolução Industrial trouxe a percepção de incertezas e de onerosidade ao empresário sobre o tratamento dado aos produtos na fase de pós-consumo²⁵⁷. Logo, tais inseguranças refletem na tímida adesão dos agentes econômicos à responsabilidade compartilhada, conforme institui a Lei nº 12.305/2010²⁵⁸. Além disso, espelham a dificuldade de assunção das medidas preventivas a desastres ambientais, os quais prejudicam a própria continuidade da empresa²⁵⁹.

No contexto deste trabalho, é oportuna a explanação do desenvolvimento sustentável enquanto mecanismo conciliador dos objetivos e econômicos e os de preservação ambiental²⁶⁰. Referente a estes propósitos, é salutar que a finalidade da política econômica deve ter um viés ambiental, sendo assim deve traçar diretrizes e controlar a atividade extrativista, seja fomentada pela

submissão das questões ambientais em relação ao atual sistema econômico, que insiste em exaltar o consumo desenfreado para sustentar-se." Ver em: FRANZOLIN, Cláudio José; ROQUE, Luana Reis. Princípio do desenvolvimento sustentável e os resíduos sólidos. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 86, p. 67-96, abr./jun., 2017. P.11.

²⁵⁷ "Alguns autores discutem a gestão do pós-consumo consolidada pela ação dos agentes da cadeia produtiva e de distribuição, pela participação social e pela disponibilidade de equipamentos e de informações." Ver em: AURÉLIO, Cecília Juliani; HENKES, Jairo Afonso. Gestão de resíduos através da lógica reversa de medicamentos. **Revista gestão & sustentabilidade ambiental**. Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 487-518, abr./set., 2015. P. 487.

²⁵⁸ "Existe a possibilidade de o processo de logística reversa de medicamentos domiciliares não ter uma adesão efetiva de todos os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes envolvidos na responsabilidade compartilhada, como está estabelecido na Lei nº 12.305/2010, devido à geração de custos financeiros para as empresas". Ver em: COSTA, João Rogério de Almeida. Logística reversa de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso no Brasil. **Revista dos Mestrados Profissionais**, vol. 2, n. 2, p. 90-110, jul./dez., 2013. P. 100.

²⁵⁹ "Apesar de poder parecer, à primeira vista, uma atividade excessivamente dispendiosa para que uma empresa busque assumi-la voluntariamente, é necessário notar que esse dispêndio se traduziria, em grande medida, em investimento em medidas preventivas de desastres ambientais que beneficiaria a própria empresa, uma vez que o enfraquecimento da resiliência do ecossistema que circunda as unidades produtivas aumenta a vulnerabilidade da empresa a tais desastres". DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.7.

²⁶⁰ "Importante frisarmos que este desenvolvimento não se trata somente de um equilíbrio entre a questão econômica e a ecológica, mas sim de todos os elementos que compõem o ambiente sejam eles naturais, artificiais ou culturais e até elementos que indiretamente podem afetar o homem." Ver em: FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 50, p.114-132, abr./jun., 2008. P.10.

iniciativa privada, seja promovida pelo Estado²⁶¹. Nesse sentido, converge a interpretação constitucional predominante de que a interferência indevida no meio ambiente, não outorgada pelo Poder Público, constitui grave oposição à ordem econômica vigente²⁶². Registre-se que, embora não haja lei expressa que consubstancie o desenvolvimento sustentável, não há óbice para uma interpretação legislativa conforme o seu conceito²⁶³.

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado constitui o direito de solidariedade, pois depende da atuação conjunta do Estado e da sociedade para a sua garantia universal²⁶⁴. Salienta-se que, a repercussão histórica dos direitos fundamentais em diversos ordenamentos jurídicos favoreceu o surgimento do fenômeno da globalização política, o qual representa fator relevante para a universalização desses direitos, bem como para a cumulação de outras gerações de direitos, sejam passadas, sejam futuras²⁶⁵.

²⁶¹ “A justiça social como finalidade da política econômica brasileira, nos termos do caput do art. 170, conduz a uma gestão ambiental democrática quanto ao processo produtivo e desenvolvimento do Estado, no sentido de promover uma repartição equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais, seja pela iniciativa privada, seja pelo Estado.” Ver em: LEHFELD, Lucas de Souza. Estado Socioambiental de Direito e seus princípios de contextualização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 89, p. 303-317, out./dez., 2014.

²⁶² “O ordenamento jurídico constitucional em seus arts. 170 e 225 protegem o ambiente e apontam para o dever de se desenvolver de forma sustentável, sendo contra a ordem econômica qualquer atividade que venha a interferir no ambiente sem a devida outorga do Poder Público, devemos entender que a atividade que se utiliza dos recursos ambientais ou que possa causar a diminuição da qualidade deve compensar qualquer desequilíbrio que venha a proporcionar, seja no momento do licenciamento ambiental com os apontamentos do EIA/RIMA ou durante o funcionamento da atividade”. Ver em: FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 50, p.114-132, abr./jun., 2008. P.10.

²⁶³ “No Brasil não existe nenhum enunciado normativo que consagre o desenvolvimento sustentável, deve ser percebido e efetivado pela interpretação das normas estabelecidas no ordenamento jurídico nacional e internacional, pois como afirmamos o desenvolvimento sustentável é um direito fundamental internacional de amplitude universal.” Ver em: FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 50, p.114-132, abr./jun., 2008. P.10.

²⁶⁴ “Tais direitos são caracterizados como direitos de solidariedade ou direitos de fraternidade, pois são direitos de cooperação entre os Estados e entre os indivíduos na proteção da própria existência.” Ver em: FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 50, p.114-132, abr./jun., 2008. P.5.

²⁶⁵ “Em contra partida uma globalização política de maior amplitude e benéfica para o homem é a globalização política dos direitos fundamentais para torná-los cada vez mais uni-

Relevante mencionar que a adoção de uma perspectiva transgeracional do referido direito, possibilita-nos legar às futuras gerações uma economia fortalecida e um meio ambiente preservado²⁶⁶. Além disso, permite-nos executar efetivamente a justiça intergeracional²⁶⁷, derivada do conceito de equidade intergeracional, a qual, ainda que não identificável no costume internacional, pode-se interpretá-la no caso concreto a partir do princípio da equidade do Direito Internacional²⁶⁸. Já uma visão imediatista pela percepção do lucro, mediante a construção de empreendimentos agressivos ao meio ambiente, acelera não apenas a degradação ambiental, mas também a humana²⁶⁹.

versais propiciando uma melhor existência do homem, partindo da liberdade e da igualdade e da fraternidade, sendo uma cumulação de todas as outras dimensões e de outras que vierem a surgir, consagrando ser desnecessário a positivação dos direitos fundamentais de forma expressa no texto constitucional de um Estado para que eles sejam considerados como fundamentais." Ver em: FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 50, p.114-132, abr./jun., 2008. P.6.

²⁶⁶ "O princípio da solidariedade entre os países em prol do desenvolvimento sustentável surge da visão transgeracional, que através deste modelo de desenvolvimento estamos preservando o ambiente e a economia para a atual e as futuras gerações de forma equilibrada, não deixando para o futuro um ambiente devastado nem uma economia enfraquecida, que com certeza diminuiria a qualidade de vida das pessoas. Ver em: FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável." **Revista de Direito Ambiental**, vol. 50, p.114-132, abr./jun., 2008. P.11.

²⁶⁷ "No âmbito dos debates filosóficos, a justiça intergeracional é uma questão extremamente complexa. Não se sabe o que o «futuro» espera do «presente». Talvez as futuras gerações desejem que conservemos para elas recursos, qualidade ambiental e acesso a recursos naturais; talvez venham a preferir que tivéssemos nos concentrado mais em transferir-lhes capital e tecnologia." Ver em: BORDIN, Fernanda Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em Direito Internacional Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p. 37-61, out./dez., 2008. P.10.

²⁶⁸ "Normas positivas que emanem desse conceito de equidade intergeracional ainda não são, todavia, identificáveis no âmbito do costume internacional. Pode-se, por outro lado, compreender o conceito como aplicação especial do princípio de equidade em direito internacional, o que lhe confere uma certa operacionalidade na solução de eventuais disputas envolvendo a alocação de recursos." Ver em: BORDIN, Fernanda Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em Direito Internacional Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p. 37-61, out./dez., 2008. P.11.

²⁶⁹ "Importante ressaltar que esta visão de lucro e crescimento às custas do ambiente é imediata, vez que no futuro os problemas que aparentemente foram solucionados com os empreendimentos agressivos ao ambiente, retornaram em amplitude maior, pois a degradação ambiental é a própria degradação humana." Ver em: FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 50, p.114-132, abr./jun., 2008. P.12.

Estas, destaca-se, têm ocorrido em ritmos superiores à sua neutralização²⁷⁰.

Convém pontuar que os desafios em prol do compromisso sustentável consistem em conservar a vitalidade e a diversidade da terra em atenção à resiliência ecológica, em modificar os hábitos de vida²⁷¹, na atuação de políticas públicas ambientais insatisfatórias e na degradação ambiental aleatória, de forma despreocupada por empreendedores, vide a não implementação de processos decisórios e produtivos ecologicamente adequados²⁷². Em função de tudo isso, sacrifica-se a sobrevivência da fauna e da flora, enfim comprometendo as fontes vitais para a subsistência humana.

Outro ponto central desta discussão se trata da resiliência, tal qual definida pelo dicionário por “capacidade de quem se adapta às intempéries, às alterações ou aos infortúnios”²⁷³. Na esfera ambiental, ocorre a resiliência ecológica, entendida pela adaptação das funções ambientais vitais à manutenção do ecossistema, independentemente da escala, pois o desequilíbrio local de um ecossistema pode repercutir sobre outro distante²⁷⁴. Esse fenômeno demanda a ocorrência de mínimos distúrbios, a

²⁷⁰ “No entanto, a degradação ambiental tem crescido em ritmo mais acelerado do que as melhorias obtidas por meio do regramento de proteção ambiental, razão pela qual a mera criação de novas normas ambientais não tem se mostrado suficiente.” Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.3.

²⁷¹ RIBEIRO, Ana Cândida de Paula. O desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 26, p. 77-91, abr./jun., 2002. P.5.

²⁷² “Os valores éticos atribuídos a indivíduos e à coletividade pelo princípio da resiliência também aplicam-se a empresas, o que conseqüentemente, acarretaria a inserção da preocupação com a resiliência ecológica em seus processos decisórios, principalmente no que se refere à seleção dos produtos colocados no mercado e aos métodos de produção empregados.” Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.7.

²⁷³ Resiliência. **Dicionário Online**. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br>>. Acesso em: 25, de junho de 2020.

²⁷⁴ “Busca-se, assim, preservar não somente espécies, recursos naturais e funções ecológicas úteis ao homem (nas presentes ou futuras gerações), mas também preservar funções ambientais essenciais à manutenção do ecossistema, mesmo que sejam irrelevantes para a humanidade.” Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.3. “[...] Isso porque, com frequência, fenômenos naturais em curso em escala regional poderão gerar desequilíbrios locais, ou vice-versa.” Ver em: *ibid.*, p. 6.

despeito da ideia generalizada de que é preciso menor intervenção antrópica possível no controle ambiental²⁷⁵.

Outrossim, para que a sua fiscalização satisfaça ao objetivo do desenvolvimento sustentável, urge a chamada gestão adaptativa sobre os habitats onde predominam espécies ameaçadas de extinção e pouco resilientes.²⁷⁶ Se a referida gestão for realizada por particulares restará inviabilizada, em razão da excessiva burocracia para uma intervenção estratégica, posto que esta comporta alterações sempre que necessárias²⁷⁷.

Ressalta-se que, à parte da questão burocrática inerente a esta gestão, o manejo das funções ecológicas não é imposto por lei aos particulares²⁷⁸ como o é ao Poder Público. Respeitadas as regras legais livres de obrigação, é possível ainda a atuação das pessoas jurídicas de direito privado, à medida que educa informalmente os seus colaboradores²⁷⁹. Esta prática interessa

²⁷⁵ “O reconhecimento de que a preservação ambiental não deve isentar o meio ambiente da incidência de pequenos distúrbios gera grandes mudanças no modo como gerimos e protegemos juridicamente o meio ambiente, porque a concepção tradicional da gestão e do Direito Ambiental lidava com a ideia de que a preservação do ecossistema deveria buscar a menor interferência antrópica possível.” Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.2.

²⁷⁶ “Essa corrente da ecologia tem defendido a adoção de métodos de gestão adaptativa que preparem gestores para lidar com incertezas e surpresas.” Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.3.

²⁷⁷ “Nesse contexto, o manejo das funções ecológicas por particulares estaria sujeito a um sistema burocrático que inviabilizaria a adoção de um método adaptativo, que requer contínua e rápida revisão e alteração das medidas de intervenção, em resposta aos resultados obtidos durante o monitoramento das reações do ecossistema.” Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.6.

²⁷⁸ “Interferências desse tipo por particulares são admitidas pela legislação pátria em situações muito excepcionais e somente com as devidas autorizações, condicionadas à adoção de medidas compensatórias.” Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.6.

²⁷⁹ As empresas também podem promover a educação ambiental informal de seus servidores e ações positivas de manejo de funções ecológicas, desde que respeitadas as restrições mencionadas anteriormente, quanto às intervenções em habitats de espécies em extinção e em áreas especialmente protegidas. A execução dessas ações, no entanto, não é obrigatória, visto que é atribuída pela Constituição primordialmente ao Poder Público.” Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.7.

à própria continuidade da empresa, visto que a resiliência do ecossistema circundante é, em última instância, favorável à produtividade agrícola e industrial. Finalmente, cabe ao Poder Público o controle das condições ecossistêmicas as quais sugerem intervenções, uma vez que dispõe de corpo técnico qualificado para a coleta de dados²⁸⁰, inclusive os resultantes de estudos de impacto ambiental, o que torna possível o cruzamento dessas informações em diferentes escalas²⁸¹. Por tudo isso, é possível conjugar uma fiscalização útil e eficaz, em vista dos possíveis desastres naturais iminentes.

Um olhar atento à responsabilidade social empresarial e à criação de valor compartilhado – por assim dizer, instrumentos sustentáveis –, viabiliza alcançar a compreensão sobre o valor lucrativo e social dos negócios conjuntamente, o que aduz uma nova força para o crescimento econômico²⁸². Esta observação também representa uma forma de entender o comportamento do empresário²⁸³. Pautadas nesses conceitos, as ações das empresas superaram o marketing ambiental²⁸⁴ e efetivam uma

²⁸⁰ “Adicionalmente, o Estado pode contar com o robusto corpo técnico interdisciplinar formado por agências ambientais federais, estaduais, municipais e por acadêmicos de universidades públicas, que podem complementar, no que for necessário, as informações fornecidas por estudos ambientais promovidos por empreendedores.” Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.5.

²⁸¹ “Essa conjugação de esforços entre esferas do Poder Público é bastante necessária em face da necessidade de integração de informações sobre o ambiente em diferentes escalas, com o fim de se preservar a resiliência dos ecossistemas. [...] Assim, além de uma conjugação de ações, é também necessária uma constante troca de informações entre as instituições públicas de proteção ao meio ambiente”. Ver em: DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016. P.6.

²⁸² “O conceito de valor compartilhado reconhece que as necessidades da sociedade não são apenas as financeiras e convencionais. Oportuniza gerar valor econômico por meio da criação de valor social, e esta será uma das mais poderosas forças para o crescimento econômico. Ver em: SALTIEL, Augusto Von. O desenvolvimento econômico sustentável no século XXI: a responsabilidade social empresarial. **Revista de Direito Privado**, vol. 72, p. 72-98, dez., 2016. P.10.

²⁸³ Representa uma nova forma de entender os consumidores, produtividade e influências externas sobre os resultados da empresa.” Ver em: SALTIEL, Augusto Von. O desenvolvimento econômico sustentável no século XXI: a responsabilidade social empresarial. **Revista de Direito Privado**, vol. 72, p. 72-98, dez., 2016. P.10.

²⁸⁴ Não basta apenas a atuação voltada ao marketing ambiental, é necessário executar ações ecologicamente corretas para atrair investidores e manter o equilíbrio empresarial.” Ver em: SALTIEL, Augusto Von. O desenvolvimento econômico sustentável no século XXI:

gestão real neste viés, estratégica para a melhor competitividade e permanência da mesma no mercado. Dessa forma, gradualmente se impõe uma ética empresarial proveitosa para a sociedade²⁸⁵.

4. SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE O MEIO AMBIENTE (SINIMA) E SUA IMPORTÂNCIA ESTRATÉGICA

O direito à informação acerca da gestão ambiental constitui pressuposto para o exercício dos direitos previstos no ordenamento constitucional e, sobretudo, para a democracia²⁸⁶. Sendo assim, demanda base educacional para o estímulo da consciência crítica dos cidadãos, a fim que os mesmos acompanhem os atos administrativos do Estado²⁸⁷, ação coerente ao princípio da publicidade. Caso contrário, restar-se-ia prejudicada a qualidade ambiental, quando um empreendimento de alto risco fosse aprovado exclusivamente por meio de consulta popular²⁸⁸. E mais:

a responsabilidade social empresarial. **Revista de Direito Privado**, vol. 72, p. 72-98, dez., 2016. P.11.

²⁸⁵ “Com efeito, o novo direito corporativo se perceberá pela imposição de uma ética empresarial, em que a empresa, ao mesmo tempo que busca proveito e lucro, desempenhará seus deveres e responsabilidades ambientais nas diversas culturas”. Ver em: SALTIEL, Augusto Von. O desenvolvimento econômico sustentável no século XXI: a responsabilidade social empresarial. **Revista de Direito Privado**, vol. 72, p. 72-98, dez., 2016. P.11.

²⁸⁶ “Em uma detida leitura de nossa Carta Magna (LGL/1988/3), conseguimos aferir que o direito à informação nada mais é do que um requisito básico para o exercício de muitos dos direitos constitucionalmente previstos, além de constituir-se, é claro, em um dos fundamentos, ou diria melhor, em um dos pressupostos da própria democracia.” Ver em: VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P.2.

²⁸⁷ “Entretanto, esse acesso deve ser acompanhado por um ininterrupto processo de educação, a fim de garantir um posicionamento crítico e consciente dos agentes, visto que nenhum sistema de governo é perfeito em sua essência, nisso se inclui a democracia, a qual carece de quesitos como a educação e a informação para a seu salutar exercício.” Ver: VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P. 2.

²⁸⁸ “Como visto nesse dispositivo, além de assegurar o acesso às informações ambientais, as políticas públicas ambientais devem assegurar também a formação de uma consciência pública, o que, sem dúvida, contribui com a participação popular consciente e efetiva, tanto no que tange a fiscalização da atuação do Estado, quanto na sua atuação como agente de preservação da qualidade ambiental, confirmando novamente a tese ora apresentada, qual seja, de que o acesso à informação é um requisito no processo participativo, o qual, por sua vez, compõe um dos pilares de um Estado democrático de direito.” Ver em: VIEIRA,

a palavra dos poderosos, interessados em terem aprovados os seus projetos, manipulariam a atuação das comunidades em prol de seus interesses econômicos²⁸⁹. Portanto, essa situação elencada espelha uma distorção do Estado Democrático de Direito, além da concepção de bem comum, caracterizado pelo direito difuso, ou seja, pela prerrogativa de todos os atores sociais interessados na tutela ambiental²⁹⁰.

Nesse prisma, a transparência da informação ambiental é um poder-dever exercido por aqueles que a Carta Magna declara em seu art. 225²⁹¹. Por isso, em obediência à norma hierarquicamente superior, determina a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei 6.938/81, em seu art. 9, VII, sobre o Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA), conceituado por instrumento que organiza, compartilha e disponibiliza as informações ambientais²⁹². Assim, vale repisar que formação da consciência pública promovida pela informação antecede a formação da consciência crítica. Especificamente, os objetivos do SINIMA estão destacados no art. 4, V, da referida Lei, quais

Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P. 5.

²⁸⁹ “Por exemplo, garantir que um determinado empreendimento seja aprovado, única e exclusivamente, por ter sido aprovado em consulta popular, representaria um risco à qualidade ambiental, pois mesmo diante da anuência da comunidade local o empreendimento pode gerar um dano ao bem ambiental que não é de propriedade apenas daquela comunidade, mas sim de toda a sociedade, mesmo as mais remotas. Isso porque não há como ignorar que muitas dessas consultas se dão em um ambiente de desinformação técnica e impregnado de grandes interesses econômicos.” Ver em: VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P.2-3.

²⁹⁰ “Partindo do conceito de bem de uso comum, podemos compreender melhor a imprescindibilidade da mais ampla informação ao que se refere ao meio ambiente, que por constituir-se em um direito difuso, pode ser exercitado por todos quanto tenham interesse”. Ver em: VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P. 3.

²⁹¹ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” Constituição Federal. Atividade Legislativa do Senado Federal. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_26.06.2019/art_225_.asp. Acesso em: 26 de junho de 2020.

²⁹² Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informacoes-ambientais/indicadores-ambientais/item/11232-sistema-nacional-de-informacoes-sobre-meio-ambiente-sinima.html>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

sejam, “à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico”²⁹³. Nesse ponto, de forma exemplificativa, reside a sua importância estratégica.

4.1 PORTARIA Nº 160/2019 - MMA

Como tratado em linha anteriores, o Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente possui como norma regulamentadora – a Portaria nº 160, de 19 de maio de 2009 – Ministério do Meio Ambiente, que instituiu a Política de Informação do Ministério do Meio Ambiente.

O artigo primeiro dessa portaria dispõe sobre qual seria o princípio básico dessa política:

Art. 1º O princípio básico da Política de Informação do Ministério do Meio Ambiente é a construção e manutenção do Sistema Nacional de Informação Ambiental-SINIMA como uma plataforma conceitual, baseada na integração e compartilhamento de informação entre os diversos sistemas existentes, ou a construir, no âmbito do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA²⁹⁴.

O artigo 3º dessa portaria esclarece que a Política de Informação do Ministério do Meio Ambiente estabelece as diretrizes para regular as diferentes formas de interação, racionalização, integração, consolidação, acompanhamento, disponibilização e uso dos diversos níveis de informação, além da interoperabilidade dos sistemas envolvidos direta e indiretamente com a gestão dessa informação na sustentação da oferta de

²⁹³ Lei 6.938/81. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm. Acesso em: 26 de junho de 2020.

²⁹⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Portaria nº 160, de 19 de maio de 2009**. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=211075>>. Acesso em 27 de junho de 2020.

serviços e de informações por meio eletrônico no âmbito do SISNAMA²⁹⁵.

O objetivo básico da Política de Informação do Ministério do Meio Ambiente é a criação e manutenção do SINIMA, entendendo-o, inclusive, com conceituação mais ampla do que o que deriva diretamente do texto legal, viabilizando o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, ou que sejam produzidas pelas entidades sob sua área de influência, no âmbito do SISNAMA ou na iniciativa privada (art. 16)²⁹⁶.

O artigo 17 da referida norma dispõe sobre outros objetivos, abaixo transcritos:

Art. 17. São também objetivos da Política da Informação do Ministério do Meio Ambiente:

I - Estabelecer o marco legal que dê sustentação às necessidades na gestão corporativa das informações tratadas e geradas no funcionamento do Ministério e de suas Vinculadas;

II - Coordenar, controlar e atuar de modo transversal no desenvolvimento e aquisição de soluções tecnológicas;

III - Atuar de forma integrada na organização e operação das bases de informações, buscando o cruzamento com outras bases, nas Vinculadas, na União, nos Estados e em organizações do terceiro setor;

IV - Disponibilizar soluções de tecnologia da informação orientadas para a gestão integrada e compartilhada da informação;

V - Implementar a interoperabilidade dos sistemas existentes e novos para melhorar a troca de informações entre todas as Unidades e Vinculadas do Ministério do Meio Ambiente;

²⁹⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Portaria nº 160, de 19 de maio de 2009**. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=211075>>. Acesso em 27 de junho de 2020.

²⁹⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Portaria nº 160, de 19 de maio de 2009**. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=211075>>. Acesso em 27 de junho de 2020.

VI - Racionalizar o uso de recursos e reduzir custos para a administração pública; e

VII - Buscar a eficácia na quantidade e qualidade das informações gerenciais disponibilizadas no Ministério do Meio Ambiente²⁹⁷.

Por fim, vale recordar as diretrizes gerais dessa Política da Informação do Ministério do Meio Ambiente se dividem em três eixos descritos no artigo 18, incisos I, II e III, abaixo transcritos:

I - Integração de Sistemas e Bases de Informação: a) nenhum sistema pode ser desenvolvido ou modificado sem que haja total compatibilidade com os princípios do SINIMA, cada um deles sendo considerado parte integrante da plataforma; b) nenhum padrão existente em Redes no âmbito do SISNAMA deve prevalecer sobre os padrões do SINIMA. Para tanto, as redes existentes não precisam abandonar de forma abrupta seus padrões vigentes, mas é obrigatória a adoção concomitante dos padrões SINIMA; c) como base conceitual para a construção do SINIMA, deverão ser utilizados os padrões abertos preconizados pelo e-PING (Padrões de Interoperabilidade do Governo) com a adoção, principalmente, do padrão XML (eXtensible Markup Language) e web services, na certeza de que com eles é possível proceder à integração dos diversos sistemas que irão compor o SINIMA, independentemente da infra-estrutura tecnológica de cada um deles; d) os Portais são considerados parte integrante do SINIMA e, obrigatoriamente, devem conter ferramentas que possibilitem o uso de suas informações por outros Portais ou Sistemas do SISNAMA, considerando as recomendações presentes nos padrões Brasil e-gov para codificação de páginas, sítios e portais;

II - Integração Transversal da Informação: a) é obrigatória a adoção de terminologia comum de classificação e categorização das informações no âmbito do SISNAMA, de forma a que se possa, realmente e com qualidade, estabelecer interoperabilidade entre sistemas do SISNAMA.

²⁹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Portaria nº 160, de 19 de maio de 2009.** Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=211075>>. Acesso em 27 de junho de 2020.

Neste contexto, todo objeto que se estabelecer como de interesse comum para o SISNAMA terá seu XML estabelecido e ofertado ao Catálogo de XML Schemas do Governo Federal; b) vocabulários estruturados e tabelas de códigos, de uso comum no âmbito do SISNAMA, devem ser estabelecidos para que os objetos possam ser indexados de forma congruente, de maneira a permitir que as informações geradas por diversos sistemas possam ser consolidadas usando-se os campos com conteúdo semântico comum a todos os participantes do consórcio de compartilhamento; c) a terminologia comum deve ser desenvolvida em torno de iniciativas de desenvolvimento de Vocabulários de abrangência nacional, tais como a Lista de Assuntos do Governo-LAG, do e-PING, passando pela adoção de códigos universais, tal como a codificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE para municípios ou código SAE para atividades, e deve ser buscada por todos os atores do SISNAMA, de forma a que haja facilidade de acoplamento de dados; d) para aumentar a capacidade de adoção, por outros integrantes do SISNAMA, de soluções desenvolvidas no Ministério do Meio Ambiente, será usado software livre, sempre que possível, em todos os sistemas do âmbito do Ministério e, também, qualquer sistema do Ministério do Meio Ambiente deverá ser dotado com camadas de “web services XML” que funcionem como ferramentas de integração e interoperação; e) para o atendimento do disposto na Lei nº 10.650, de 2003, as autoridades públicas integrantes do SISNAMA podem exigir a prestação periódica de qualquer tipo de informação por parte das entidades privadas, mediante sistema específico a ser implementado por todos os órgãos do SISNAMA, sobre os impactos ambientais potenciais e efetivos de suas atividades, independentemente da existência ou necessidade de instauração de qualquer processo administrativo; f) projetos transversais à estrutura do Ministério precisam de articulação entre outros níveis de governo e a sociedade, além de coordenação entre os diversos órgãos da administração pública e, por vezes, da iniciativa privada e terceiro setor, complementar e subsidiariamente;

III - Gestão Descentralizada e Integrada: a) o gerenciamento da informação deve seguir um modelo fundado na descentralização e participação de todos os órgãos e entidades envolvidos em todas as suas etapas, além de estimular a parceria com outros poderes, níveis de governo e

iniciativa privada, sem que o MMA abra mão da integração e disponibilização de todas as suas informações²⁹⁸.

Estas são, em síntese, as normas que estabelecem a estrutura base para o funcionamento do Sistema Nacional do Meio Ambiente, destacando-se que outros regramentos acerca da gestão do sistema de informações estão dispostos em outros dispositivos da referida portaria.

4.2 TRANSPARÊNCIA NO SINIMA

A transparência no SINIMA constitui objeto central de discussão, haja vista a evidência de divisão doutrinária entre publicidade formal e publicidade substancial. A primeira versa pelo mero cumprimento da exigência legal conforme supracitado, utilizando-se a administração pública do instrumento do Diário Oficial e do anexo em lugar cuja amplitude de visibilidade é questionável²⁹⁹. Tais informativos ainda aparecem, muitas vezes, repletos de siglas e termos técnicos pouco compreensíveis pela sociedade³⁰⁰. Já a segunda busca atender a finalidade da norma, isto é, de formar a consciência pública do cidadão interessado acerca dos atos administrativo no âmbito ambiental³⁰¹. Portanto, garante a efetividade do direito à informação.

²⁹⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Portaria nº 160, de 19 de maio de 2009**. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=211075>>. Acesso em 27 de junho de 2020.

²⁹⁹ "Entende-se por publicidade formal aquela que se limita ao cumprimento literal do procedimento exigido legalmente, exemplo, a lei exige que determinada informação seja disponibilizada ao acesso público, com o fim de cumprir esse preceito, publica-se em diário oficial e/ou anexa-se em lugares que, em realidade, dificilmente garantirão o amplo acesso". Ver em: VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P. 6.

³⁰⁰ Ou ainda, disponibiliza-se as informações de forma imbricada ou truncada a ponto de prejudicar a leitura e a compreensão das mesmas, a exemplo dos andamentos disponíveis no sistema de protocolo de diversos órgãos, repletos de siglas e termos técnicos, em regra, entendíveis por apenas um pequeno segmento de usuário, quando não, apenas pelos agentes do órgão difusor". Ver em: VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P. 6.

³⁰¹ "Por outro lado, a dita publicidade substancial é aquela que efetivamente garante o cumprimento da norma, estabelecida por meio do dispositivo legal, que é o de possibilitar o acesso à informação a todos aqueles que tenham interesse, exigindo-se que esta seja disposta de forma a contribuir com a compreensão e conscientização do interlocutor". Ver em:

Nesse raciocínio, a transparência no SINIMA não deve ficar restrita ao aspecto formal da publicidade, sob pena de retrocesso da atividade administrativa³⁰² e inobservância dos princípios constitucionais correlatos à transparência. Ainda mais considerando o avanço tecnológico dos meios de informação, a exemplo da rede mundial de computadores, com elevada amplitude de alcance social³⁰³. Também não deve ser feita apenas no contexto de acidentes ambientais, mas de forma sistemática e possível de acompanhamento pelos interessados³⁰⁴.

Entretanto, para além da perspectiva doutrinária, na prática a divisão conceitual de publicidade inexistente³⁰⁵. Consequentemente, a transparência no SINIMA resta insuficiente e subsiste o tecnicismo – primazia conferida aos posicionamentos técnicos, relegando a vontade popular³⁰⁶. Por fim, fragiliza a interação do cidadão com a informação precariamente obtida.

VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P. 6.

³⁰² “O Estado não deve ficar adstrito a mera publicidade formal dos seus atos e atividades, pois essa visão formalista já foi, há muito, superada”. Ver em: VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P. 6.

³⁰³ “Ressaltando-se ainda que diante de tantos avanços tecnológicos, não se justifica o mais tênue limite a essa divulgação”. Ver em: VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P. 6.

³⁰⁴ “Nesta concatenação de ideias, é possível afirmar que as informações ambientais recebidas pelos órgãos públicos devem ser transmitidas à sociedade civil, excetuando-se as matérias que tratem de segredo industrial ou segredo de Estado. As informações ambientais devem ser prestadas de forma sistemática, e não apenas nos acidentes ambientais. Tais informações devem ser repassadas de forma a possibilitar tempo suficiente aos informados para estudarem a matéria e poderem agir diante da Administração Pública e do Poder Judiciário”. Ver em: SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. Meio ambiente nas Constituições brasileiras: dispositivos e princípios. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 77, p.321-346, out./dez., 2011. P.12.

³⁰⁵ “Essas reflexões comprovam que essa divisão doutrinária inexistente na prática, pois, como dito, a princípio deve reger o ordenamento com o escopo de garantir a realização do fim a que foi estabelecido. E como demonstrado, no que tange a publicidade formal, cumpri-se a letra da lei e não a norma trazida através da lei, que é o de assegurar o acesso eficaz a todos à informação, ou seja, deve-se garantir as respostas satisfatórias as seguintes perguntas: o que informar? Onde e como a informação deve estar disposta?” Ver em: VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P.6.

³⁰⁶ “Um outro óbice que surge à realização da democracia, por meio da participação popular e do acesso à informação é o tecnicismo que ainda impera nos atos de gestão ambiental, o qual é caracterizado pela primazia dada ao posicionamento de técnicos em detrimento à vontade expressa por meio da participação popular”. Ver em: VIEIRA, Giselle Ferreira. O

Em conformidade com afirmação supracitada, existem outros princípios interessantes correlacionados à transparência. Por exemplo, há o princípio da máxima divulgação, o qual, evidentemente, informa que a divulgação deve ser uma garantia que comporta poucas exceções³⁰⁷. Ainda, obriga legalmente preservação dos registros feitos por organismos públicos, para afastar equívocos e fraudes posteriores³⁰⁸. Verifica-se também o princípio da promoção de um governo aberto, a qual orienta a vedação de obstrução ao acesso à informação e estimula a evolução dos padrões de registros feitos pelos gestores públicos³⁰⁹.

4.3 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL NO SINIMA

A eficiência do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente é fundada na execução de seus eixos, a exemplo do primeiro³¹⁰ atendido por “Desenvolvimento de ferramentas de acesso à informação”, o qual induz o uso de ferramentas

direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revisita de Direito Ambiental**, vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008. P.7.

³⁰⁷ “O princípio da máxima divulgação é uma busca para garantir que toda informação em mãos de organismos públicos deverá estar sujeita à divulgação, exceto as que, por algum motivo específico – ideia analisada pelo princípio da limitação da exceção – podem ter sua divulgação limitada”. Ver em: EVANGELISTA, Carolina Sugiura. **O direito de acesso à informação sob a perspectiva do Direito Ambiental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Universidade de Brasília, Brasília, 2016. P. 33.

³⁰⁸ “Outro viés deste princípio é ainda a obrigatoriedade das leis de manter e preservar os registros dos organismos públicos, de forma a dificultar ações que visem destruir ou danificar qualquer tipo de informação que os organismos públicos detenham”. Ver em: EVANGELISTA, Carolina Sugiura. **O direito de acesso à informação sob a perspectiva do Direito Ambiental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Universidade de Brasília, Brasília, 2016. P. 33.

³⁰⁹ “De estabelecimento de penalidades aos que obstruírem o acesso à informação à melhorias de registro e manutenção de dados e informações, por exemplo.” Ver em: EVANGELISTA, Carolina Sugiura. **O direito de acesso à informação sob a perspectiva do Direito Ambiental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Universidade de Brasília, Brasília, 2016. P. 34.

³¹⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informar/tema/8215-sistema-nacional-de>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

tecnológicas e de baixo custo³¹¹. Soma-se o segundo eixo³¹², chamado “Integração de banco de dados e sistemas de informação”, o qual aborda a congruência das informações ambientais de diferentes temáticas e sistemas de informação. Acrescenta-se o terceiro eixo³¹³, entendido por “fortalecimento do processo de produção, sistematização e análise de estatísticas e indicadores relacionados com as atribuições do Ministério do Meio Ambiente”, que trata do objetivo de fortalecimento do processo produtivo, sistematização dos dados ambientais, avaliação integrada sobre o meio ambiente e sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebe ao longo das linhas antecedentes, o Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente é um instrumento estratégico para a consolidação da democracia ambiental, base de um verdadeiro Estado de Direito Ambiental, como pretende se autoproclamar a República Federativa do Brasil, que adotou um Texto Constitucional repleto de disposições que apontam para a necessidade de defender, de forma sistemática, o meio ambiente, considerando-o como um direito fundamental essencial à garantia de outros direitos e princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à saúde, entre outros.

De fato, o Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente (SINIMA) já existe. No entanto, convém que seu funcionamento seja ampliado, de modo que a população possa, efetivamente, participar dos processos de elaboração e efetivação de políticas públicas ambientais e ainda, que possa participar

³¹¹ “A proposta é que essas ferramentas sejam desenvolvidas com base em tecnologias de informação de baixo custo, como descrito no PNIA 2012” [Painel Nacional de Indicadores Ambientais]. Ver em: Ver em: EVANGELISTA, Carolina Sugiura. **O direito de acesso à informação sob a perspectiva do Direito Ambiental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Universidade de Brasília, Brasília, 2016. P. 47.

³¹² BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/inform-ma/item/8215-sistema-nacional-de>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

³¹³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/inform-ma/item/8215-sistema-nacional-de>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

efetivamente do controle e fiscalização de empreendimentos que sejam efetivos ou potencialmente causadores de significativa degradação ambiental, do modo que medidas efetivas possam ser adotadas, tanto no âmbito administrativo, como no âmbito judicial.

Trata-se, como se percebe, de instrumento estratégico para o desenvolvimento sustentável de todas as atividades econômicas utilizadoras de recursos naturais ou que lancem ou possam lançar impactos ambientais negativos (e significativos) sobre os espaços urbanos ou territoriais, incluindo os espaços rurais. Ao se conhecer amplamente todos os riscos, pode-se exigir que o empreendedor tome as medidas cabíveis de modo que possa operar sua atividade sem que venha a causar danos significativos ao ambiente, danos esses que podem ser irreversíveis ou de difícil reparação.

Em síntese, discutiu-se o modo pelo qual as perspectivas socioambientais foram elevadas à categoria de direito fundamental. Com efeito, percebeu-se uma evolução institucional. Não obstante, parte da sociedade ainda está insegura, no que tange aos empresários, acerca das medidas sustentáveis e preventivas aos desastres ambientais, em função da lógica de consumo transmitida pela Revolução Industrial que os acomete. Por isso, é salutar a busca pelo cumprimento da lei constitucional em vista da garantia de um meio ambiente sadio e equilibrado. Nesse aspecto, é premente a convergência dos propósitos de crescimento econômico aos objetivos de preservação ambiental. Embora não haja lei expressa que consubstancie o desenvolvimento sustentável, este pode servir de princípio para a interpretação legislativa.

Percebeu-se que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado tem caráter de direito de solidariedade e sua expansão foi proporcionada pela globalização política. A cumulação histórica de reflexões resultou no conceito de justiça intergeracional, o qual, apesar de indeterminado, deriva do conceito de equidade intergeracional, isto é, da aplicação do princípio da equidade do Direito Internacional em vista do caso concreto. Com isso, busca-se legar às futuras gerações um ambiente propício, simultaneamente à existência e à execução de atividades

econômicas. Isto se opõe a uma visão imediatista centrada no lucro, a qual sacrifica até mesmo a fauna e a flora.

Observou-se que o conceito de resiliência ecológica serve como parâmetro para uma gestão adaptativa e conseqüentemente induz o desenvolvimento sustentável. Para isso, pode-se, por exemplo, contar com a atuação das empresas mediante a educação informal de seus colaboradores. Além disso, há o recurso da responsabilidade social empresarial e o da criação de valor compartilhado, a fim de construir uma ética empresarial útil para a sociedade.

Entendeu-se o direito à informação como pressuposto da democracia. Afinal, é preciso primeiramente formar a consciência pública, a fim de orientar dos cidadãos relativamente às diligências que deve tomar em face aos atos administrativos do Estado. Não menos importante, a ideia de bem comum também atribui ao cidadão a chamada tutela ambiental, visto que constitucionalmente existe o poder-dever de todos de proteger o meio ambiente. Ainda, o Estado detém um Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA), que manifesta sua importância estratégica quando cumpre a determinação constitucional de informação ambiental. Adotou-se como ponto de partida para a reflexão sobre a transparência do SINIMA, o debate sobre publicidade formal e substancial. Concluiu-se que o referido sistema não deve ficar restrito à publicidade formal.

REFERÊNCIAS

AMORA, Antônio Soares. **Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AURÉLIO, Cecília Juliani; HENKES, Jairo Afonso. Gestão de resíduos através da lógica reversa de medicamentos. **Revista gestão & sustentabilidade ambiental**. Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 487-518, abr./set., 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BORDIN, Fernanda Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em Direito Internacional Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p. 37-61, out./dez., 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm>. Acesso em 27 de junho de 2020.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE**. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/item/8215-sistema-nacional-de>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Portaria nº 160, de 19 de maio de 2009**. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=211075>>. Acesso em 27 de junho de 2020.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente (SINIMA)**. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/informacoes-ambientais/indicadores-ambientais/item/11232-sistema-nacional-de-informa%C3%A7%C3%B5es-sobre-meio-ambiente-sinima.html>>. Acesso em 26 de junho de 2020. Acesso em 27 de junho de 2020.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente (SINIMA)**. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/informma/item/8215-sistema-nacional-de>>. Acesso em 27 de junho de 2020.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **ATIVIDADE LEGISLATIVA DO SENADO FEDERAL**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_26.06.2019/art_225_.asp. Acesso em: 26 de junho de 2020.

CONVENÇÃO DE ESTOCOLMO. **AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE (APA)**. Disponível em: http://apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf. Acesso em: 26 de junho de 2020.

COSTA, João Rogério de Almeida. Logística reversa de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso no Brasil. **Revista dos Mestrados Profissionais**, vol. 2, n. 2, p. 90-110, jul./dez., 2013.

DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de direito Ambiental**, vol. 82, p. 17-35, abr./jun., 2016.

EVANGELISTA, Carolina Sugiura. **O direito de acesso à informação sob a perspectiva do Direito Ambiental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 50, p.114-132, abr./jun., 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O miniaurélio da língua portuguesa dicionário**. 7. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2008.

FERREIRA, Heline Sivini. O risco ecológico e o princípio da precaução. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FRANZOLIN, Cláudio José; ROQUE, Luana Reis. Princípio do desenvolvimento sustentável e os resíduos sólidos. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 86, p. 67-96, abr./jun., 2017.

LEHFELD, Lucas de Souza. Estado Socioambiental de Direito e seus princípios de contextualização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 89, p. 303-317, out./dez., 2014.

LEI 6.938/81. **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm. Acesso em: 26 de junho de 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RESILIÊNCIA. **DICIONÁRIO ONLINE**. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br>>. Acesso em: 25, de junho de 2020.

RIBEIRO, Ana Cândida de Paula. O desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 26, p. 77-91, abr./jun., 2002.

SALTIÉL, Augusto Von. O desenvolvimento econômico sustentável no século XXI: a responsabilidade social empresarial. **Revista de Direito Privado**, vol. 72, p. 72-98, dez., 2016.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. Meio ambiente nas Constituições brasileiras: dispositivos e princípios. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 77, p.321-346, out./dez., 2011. P.12.

VIEIRA, Giselle Ferreira. O direito de acesso à informação na gestão ambiental como fundamento democrático. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 52, p.62-72, out./dez., 2008.



CAPÍTULO 8

BIG DATA E COMPLIANCE APLICADOS NA GESTÃO PÚBLICA: O USO DA TECNOLOGIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Gilson Braga Dos Anjos Junior³¹⁴

Vivian Gabriella Barroso da Silva³¹⁵

Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues³¹⁶

RESUMO: Em consequência da revolução tecnológica inaugurada no Século XXI e o surgimento de inúmeras tecnologias, houve um crescimento exponencial na produção de dados, o que ensejou a necessidade de armazenamento em algum local que pudesse ser utilizado posteriormente. Nesse contexto surgiu o *big data analytics*. Por sua vez, o Estado brasileiro, que possuía como escopo o modelo patrimonialista colonial, viveu a transição para o sistema burocrático e, no final do século XX, implantou o sistema gerencial, trazendo a ideia de Governo Eletrônico. Na gestão pública, o *big data* pode ser utilizado de diversas maneiras como a aplicação de sistemas baseados em *data mining* com fins de evitar evasão de divisas e sonegação fiscal. O uso da tecnologia, por si só, não garante efetividade do serviço público, fazendo necessário a implantação conjunta de um programa de *compliance*. Nesse espectro e considerando o momento atual, marcado por escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos e privados em diversos países da América Latina, este trabalho demonstrará como a tecnologia poderá contribuir para rastrear o caminho do dinheiro público e mitigar a corrupção. A metodologia utilizada se deu através do método hipotético-dedutivo com abordagem qualitativa, através de pesquisa bibliográfica baseada em legislações e literaturas nacionais e estrangeiras. Percebeu-se que, por meio da implantação de novas tecnologias, é possível

³¹⁴ Especialista em Auditoria e Perícia Contábil (UNI-RN) Natal/RN; Bacharel em Direito (Universidade Potiguar – UnP) Natal/RN; Bacharel em Ciências Contábeis (Faculdade União Americana com diploma homologado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN), Parnamirim/RN. E-mail: gbacademico@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9077332183111644>.

³¹⁵ Graduada em Direito (Universidade Potiguar – UnP). Membro do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais – GPCrim – UnP. Natal/RN. E-mail: viviangabriella@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5198397232872383>.

³¹⁶ Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais e Graduação em Direito pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal e UFRN, Brasil. Profissional certificada em Compliance. Presidente da Comissão de Compliance e Governança Corporativa da OAB/RN. Professora de Pós-Graduação da em Direito do UNI-RN, UnP e UniFacex. E-mail: lisanto@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3256952255730615>.

acompanhar o fluxo do dinheiro público, coibindo a corrupção. Através das políticas de *compliance* pode-se criar uma nova cultura dentro das organizações – a de responsabilidade social – favorecendo a alimentação correta dos sistemas e valorizando a responsabilidade social.

Palavras-chave: *Big data*. *Compliance*. Gestão Pública. Corrupção.

INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica iniciada no século XXI favoreceu o surgimento de inúmeras tecnologias aplicadas aos mais diversos setores da vida em sociedade. Deste então, uma quantidade imensurável de dados foi produzida, coletada e armazenada para que, em um determinado momento, pudesse ser utilizada para algum fim. Nesse contexto, novas soluções em tecnologia foram criadas, o que ensejou o surgimento do *big data analytics*.

Por sua vez, o Estado brasileiro, que possuía como escopo o modelo patrimonialista colonial, viveu a transição para o sistema burocrático, fundado nos princípios da profissionalização, hierarquia, impessoalidade e formalismo e, no final do século XX, implantou o sistema gerencial em uma tentativa de diminuir o Estado. O gerencialismo estabeleceu fundamentos de modernização da máquina pública, trazendo a ideia de Governo Eletrônico. Assim, conferiu-se mais eficiência através do uso de tecnologia para descentralizar as práticas governamentais.

Em que pese ao *big data analytics*, esta é uma ferramenta tecnológica que, além de melhorar os processos de trabalho, garante uma espécie de iluminação – *insight* – sobre alguma coisa. No mercado, por exemplo, tendências podem ser identificadas, dando subsídio aos investimentos através da análise do comportamento de consumidores e suas expectativas.

Na gestão pública, o *big data* pode ser utilizado de diversas maneiras como, por exemplo, a aplicação de sistemas baseados em *data mining*, com fins de evitar evasão de divisas e sonegação fiscal; a implantação de sistemas inteligentes para impulsão de atos administrativos e a organização e controle de tráfego de veículos.

Ocorre que o uso da tecnologia, por si só, não garante efetividade do serviço público. Diante disso, faz-se necessário a implantação de um programa de *compliance* aliado às novas ferramentas tecnológicas, em especial para garantir a conformidade das transações.

Quanto ao *compliance*, em linhas gerais, esse pode ser definido como o conjunto de políticas desenvolvidas com o objetivo de cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto.

Nesse espectro e considerando o momento atual, marcado por crises econômicas e escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos e privados em diversos países da América Latina, este trabalho se torna relevante uma vez que demonstrará como a tecnologia poderá contribuir para rastrear o caminho do dinheiro público e mitigar a corrupção.

Sendo assim, questiona-se de que forma o uso da tecnologia de *big data* pode ser utilizado, em associação ao *compliance*, para rastrear o dinheiro público e favorecer o combate à corrupção.

O objetivo deste trabalho é discutir o uso do *big data* na gestão pública, demonstrando como este, quando aliado às práticas de conformidade, pode ser ferramenta indispensável no combate à corrupção, o que será apresentado em três momentos, quais sejam: discutir o *big data* e sua aplicação na gestão pública, demonstrar como práticas de *compliance* são necessárias para uma otimização da gestão pública e verificar como o uso do *big data* como ferramenta de *Compliance* pode contribuir para o combate à corrupção.

A metodologia utilizada se deu através do método hipotético-dedutivo, fazendo uso de abordagem qualitativa através de pesquisa bibliográfica baseada em legislações e literaturas nacionais e estrangeiras.

1. O BIG DATA E SUA APLICAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA

1.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TEMPO

Historicamente, a administração pública brasileira pode ser repartida em três fases: patrimonialismo, burocratização e gerencialismo. O Estado brasileiro, que possuía como escopo o modelo patrimonialista colonial, viveu a transição para o sistema burocrático e, no final do século XX, implantou o sistema gerencial em uma tentativa de diminuir o Estado. O gerencialismo estabeleceu fundamentos de modernização da máquina pública, trazendo a ideia de Governo Eletrônico.

Comum entre os Estados Absolutistas europeus do Século XVIII, o patrimonialismo caracteriza-se pela confusão patrimonial existente entre o Estado e o governante. O Estado é a extensão do governante ao passo em que o patrimônio público se mistura com o patrimônio do soberano. Não é estranho que esse modelo de gestão também seja marcado por atendimento aos interesses pessoais, corrupção e nepotismo³¹⁷.

Nesse sentido corrobora Graham Stephan Bentzen Campelo ao versar que o modelo patrimonialista, além de baseado nos modelos dos Estados Absolutistas solidamente firmados nos séculos XVII e XVIII, identifica-se “quando o patrimônio do Monarca Absoluto se misturava com o patrimônio público, formando uma linha tênue na distinção entre público e privado”³¹⁸.

Com o passar dos tempos e a instituição dos Estado Liberal Moderno, aliado à mudança do poder para a burguesia, houve a tentativa de combater as mazelas inauguradas pelo sistema patrimonialista, a exemplo da corrupção e do nepotismo³¹⁹. Com o governante afastado da máquina estatal institucionalizou-se o

³¹⁷ OLIVEIRA, Luciano. **Evolução da Administração Pública no Brasil**. Editora Ferreira. 2010. P. 01. Disponível em: <https://bit.ly/2VeDyXg>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

³¹⁸ CAMPELO, Graham Stephan Bentzen Campelo. **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos**. Ci. & Tróp., Recife, v.34, n. 2, p.297-324, 2010. P. 299. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/viewFile/871/592>. Acesso em 15 maio 2020.

³¹⁹ CAMPELO, Graham Stephan Bentzen Campelo. **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos**. Ci. & Tróp., Recife, v.34, n. 2, p.297-324, 2010. P. 306. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/viewFile/871/592>. Acesso em: 15 maio 2020.

sistema burocrático, marcado pela impessoalidade, formalismo, hierarquia funcional, profissionalização do servidor, plano de carreira pública e ideia de poder racional legal.³²⁰ O contexto criado pela burocratização segue a linha de enrijecer os controles em todos os processos a fim de mitigar a corrupção.

Apesar da tentativa, a eficiência estatal não pôde ser comprovada:

No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos³²¹.

O modelo restou comprometido e houve crise na Administração Pública³²². Com isso, surgiu um modelo administrativo descentralizado, com poucos níveis hierárquicos e controle por resultados. No Brasil, a ideia de gerencialismo passou a ser vista na década de 1.930, foi reafirmada na reforma administrativa de 1.967 e, finalmente, na reforma administrativa de 1.995.

De maneira geral, figuram como princípios do gerencialismo o interesse público, a responsabilidade (*accountability*), a descentralização, a participação social (*capital social*), a transparência, a honestidade, a liderança e a eficiência³²³.

³²⁰ PALUDO, Augustinho Vicente. **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**: teoria e mais de 500 questões. Elsevier Editora: Rio de Janeiro, 2010. P. 59.

³²¹ BRESSER, Luiz Carlos Pereira. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público. Ano 47. V. 120. N.º 1. janeiro-abril, 1996. P. 10-11. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1734/1/1996%20RSP%20ano.47%20v.120%20n.1%20jan-abr%20p.07-40.pdf>. Acesso em: 15 maio 2020.

³²² O sistema burocrático no Brasil sofreu forte influência do governo militar e outros meandros da história podem ser apreciados em estudos direcionados. Não é intenso dos autores discutir a história aprofundada, mas construir um raciocínio lógico sintético acerca da administração pública no tempo até se chegar à ideia de governo eletrônico.

³²³ CAMPELO, Graham Stephan Bentzen Campelo. **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL**: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. Ci. & Tróp., Recife, v.34, n. 2, p.297-324, 2010. P. 315. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/viewFile/871/592>. Acesso em: 15 maio 2020.

Na atualidade, percebemos que a administração permite a participação social a exemplo da participação em audiências públicas, das consultas disponibilizadas em *sites* institucionais como o do Senado Federal e, além disso, pode-se destacar a atuação dos movimentos sociais que cobram firmemente resultados, transparência e melhorias.

O acesso à participação se intensificou com o advento da tecnologia e desta conjunção advém as nuances de um governo eletrônico³²⁴ que transcende a ideia pura de uso da tecnologia da informação (TIC) na gestão pública. A referência atrela-se à modernização da administração através do uso destas ferramentas, bem como à otimização dos processos operacionais e administrativos dos governos^{325 326}.

Em um panorama nacional, desde o ano 2.000 que há uma busca por evolução nos processos e prestação de serviços públicos através do uso das TICs, e isso se intensificou a partir do ano de 2.016 conforme se observa:

Diversas políticas e iniciativas foram realizadas até 2016, mas com a publicação da Estratégia de Governança Digital (EGD), foi implantado um novo paradigma de gestão pública e das relações entre o Estado brasileiro e a Sociedade. Desburocratização, modernização do Estado, simplificação de processos, melhoria no acesso à informação pública, transparência, melhoria nos atendimentos e racionalização de gastos públicos são alguns avanços que a política de governança eletrônica e digital proporcionaram³²⁷.

³²⁴ O termo *e-gov* (governo eletrônico) começou a se popularizar após o bum do comércio eletrônico (e-commerce) por volta do ano 2.000. LENK, K.. TRAUNMÜLLER, R.. **Electronic government: where are we heading?** In: **ELECTRONIC GOVERNMENT**. First International Conference. 2002. Aixen-Provence. France. Proceedings 2002. p. 1-9.

³²⁵ AGUNE, R.; CARLOS, J. **Governo eletrônico e novos processos de trabalho**. In: LEVY, E.; DRAGO, (Orgs.). **Gestão pública no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Fundap, 2005.

³²⁶ OSBORNE, D. **Banishing bureaucracy: the five strategies for reinventing government**. New York: Plume, 1997.

³²⁷ BRASIL. **Do Eletrônico ao Digital**. Publicado em 25/11/2019. Atualizado em 30/04/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital#:~:text=O%20Programa%20de%20Governo%20Eletr%C3%B4nico%20do%20Estado%20brasileiro%20surgiu%20no,3%20de%20abril%20de%202000>. Acesso em: 15 maio 2020.

A saber, entre as medidas mais recentes adotadas pela Administração Pública no Brasil, em nível federal, estão a criação de plataformas³²⁸ que estão em constante aperfeiçoamento quanto a “integração das informações e sistema, bem como simplificação e melhoria dos serviços públicos para o cidadão³²⁹”.

Outro avanço da Administração Pública brasileira foi a criação da Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022³³⁰, que está organizada em princípios, objetivos e iniciativas que nortearão a transformação do governo por meio de tecnologias digitais. O objetivo desta Estratégia Digital é oferecer políticas públicas e serviços de melhor qualidade, mais simples, acessíveis a qualquer hora e lugar e a um custo menor para o cidadão³³¹.

Nesse íterim, percebe-se que a “virtualização” do governo como ato gerencial que aproxima a sociedade da administração enseja o incremento no uso de dados, muitas vezes sigilosos, que demandam armazenamento em local seguro e que possa ser utilizado posteriormente em análises e favorecer a otimização de processos. É assim que o *big data* ganha relevância neste contexto.

³²⁸ Atualmente a plataforma se concentra em torno do portal único gov.br, instituído pelo Decreto 9.756, de 11 de abril de 2019, e objetiva agrupar serviços para o cidadão e informações sobre a atuação do Governo Federal. BRASIL. **Decreto 9.756, de 11 de abril de 2019**. Institui o portal único “gov.br” e dispõe sobre as regras de unificação dos canais digitais do Governo federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9756.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

³²⁹ BRASIL. **Do Eletrônico ao Digital**. Publicado em 25/11/2019. Atualizado em 30/04/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital#:~:text=O%20Programa%20de%20Governo%20Eletr%C3%B4nico%20do%20Estado%20brasileiro%20surgiu%20no,3%20de%20abril%20de%202000>. Acesso em: 15 maio 2020.

³³⁰ O Decreto nº 10.332, publicado no dia 29 de abril de 2020, legitima e dá publicidade ao plano estratégico junto a todos os órgãos da administração pública e à sociedade. BRASIL. **DECRETO Nº 10.332, DE 28 DE ABRIL DE 2020**. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.332-de-28-de-abril-de-2020-254430358>. Acesso em: 15 maio 2020.

³³¹ BRASIL. **Do Eletrônico ao Digital**. Publicado em 25/11/2019. Atualizado em 30/04/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital#:~:text=O%20Programa%20de%20Governo%20Eletr%C3%B4nico%20do%20Estado%20brasileiro%20surgiu%20no,3%20de%20abril%20de%202000>. Acesso em: 15 maio 2020.

1.2 BIG DATA E GESTÃO PÚBLICA

Acompanha-se, desde o início do século XXI, a expansão tecnológica e a inserção do homem, com maior intensidade, no mundo digital. Isto ocasionou um aumento significativo na produção de dados e posteriormente ensejou o surgimento de novas soluções em tecnologias, principalmente com intuito de gerenciá-los.

Na obra *Data Science & Big Data Analytics*³³² David Dietrich Barry Heller e Beibei Yang destacam o exponencial crescimento na produção de dados, fruto do crescente alargamento no uso de telefones celulares, mídias sociais, tecnologias de imagem e diversas outras ferramentas. Segundo os autores, este incremento demandou armazenamento em algum lugar para que os dados pudessem ser utilizados com algum propósito.

No passado, o armazenamento e o acesso eficiente de um volume, relativamente pequeno, de informações implicavam em investimento de alto nível em *hardware*. Conseqüentemente, o tempo de instalação e o custo financeiro era relevante para as instituições. Ademais, nos anos 90, estocar 1 *gigabyte* custava mil dólares para as empresas e hoje custa seis centavos³³³.

Mesmo com desenvolvimento das técnicas de processamento, armazenamento e transmissão de dados, ainda é complicado acompanhar o fluxo de informações produzidas, visto que a maioria dos dados coletados são dissonantes dos padrões adotados anteriormente. Em contrapartida, “esses desafios do dilúvio de dados apresenta a oportunidade de transformar negócios, governo, ciência e vida cotidiana”³³⁴.

³³² DIETRICH, David. HELLER, Barry. YANG, Beibei. *Data Science & Big Data Analytics: Discovering, Analyzing, Visualizing and Presenting Data*. 2015: John Wiley & Sons, Inc. Indianapolis, IN. USA.

³³³ FEIJÓ, Bruno Vieira. **A Revolução dos Dados**. Revista Exame PME – Pequenas e Médias Empresas, São Paulo. Set/2013.

³³⁴ DIETRICH, David. HELLER, Barry. YANG, Beibei. *Data Science & Big Data Analytics: Discovering, Analyzing, Visualizing and Presenting Data*. 2015: John Wiley & Sons, Inc. Indianapolis, IN. USA. P. 2.

Neste espectro surgiu o *Big Data*, uma evolução orgânica da computação em nuvem, onde o arquivamento dos dados deixou de ser feito em máquinas e migrou para a internet³³⁵.

Rafael Novo e José Manoel Souza das Neves complementam ao elucidar que “o *big data* surge como um modelo evolutivo da análise de dados tradicionais, suprimindo novas demandas de análise rápida dos dados advindos de diversas fontes e em maior quantidade”³³⁶.

O *big data* é uma ferramenta tecnológica que, além de melhorar os processos de trabalho, garante, através de procedimentos de análise, uma espécie de iluminação – *insight*. Quando aplicados na gestão pública pode evitar evasão de divisas, sonegação fiscal, a impulsão de atos administrativos, organização e controle de tráfego de veículos e acompanhamento do dinheiro público a fim de combater a corrupção.

Esta tecnologia se relaciona com a grande quantidade de dados com características distintas, perfil heterogêneo, oriundo de diferentes fontes e com controles descentralizados³³⁷. Pesquisadores da Universidade de Oxford, defendem que a expressão “*big data* refere-se a coisas que podem se fazer em grande escala, que não podem ser feitas em escala menor”³³⁸.

Em adendo, pode-se afirmar que o *big data* é uma ferramenta destinada ao armazenamento, processamento e análise de grandes coleções ou agrupamentos de dados, onde cada grupo ou membro do grupo compartilha as mesmas propriedades ou atributos, e que sua utilização se faz necessária para buscar

³³⁵ FEIJÓ, Bruno Vieira. **A Revolução dos Dados**. Revista Exame PME – Pequenas e Médias Empresas, São Paulo. Set/2013.

³³⁶ NOVO, Rafael. DAS NEVES, José Manoel Souza. **Inovação na inteligência analítica por meio do Big Data**: características de diferenciação da abordagem tradicional. VIII Workshop De Pós-Graduação E Pesquisa Do Centro Paula Souza. 2013. P. 42. Disponível em: http://www.portal.cps.sp.gov.br/pos-graduacao/workshop-de-pos-graduacao-e-pesquisa/008-workshop-2013/trabalhos/desenvolvimento_de_tecnologia_e_sistemas/121191_32_44_FINAL.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

³³⁷ MCAFEE, Andrew. BRYNJOLFSSON, Erik. **Big Data: the management revolution**. Harvard Business Review, v. 90, n. 10, 2012. Disponível em: <https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>. Acesso em: 20 maio 2020.

³³⁸ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. CUKIER, Kenneth. **Big data: a Revolution that will transform how we live, work, and think**. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013. P. 6.

soluções tecnológicas onde as técnicas tradicionais não são suficientes para executar algo³³⁹.

Nesse sentido, elucida-se que

Big Data se refere ao imenso volume de conjuntos de dados que alcançam elevadas ordens de magnitude (volume); mais diversos, incluindo dados estruturados, semiestruturados e não estruturados (variedade); e que chegam mais rápido (velocidade) do que você ou sua organização já teve de lidar. Este fluxo de dados é geralmente gerado por equipamentos conectados – PCs e smartphones, sensores como leitores RFID e câmeras de trânsito. Além disso, é heterogêneo e vem em muitos formatos, incluindo texto, documento, imagem, vídeo e outros³⁴⁰.

No conceito anterior, nota-se que a INTEL se preocupou em evidenciar três das seis principais características do *big data*, quais sejam volume, variedade e velocidade.

Isso ocorre porque, à luz do que prega Doug Laney, apenas três características foram identificadas inicialmente³⁴¹. Posteriormente, também foram incorporados como características essenciais a veracidade, o valor e a variabilidade dos dados, conforme elucidam, por exemplo, Paul Zikopoulos et al³⁴² e Amir Gandomi e Murtaza Haider³⁴³.

³³⁹ ERL, Thomas. KHATTAK, Wajid. BUHLER, Paul. *Big Data Fundamentals: Concepts, Drivers & Techniques*. Boston: Prentice Hall, 2016.

³⁴⁰ INTEL. **Saiba mais sobre Big Data**: Medidas que Gerentes de TI Podem Tomar para Avançar com o Software Apache Hadoop. 2013. P. 3. Disponível em: <https://www.intel.com.br/content/dam/www/public/lar/br/pt/documents/articles/90318386-1-por.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

³⁴¹ LANEY, Doug. *Application Delivery Strategies*. META Group, 2001. Disponível em: <https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

³⁴² ZIKOPOULOS, Paul. EATON, Chris. DEROOS, Dirk. DEUTSCH, Thomas. LAPIS, George. *Understanding Big Data: Analytics for Enterprise Class Hadoop and Streaming Data*. New York: McGraw-Hill, 2012.

³⁴³ GANDOMI, Amir. HAIDER, Murtaza. *Beyond the hype: Big data concepts, methods, and analytics*. *International Journal of Information Management*. v. 35, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0268401214001066?via%3Dihub>. Acesso em: 20 maio 2020.

Este fato contribuiu para agregar valor econômico à tecnologia, já que agora era possível atestar a qualidade do material de análise e seu uso com menor risco.

A complexidade dessa tecnologia pode ser percebida pelo volume de dados e pela interação humana com eles, como se pode acompanhar:

Mais de 5 bilhões de consumidores interagem com dados todos os dias. Até 2025, esse número será 6 bilhões, ou 75% da população mundial. Em 2025, cada pessoa conectada terá pelo menos uma interação com dados a cada 18 segundos. Muitas dessas interações ocorrerão graças aos bilhões de dispositivos IoT conectados em todo o mundo, que deverão criar mais de 90 ZB de dados em 2025³⁴⁴.

O *big data* já é utilizado em vários segmentos do mercado. Empresas já utilizam a análise de dados como ferramenta de competitividade e largam com vantagem ao se destacar pela melhoria nos processos produtivos, de gestão, de operação ou nos seus modelos de vendas e interação com os consumidores³⁴⁵.

Marcelo Gonçalves Miranda evidencia que o uso e controle de dados ganhou grande destaque na atualidade. Segundo o autor,

o uso indevido de dados pessoais para influenciar eleições, a crescente aplicação de análise de dados e tomada de decisões por algoritmos no setor público e privado, a possibilidade no aumento de casos de análise de dados com viés discriminatório, são apenas alguns exemplos que demonstram que o uso e controle de dados se tornou uma questão-chave do nosso tempo. Como cidadãos digitais, somos cada vez

³⁴⁴ REINSEL, David. GANTZ, John Rydning. *The Digitization of the World: From Edge to Core*. Seagate, 2018. P. 5. Disponível em: <https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

³⁴⁵ NOVO, Rafael. DAS NEVES, José Manoel Souza. **Inovação na inteligência analítica por meio do Big Data**: características de diferenciação da abordagem tradicional. VIII Workshop De Pós-Graduação E Pesquisa Do Centro Paula Souza. Disponível em: http://www.portal.cps.sp.gov.br/pos-graduacao/workshop-de-pos-graduacao-e-pesquisa/008-workshop-2013/trabalhos/desenvolvimento_de_tecnologia_e_sistemas/121191_32_44_FINAL.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

mais perfilados e categorizados de acordo com os dados que produzimos³⁴⁶.

Como outros exemplos do uso do *big data* pode-se citar a aplicação no cruzamento de dados sobre poluição atmosférica, sintomas de doenças e postagens em redes sociais a fim de identificar as regiões onde determinadas doenças estão mais presentes (medicina); a utilização de câmeras de segurança, sensores, informações de terceiros e um monitoramento de dados por uma central a fim de localizar criminosos (segurança pública) e utilização de dados de voo para traçar melhor rota e obter ganhos econômicos com a redução de combustível e tempo entre as manutenções das aeronaves (aviação)³⁴⁷.

Se é possível utilizar a ferramenta para fins tão distintos, também se pode aplica-la na gestão pública, no controle dos recursos e no combate à corrupção.

Em se tratando de dinheiro público compete ao Congresso Nacional e aos Tribunais de Contas atuarem de forma fiscalizatória quanto aos procedimentos contábeis, financeiros, orçamentários, operacional e patrimonial da Administração Pública direta e indireta³⁴⁸. O poder a eles conferidos advém da Constituição Federal, precisamente no disposto nos artigos 70 ao 75.

Ao utilizarem recursos públicos, qualquer pessoa física ou jurídica, ligadas direta ou indiretamente à união, Estados, Distrito Federal ou Municípios, e os próprios entes federativos, estarão passíveis de fiscalização externa pelos Poderes Legislativos respectivos e Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo que tem por competência fiscalizar as despesas da administração, com vistas ao reconhecimento e apuração de ilegalidades e

³⁴⁶ MIRANDA, Marcelo Gonçalves. **Lei Geral de Proteção de Dados: LGPD**. 2019. P. 1. Disponível em: https://www.academia.edu/40367651/Lei_Geral_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_-LGPD. Acesso em: 20 maio 2020.

³⁴⁷ GALDINO, Natanael. **Big Data: Ferramentas e Aplicabilidade**. XIII Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. 2016. P. 9. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos16/472427.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

³⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

irregularidades. Nesse sentido, apresenta-se como órgão técnico, que julga contas, produz pareceres e realiza inspeções³⁴⁹.

O anseio por um controle qualificado surgiu com a Constituição de 1988. Além de ampliar o objeto a ser controlado, a Carta Maior conferiu ao Congresso Nacional a responsabilidade do controle externo e instituiu o controle interno em todos os poderes. Anteriormente, a exigência do controle interno abraçava apenas o Poder Executivo e, ainda, restrito ao controle da legalidade dos atos apenas³⁵⁰.

Com a modernização da gestão pública e advento das TICs, esse controle começou a ser otimizado. Os Tribunais de Contas reconheceram o potencial emprego da Inteligência Artificial e implantaram tecnologias que buscam fraudes em licitações publicadas em Diário Oficial³⁵¹.

A exemplo, o Tribunal de Contas da União (TCU) faz uso de três robôs: Alice (acrônimo de Análise de Licitações e Editais), Sofia (abreviação para Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor) e Monica. Todas interfaces de um sistema denominado Laboratório de Informações de Controle (Labcontas). Estes robôs, além de atuarem em sede de TCU, subsidiam servidores de órgãos como a Controladoria Geral da União, o Ministério Público Federal, a Polícia Federal e os Tribunais de Contas Estaduais³⁵².

Ainda que configure um ambiente cinzento em termos de regulação e imaturo quanto à aplicação na gestão pública, o *big data*, base para qualquer solução em tecnologia voltada à gestão, surge para o governo como uma iniciativa inovadora com

³⁴⁹ PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro Esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, São Paulo : MÉTODO, 2014. P. 154.

³⁵⁰ BERNARDONI, Doralice Lopes. CRUZ, June Alisson Westarb. **Planejamento e orçamento na administração pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Curitiba: Ibpex, 2010. P. 141.

³⁵¹ OLIVEIRA, Cristiano Cesar da Silva. **O uso de Inteligência Artificial para Controle Social da Administração Pública**: Uma Análise da Operação Serenata de Amor. Paraisópolis-MG. 2010. P. 9. Disponível em: <http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/bitstream/handle/123456789/267/TCC%20P%3%93S%20BANCA%20-%20VERS%3%83O%20FINAL%20-%20UFSJ%20-%20CRISTIANO%20CESAR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 maio 2020.

³⁵² GOMES, Helton S. **Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações**. G1. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 20 maio 2020.

a promessa de contribuir, de forma eficaz, na implementação de políticas públicas³⁵³.

O uso adequado e racional das aplicações de análise de dados desta tecnologia são instrumentos essenciais que permitem aperfeiçoar o controle da gestão estatal. Percebe-se que o Big Data, em auxílio à inteligência artificial, pode colaborar com o controle externo, exercido pelos auditores dos Tribunais de Contas, como visto acima³⁵⁴.

Neste íterim, ressalta-se que a criação de uma plataforma fundada em inteligência artificial e com um big data alimentado pelas próprias instituições públicas, construída com algoritmos que delimitem margens de variações aceitáveis com fins de facilitar o controle e corrigir eventuais vícios e contribuir para a punição de crimes, não é de todo uma ideia nova, mas ainda pouco utilizada – ou, ao menos, pouco eficaz.

O projeto Serenata de Amor, que utiliza inteligência artificial para auditar contas públicas no Brasil e auxiliar no controle social, tem uma plataforma ativa desde 2016 e conta com mais de 600 voluntários que objetivam fiscalizar, com auxílio de tecnologia, os reembolsos efetuados pela Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP) – verba que custeia alimentação, transporte, hospedagem e até despesas com cultura e assinaturas de TV dos parlamentares³⁵⁵.

O projeto criou a robô Rosie, que tem a função de identificar as operações suspeitas e o Jarbas, uma plataforma que concentra de maneira simples as informações produzidas pela Rosie.

³⁵³ SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A influência do Big Data no controle social da gestão pública**. Revista Direitos Humanos Fundamentais. Osasco. Jul-dez/2018. Ano 18. N.2. P. 102. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Hum-Fund_v.18_n.02.pdf#page=80. Acesso em: 20 maio 2020.

³⁵⁴ SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A influência do Big Data no controle social da gestão pública**. Revista Direitos Humanos Fundamentais. Osasco. Jul-dez/2018. Ano 18. N.2. P. 102. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Hum-Fund_v.18_n.02.pdf#page=80. Acesso em: 20 maio 2020.

³⁵⁵ OPERAÇÃO SERENATA DE AMOR. **Sobre**. Disponível em: <https://serenata.ai/about>. Acesso em: 20 maio 2020.

Além de um trabalho de consciência democrática, o grupo já colheu outros frutos, a exemplo do caso do Deputado Federal Celso Maldaner (PMDB-SC) que devolveu aos cofres públicos R\$ 727,78 reais gastos em 13 refeições no mesmo dia. Soma-se a isso, projeto já identificou cerca de mil casos flagrantes envolvendo práticas arbitrárias de toda espécie: desde “deputado solicitando reembolso de uma cerveja comprada em um restaurante badalado de Las Vegas, nos Estados Unidos (mesmo que seja proibido usar dinheiro público para comprar bebida alcoólica)”, (...) até “parlamentar, que gastou R\$ 144 com vinhos em um hotel de Brasília”³⁵⁶.

De toda sorte, reconhece-se que há muito o que se feito e iniciativas devem ser tomadas também de dentro do governo. As práticas de governança aliadas à tecnologia devem agir em prol do combate à corrupção, principalmente por meio da implementação da gestão de *compliance* dentro das instituições³⁵⁷. É primordial qualificar, aperfeiçoar e instrumentalizar os profissionais da auditoria pública para lidar com a complexidade e diversidade de dados e novas tecnologias³⁵⁸ em aprimoramento da cultura ética e de integridade que agregam à promoção e consolidação do controle social.

2. COMPLIANCE E GOVERNO: CONFORMIZAR PARA OTIMIZAR

O termo *Compliance* tem origem no verbo em inglês “*to comply*”, que significa agir de acordo com a lei, uma instrução interna, um comando ou um pedido, ou seja, estar em “*compliance*” é agir em conformidade com o ordenamento

³⁵⁶ LUIZ, Gabriel. **Após ser flagrado por app, deputado devolve à Câmara R\$ 727 por 13 refeições no mesmo dia**. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/apos-ser-flagrado-por-app-deputado-devolve-a-camara-r-727-por-13-refeicoes-no-mesmo-dia.ghtml>. Acesso em: 20 maio 2020.

³⁵⁷ ASSI, Marcos. **Governança, riscos e compliance: mudando a conduta nos negócios**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017.

³⁵⁸ BALANIUK, Remis. **A mineração de dados como apoio ao controle externo**. 2010. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 42, n. 117, p. 77-84. Disponível em: <http://www.fiec.org.br/artigos/administracao/tcu/Miner.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

jurídico e regulamentos externos e internos³⁵⁹, além de primar pela ética em todas as relações, estabelecendo códigos de ética³⁶⁰ e conduta. Manter-se em conformidade significa atender aos procedimentos de controle interno e externos que foram estabelecidos em determinada área de atuação.³⁶¹

Não se tem conhecimento de onde surgiu o termo, se foi a partir das instituições financeiras, farmacêuticas ou médicas. Posteriormente, também em outros setores, como a indústria farmacêutica ou de telecomunicações, aderiram a esse novo conceito.³⁶² Para Marcelo Aguiar Coimbra e Vanessa Alessi onde, de fato, o *Compliance* surgiu não importa³⁶³, pois aplica-se a todos os tipos de organizações de qualquer ramo público ou privado.

Com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque de 1929, buscou-se um equilíbrio do sistema, surgindo o *Compliance* como mecanismo de controle e integridade nas organizações. Em 1934, a SEC, agência regulatória do mercado de ações, o equivalente à CVM no Brasil, foi criada para coibir as atividades ilegais das empresas, já na década de 60 surge o profissional de *Compliance*

³⁵⁹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi. **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e integridade das organizações. São Paulo: Editora Atlas, 2010.p.2

³⁶⁰ Existe uma discussão que se refere a nomenclatura apropriada a chamar tal código de conduta ou de ética, mas “partindo do pressuposto de que efetivamente nos interessa, ter um código e que qualquer código já determina um comportamento, acreditamos mais adequado chamá-lo de Código de Ética”. CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

³⁶¹ “O programa de compliance deve ser estruturado de acordo com a realidade particular da organização, as suas circunstâncias específicas, a sua cultura, o seu tamanho, o seu setor de atuação, o tipo de atividade por ela desenvolvido e o local da sua operação”. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi. **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e integridade das organizações. São Paulo: Editora Atlas, 2010.p.2.

³⁶² COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi. **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e integridade das organizações. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 2.

³⁶³ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi. **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e integridade das organizações. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 2.

(*Compliance Officer*) ganha destaque tendo como função precípua a aplicabilidade da lei, proteção dos investidores e evitar ilícitos.³⁶⁴

Com o caso de Watergate, escândalo político ocorrido na década de 1970 nos Estados Unidos, houve um processo de mudança nas instituições, que buscaram combater a corrupção e agir de forma ética. As empresas adotaram políticas de *Compliance*, inserindo ética diariamente no contexto profissional, por meio de um conjunto de normas, técnicas e instrumentos.³⁶⁵

Maeda diz que "os esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa".³⁶⁶

Verifica-se que os programas de integridade desenvolvidos nas grandes empresas estão relacionados a três vertentes, sendo a primeira oriunda das obrigações legais, tais como as de políticas contra riscos como lavagem de dinheiro, corrupção, abuso de mercado. Outra vertente dos programas de cumprimento é decorrente da governança corporativa, que se refere à limitação do abuso de poder dentro das organizações, provocando a implementação de programas de cumprimento normativo e controle interno. Finalmente, a última, referente aos Códigos de Ética existentes nas grandes empresas, de onde se extraem compromissos de luta contra corrupção, e recriminação de práticas abusivas de mercado³⁶⁷.

³⁶⁴ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi. **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e integridade das organizações. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 1-2.

³⁶⁵ COLARES, Wilde Cunha Colares. **Ética e Compliance Nas Empresas de Outsourcing**. Monografia apresentada ao Curso de LL.M. em Direito dos Contratos, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Pós Graduação Lato Sensu. Orientador: Prof. Daniel Martins Boulos São Paulo, 2014. p. 61. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1238/Wilde%20Cunha%20Colares_Trabalho.pdf?sequence=1>. Acesso em 25 de maio de 2020.

³⁶⁶ MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de Compliance Anticorrupção**: importância e elementos essenciais. DEL DEBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167.

³⁶⁷ NIETO MARTÍN, Adán. **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal**. In: *Compliance y teoría del Derecho penal*. org. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, p. 23-24, 2013.

O *Compliance*³⁶⁸ funciona como um mecanismo de controle que permite gerenciar riscos e prevenir eventuais operações e atos ilegais, aumentando a segurança, trazendo credibilidade, concorrência e transparência aos investidores, fornecedores e clientes, chamados de partes interessadas (*stakeholders*). Impulsiona resultados, aumenta os recursos na medida em que evita prejuízos com multas e cobranças judiciais. A conformidade da organização fortalece a marca no mercado³⁶⁹.

Através desse controle, qualquer desvio em relação a política da empresa pode ser observado, minimizado e, até mesmo, evitado quando se toma conhecimento prévio do risco.

O fator impulsionador para a sua relevância atual foram os famosos escândalos em instituições financeiras e a crise financeira de 2008, o que determinou que inúmeros países, em suas legislações, instituíssem a obrigação da instalação deste mecanismo de monitoramento interno, sob pena de multas e responsabilizando penalmente as pessoas jurídicas, atribuindo como critério para a pena a existência de sistemas de *compliance* mais eficazes, como é o caso da legislação espanhola (artigo

³⁶⁸ Políticas de Compliance envolvem também a utilização dos Códigos de Ética existentes nas grandes empresas de onde se extraem compromissos de luta contra corrupção, e recriminação de práticas abusivas de mercado, princípios que induzem a utilização do procedimento arbitral. NIETO MARTÍN, Adán. **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal**. In: *Compliance y teoría del Derecho penal*. org. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, p. 23-24, 2013.

³⁶⁹ Para Liliana Rodrigues “Em princípio, a ideia de *compliance* consistia numa mera garantia de conformidade com a lei. Mas o conceito transcendeu esse patamar, conforme já foi dito. *Compliance* passa a significar um modo de ser, de atuar, uma ideologia a ser incorporada por todo tipo de organização. Acima de tudo, é uma estratégia a ser utilizada para o alcance dos fins institucionais dessas organizações, garantida a conformidade com a lei, com regulamentos, com as políticas específicas de negócios, com o código de ética e de conduta, com os controles internos e externos de cada setor. Através do *compliance*, podemos assegurar uma maior eficácia das normas estabelecidas pelos órgãos de regulação de cada segmento a partir de uma iniciativa do próprio regulado.” RODRIGUES, Liliana Santo de Azevedo. **Compliance - o que significa?** Disponível em: <https://www.portalferreirasantos.com.br/compliance-o-que-significa-por-liliana-santo-de-azevedo-rodri-gues/>. Acesso em: 20 junho 2020.

31 bis do Código Penal espanhol)³⁷⁰ e Alemã (art. 130 Lei das Infrações Administrativas).³⁷¹

No Brasil, foi criada a Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), que disciplinou a obrigação de aplicação de mecanismos de integridade nas empresas no combate à lavagem de dinheiro.

Diante disso, algumas empresas tiveram que aderir a políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto no Art. 9 e no Art. 11 da Lei de Lavagem de dinheiro³⁷², na forma disciplinada pelos órgãos competentes.

Essa legislação prevê, ainda, a suspensão da autorização de funcionamento da entidade que violar esses procedimentos (art. 12, inciso IV), o que torna a lei mais rigorosa no âmbito administrativo do que no penal.

De maneira complementar ao disposto na Lei nº 9.613, o legislador editou a Lei Federal nº 12.846 de 1º de agosto de 2013 (Lei anticorrupção) com o objetivo de tratar da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Nesse sentido, a referida legislação oferece benefícios para as empresas

³⁷⁰ “No cenário mundial, casos como os atos terroristas nos Estados Unidos, em 2001, os escândalos de governança, como, por exemplo, os relacionados ao Banco Barings, Enron, WordCom e Parmalat e a mais recente crise financeira mundial, além da divulgação de casos de corrupção envolvendo autoridades públicas e também desvios de recursos em entidades do terceiro setor, acentuaram a necessidade de maior conformidade a padrões legais e éticos de conduta. O aumento da pobreza, dos problemas sociais, ambientais, e, neste último caso, a chamada crise ambiental ampliou a abrangência do Compliance para novos padrões desejáveis de comportamento”. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi. **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e integridade das organizações. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

³⁷¹ COUTINHO, Camila Mendes. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei de crimes ambientais: da necessidade de construção dogmática de um sistema de imputação penal autônomo do sujeito coletivo**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito p. 43-50, Recife, 2012.

³⁷² Art. 9 , III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes. BRASIL. **Lei 9.613, de 3 de março de 1998**. Lei anticorrupção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

que comprovarem a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, códigos de ética e conduta, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades.

A responsabilização individual dos dirigentes da empresa trazida pela Lei Anticorrupção trouxe a necessidade de maior preocupação em relação aos contratos firmados com terceiros. Conforme se extrai da lei, a empresa não precisa ter autorizado determinado ato ilícito, ou seja, independe do dolo, bastando para sua condenação apenas que se beneficie de alguma forma.

É indispensável destacar a grande relevância de políticas *Compliance* dentro de uma empresa como um incentivo e, como resultado, a maximização dos lucros, tendo em vista que aumenta sua credibilidade, aumenta a competitividade, transparência e aloca-se menos recursos do que seriam utilizados na justiça tradicional.

Nas relações contratuais observa-se, ainda, uma dinâmica em que sujeitos, através de controles e incentivos, agem conforme as regras do jogo dos sistemas administrativos burocráticos. Para tanto, subtemde-se que os agentes, seguindo a lógica racional maximizadora, orientam seu comportamento com o objetivo de auferir maior lucro para si.

No âmbito da teoria da agência³⁷³ existe assimetria de informações³⁷⁴ e o agente principal (contratante) possui interesses divergentes do contratado. Assim, o agente, sabendo que está em posição de vantagem, fica livre para ditar as regras do jogo.

Outra medida alternativa que se apresenta como solução à prevenção da corrupção é a criação de um programa de incentivos e controle para alinhar os interesses dos agentes com aquele que delega o poder de decisão.

³⁷³ PINHEIRO FILHO, Francisco Renato C. **Teoria da agência** (problema agente-principal). In: RIBEIRO; KLEIN (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum (2011, p.104).

³⁷⁴ A assimetria de informação, portanto, consiste na falta de informação ou informação parcial pela qual um dos agentes atua em desequilíbrio em relação ao outro. Uma falha que é capaz de produzir insegurança relações negociais e desequilibrar o mercado. SONZA, I. B. KLOECKNER, G. de O. **Governança em estruturas proprietárias concentradas: novas evidências para o Brasil**. Revista de Administração da USP, 49(2), 2014, p. 322-338.

O *Compliance* funciona como um mecanismo de controle que permite gerenciar riscos e prevenir eventuais operações e atos ilegais, aumentando a segurança, trazendo credibilidade, concorrência e transparência aos investidores, fornecedores e clientes, chamados de partes interessadas (*stakeholders*). Impulsiona resultados, aumenta os recursos, na medida em que evita prejuízos com multas e cobranças judiciais³⁷⁵

A sobreposição de interesses privados sobre o interesse público é uma espécie de desvio muito comum nas instituições, em flagrante ofensa aos princípios constitucionais e dos valores éticos da gestão pública.

O combate à corrupção aproxima o Estado de alcançar a efetividade, qualidade dos serviços públicos ofertados e eficácia de políticas públicas com a melhor otimização dos recursos.

A aplicação do *Compliance* no setor público advém do movimento chamado “nova gestão pública”, com origens que remontam à década de 1990 e efeitos alicerçados pela democracia representativa com maior participação do povo na tomada de decisão.

A transparência da Administração Pública reforça ainda mais os deveres de integridade expostos no ambiente privado. A participação popular no processo decisório e na realização do controle sobre o Estado na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (“Lei de Acesso à Informação”), insere-se no a partir dos princípios constitucionais trazidos no inciso XXXIII do art. 5º, o inciso II do § 3º do art. 37 e o § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

A transparência dos atos públicos vai além da mera publicidade. O conceito abrange o acesso à informação e o controle social no processo decisório da Administração Pública, principalmente com a incorporação dos temas como democracia e responsabilidade, transformando os cidadãos em agentes de fiscalização da gestão pública.³⁷⁶

³⁷⁵ Vieira, James Batista. **Governança, gestão de riscos e integridade** / James Batista Vieira, Rodrigo Tavares de Souza Barreto -- Brasília: Enap, 2019, p. 163.

³⁷⁶ MESSA, Ana Flávia. Governança, Compliance e Cidadania. **Os avanços no combate à corrupção administrativa pela transparência**. Revista dos Tribunais; Edição: 1ª (22 de novembro de 2018).

A democratização da gestão pública busca criar canais de comunicação entre os cidadãos e a administração. O processo de globalização e o surgimento de novas tecnologias veio ao encontro da democracia representativa, que tem o objetivo de alcançar a verdadeira cidadania social.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que a revolução tecnológica vivenciada desde o início do século acarretou o surgimento de novos modos de trabalho, novas soluções em tecnologias e novos riscos.

Uma vasta gama de dados passou a ser produzido e, em especial, ao que pese à Administração Pública e à luz do gerencialismo, estes dados não só podem, como precisam, ser utilizados para otimizar o serviço prestado à sociedade.

Alguns modelos de gestão já foram testados e se mostraram pouco eficientes, como é o caso do patrimonialismo e burocratização. É preciso fazer uso das novas tecnologias e, em especial, do *big data* na Administração Pública para aparar as arestas e elevar a governança a um novo patamar de otimização.

Como visto, o *big data* subsidia inúmeras outras tecnologias e pode ser utilizado na esfera pública e privada com aplicações variadas a exemplo do uso na medicina, na segurança, na aviação e no controle do dinheiro público.

Já existem projetos ativos que fiscalizam estes recursos, mas com resultados incipientes. Talvez este fato exista em virtude de a iniciativa partir da população, e não do compromisso da Administração em controlar a aplicação do capital.

Este interesse do povo pela correta aplicação das verbas oficiais tem se concretizado, também, através de inteligências artificiais, como as criadas pelo projeto Serenata de Amor, que ajudam neste acompanhamento.

Por sua vez, é necessário destacar o importante papel dos Tribunais de Contas que, com seus robôs e inteligência artificial, conseguem otimizar seu trabalho na fiscalização das contas públicas, fornecendo informações também a outras instituições como AGU e MP.

De toda sorte, o uso da tecnologia, por si só, não garante efetividade. Faz-se necessário a implantação de um programa de *compliance* aliado às novas ferramentas tecnológicas para garantir a conformidade das transações.

O *compliance* age como ferramenta de controle com fins de gerenciamento de riscos e prevenção quanto aos atos ilícitos. Desta forma, há um incremento na segurança das operações, o que confere credibilidade aos atos governamentais. De um ponto de vista estratégico, a implantação de sistemas de conformidade não só auxilia o combate à corrupção, como ajuda a atrair investimentos para a região administrada.

Em se tratando do Brasil, algumas medidas já foram implementadas pela Lei Anticorrupção, que visa a responsabilizar instituições pela prática de atos contra a gestão pública.

Ao longo desta pesquisa, percebeu-se que, através do estabelecimento de novas tecnologias, é possível acompanhar o fluxo do dinheiro público, averiguando sua utilização para os fins que realmente se destinam e, com isso, coibir a prática da corrupção, identificando ilicitudes de forma célere e causando menos danos à sociedade.

Sugere-se a criação, por parte da Administração Pública, de uma plataforma ou um robô alimentado por todos os envolvidos com o dinheiro público – sob pena de multa pecuniária em caso de descumprimento –, onde sejam preestabelecidos margens de flexibilização que considere imprevistos durante a aplicação dos valores, para que, caso haja qualquer desvio, esta IA alerte as instituições responsáveis para que estas procedam a investigação e instauração de procedimentos que visem a apurar a possibilidade de fraudes.

Acredita-se que, com isso, pode-se agir de forma mais célere, coibir crimes de corrupção e responsabilidade, e reparar eventuais danos antes que o fato se torne um problema de relevante impacto social.

Por fim, destaca-se que, aliada à tecnologia, deve-se existir políticas rígidas de *compliance* para se criar uma nova cultura dentro das organizações – a de responsabilidade social – favorecendo a alimentação correta dos sistemas e valorizando a preocupação com a sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUNE, R.; CARLOS, J. **Governo eletrônico e novos processos de trabalho**. In: LEVY, E.; DRAGO, (Orgs.). *Gestão pública no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Fundap, 2005.

ASSI, Marcos. **Governança, riscos e compliance: mudando a conduta nos negócios**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017.

BALANIUK, Remis. **A mineração de dados como apoio ao controle externo**. 2010. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 42, n. 117, p. 77-84. Disponível em: <http://www.fiec.org.br/artigos/administracao/tcu/Miner.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

BERNARDONI, Doralice Lopes. CRUZ, June Alisson Westarb. **Planejamento e orçamento na administração pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Curitiba: Ibpex, 2010. P. 141.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2020.://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D.

BRASIL. **Decreto 9.756, de 11 de abril de 2019**. Institui o portal único “gov. br” e dispõe sobre as regras de unificação dos canais digitais do Governo federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9756.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. **Decreto 10.332, de 28 de abril de 2020**. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.332-de-28-de-abril-de-2020-254430358>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. **Do Eletrônico ao Digital**. Publicado em 25/11/2019. Atualizado em 30/04/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital#:~:text=O%20Programa%20de%20Governo%20Eletr%C3%B4nico%20do%20Estado%20brasileiro%20surgiu%20no,3%20de%20abril%20de%202000>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Lei de Lavagem de Dinheiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 20 maio 2020

BRASIL. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. **Lei anticorrupção**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l9613.htm. Acesso em: 20 maio 2020

BRESSER, Luiz Carlos Pereira. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público. Ano 47. V. 120. N.º 1. janeiro-

abril, 1996. P. 10-11. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1734/1/1996%20RSP%20ano.47%20v.120%20n.1%20jan-abr%20p.07-40.pdf>. Acesso em: 15 maio 2020.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen Campelo. **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos**. Ci. & Tróp., Recife, v.34, n. 2, p.297-324, 2010. P. 299. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/viewFile/871/592>: Acesso em 15 maio 2020.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

COLARES, Wilde Cunha Colares. *ÉTICA E COMPLIANCE NAS EMPRESAS DE OUTSOURCING*. Monografia apresentada ao Curso de LL.M.em Direito dos Contratos, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Pós Graduação Lato Sensu. Orientador: Prof.Daniel Martins Boulos São Paulo, 2014. p. 61. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1238/Wilde%20Cunha%20Colares_Trabalho.pdf?>. Acesso em 20 de maio de 2020.

COUTINHO, Camila Mendes **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei de crimes ambientais: da necessidade de construção dogmática de um sistema de imputação penal autônomo do sujeito coletivo**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito p. 43-50, Recife, 2012

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167

DIETRICH, David. HELLER, Barry. YANG, Beibei. **Data Science & Big Data Analytics: Discovering, Analyzing, Visualizing and Presenting Data**. 2015: John Wiley & Sons, Inc. Indianapolis, IN. USA. P. 2.

ERL, Thomas. KHATTAK, Wajid. BUHLER, Paul. **Big Data Fundamentals: Concepts, Drivers & Techniques**. Boston: Prentice Hall, 2016.

FEIJÓ, Bruno Vieira. **A Revolução dos Dados**. Revista Exame PME – Pequenas e Médias Empresas, São Paulo. Set/2013.

GALDINO, Natanael. **Big Data**: Ferramentas e Aplicabilidade. XIII Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. 2016. P. 9. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos16/472427.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

GANDOMI, Amir. HAIDER, Murtaza. **Beyond the hype**: Big data concepts, methods, and analytics. International Journal of Information Management. v. 35, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0268401214001066?via%3Dihub>. Acesso em: 20 maio 2020.

GOMES, Helton S. **Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações**. G1. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 20 maio 2020.

INTEL. **Saiba mais sobre Big Data**: Medidas que Gerentes de TI Podem Tomar para Avançar com o Software Apache Hadoop. 2013. P. 3. Disponível em: <https://www.intel.com.br/content/dam/www/public/lar/br/pt/documents/articles/90318386-1-por.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

LANEY, Doug. **Application Delivery Strategies**. META Group, 2001. Disponível em: <https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

LENK, K.. TRAUENMÜLLER, R.. **Electronic government**: where are we heading? In: ELECTRONIC GOVERNMENT. First International Conference. 2002. Aix-en-Provence. France. Proceedings 2002. p. 1-9.

LUIZ, Gabriel. **Após ser flagrado por app, deputado devolve à Câmara R\$ 727 por 13 refeições no mesmo dia**. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/apos-ser-flagrado-por-app-deputado-devolve-a-camara-r-727-por-13-refeicoes-no-mesmo-dia.ghtml>. Acesso em: 20 maio 2020.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor. CUKIER, Kenneth. **Big data**: a Revolution that will transform how we live, work, and think. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013. P. 6.

MCAFEE, Andrew. BRYNJOLFSSON, Erik. **Big Data**: the management revolution. Harvard Business Review, v. 90, n. 10, 2012. Disponível em: <https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>. Acesso em: 20 maio 2020.

MESSA, Ana Flávia. **Governança, Compliance e Cidadania. Os avanços no combate à corrupção administrativa pela transparência**. Revista dos Tribunais; Edição: 1ª (22 de novembro de 2018)

MIRANDA, Marcelo Gonçalves. **Lei Geral de Proteção de Dados**: LGPD. 2019. P. 1. Disponível em: https://www.academia.edu/40367651/Lei_Geral_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_-LGPD. Acesso em: 20 maio 2020.

NETO GIUSEPPE, Giamundo; DOURADO, Guilherme Afonso; HADLICH, LUIZ FELIPE. **Manual de Compliance** / coordenação André Castro Carvalho, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo de Pinho Bertocelli, Otavio Venturini. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

NOVO, Rafael. DAS NEVES, José Manoel Souza. **Inovação na inteligência analítica por meio do Big Data**: características de diferenciação da abordagem tradicional. VIII Workshop De Pós-Graduação E Pesquisa Do Centro Paula Souza. 2013. P. 42. Disponível em: http://www.portal.cps.sp.gov.br/pos-graduacao/workshop-de-pos-graduacao-e-pesquisa/008-workshop-2013/trabalhos/desenvolvimento_de_tecnologia_e_sistemas/121191_32_44_FINAL.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

NIETO MARTÍN, Adán. **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal**. In: **Compliance y teoría del Derecho penal**. org. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013

OLIVEIRA, Cristiano Cesar da Silva. **O uso de Inteligência Artificial para Controle Social da Administração Pública**: Uma Análise da Operação Serenata de Amor. Paraisópolis-MG. 2010. P. 9. Disponível em: <http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/bitstream/handle/123456789/267/TCC%20P%c3%93S%20BANCA%20-%20VERS%c3%83O%20FINAL%20-%20UFSJ%20-%20CRISTIANO%20CESAR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 maio 2020.

OLIVEIRA, Luciano. **Evolução da Administração Pública no Brasil**. Editora Ferreira. 2010. P. 01. Disponível em: <https://bit.ly/2VeDyXg>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

OPERAÇÃO SERENATA DE AMOR. **Sobre**. Disponível em: <https://serenata.ai/about>. Acesso em: 20 maio 2020.

OSBORNE, D. **Banishing bureaucracy**: the five strategies for reinventing government. New York: Plume, 1997.

PALUDO, Augustinho Vicente. **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**: teoria e mais de 500 questões. Elsevier Editora: Rio de Janeiro, 2010. P. 59.

PINHEIRO FILHO, Francisco Renato C. **Teoria da agência (problema agente-principal)**. In: RIBEIRO; KLEIN (Coord). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum,(2011, p.104)

PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro Esquemático**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, São Paulo : MÉTODO, 2014. P. 154.

RODRIGUES, Líliliana Santo de Azevedo. **Compliance- o que significa?** Disponível em: <https://www.portalferreirasantos.com.br/compliance-o-que-significa-por-liliana-santo-de-azevedo-rodrigues/>. Acesso em: 20 junho 2020.

REINSEL, David. GANTZ, John Rydning. **The Digitization of the World: From Edge to Core**. Seagate, 2018. P. 5. Disponível em: <https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

Sonza, I. B., & Kloeckner, G. de O. (2014). **Governança em estruturas proprietárias concentradas: novas evidências para o Brasil**. Revista de Administração da USP, 49(2), 322-338

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A influência do Big Data no controle social da gestão pública**. Revista Direitos Humanos Fundamentais. Osasco. Jul-dez/2018. Ano 18. N.2. P. 102. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Hum-Fund_v.18_n.02.pdf#page=80. Acesso em: 20 maio 2020.

Vieira, James Batista. **Governança, gestão de riscos e integridade** / James Batista Vieira, Rodrigo Tavares de Souza Barreto -- Brasília: Enap, 2019. p. 163.

ZIKOPOULOS, Paul. EATON, Chris. DEROOS, Dirk. DEUTSCH, Thomas. LAPIS, George. **Understanding Big Data: Analytics for Enterprise Class Hadoop and Streaming Data**. New York: McGraw-Hill, 2012.

CAPÍTULO 9

The background is a solid teal color. Overlaid on this is a complex, abstract geometric pattern. It consists of numerous thin, light-colored lines that connect various points. Some of these points are represented by small, semi-transparent circles of varying sizes. The overall effect is that of a network or a molecular structure, with the lines forming a web of interconnected triangles and polygons. The pattern is more dense and detailed in the lower half of the page, becoming sparser towards the top.

O USO DO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E INTEGRAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Marcel Fernandes de Oliveira Rocha³⁷⁷

Vanessa Maria de Oliveira Accioly Maia³⁷⁸

RESUMO: O presente artigo apresenta uma abordagem com base em pesquisa bibliográfica com intuito de tecer notas preliminares no que diz respeito aos mecanismos tecnológicos e suas possíveis soluções no contexto das relações de consumo. Objetivou-se, em primeira ordem, promover um resgate histórico conjecturando a construção de elementos base para desenvolver o tema em questão. Após a avaliação inicial, registrou-se, de plano, a política pública materializada por intermédio do portal do SINDEC – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, que promove um viés de conexão e transformação digital no tocante à defesa do consumidor. Trata-se de um estudo com vetor informativo que pretende apenas fixar noções basilares acerca dos novos modos de promoção e defesa do consumidor no contexto digital.

Palavras-chave: Consumidor. Digital. Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

Desde a disruptiva chegada da internet e sua abertura aos diversos usuários por todo o planeta, o fluxo de disposições subjetivas perpassa o simples modo intersubjetivo de vida social. Desse modo, não seria diferente que esses reflexos logo chegassem aos diversos segmentos sociais, inclusive o que

³⁷⁷ Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura do TRT 21 Região. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Diretor de Planejamento, Tecnologia e Informação do Instituto Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor de Natal – PROCON Natal. E-mail: marcel_abc@hotmail.com.

³⁷⁸ Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Servidora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. E-mail: vanessa_accioly1@yaoo.com.br. CNPQ Currículo do Sistema de Currículos Lattes. Informações sobre Vanessa Accioly Maia. Disponível em <http://lattes.cnpq.br/0888434950430882> Acesso em 27 de junho de 2020.

sustenta o Estado Democrático de Direito, ou seja, o sistema normativo, a fim de regulamentar o denominado processo de transformação digital, fenômeno que modifica as perspectivas já conhecidas, fomentando um novo cenário voltado a tornar as relações mais rápidas, inclusive, as de consumo.

Sob este ângulo, o presente trabalho fixou seu ponto de reflexão na investigação de políticas públicas voltadas a assumir um papel essencial em razão das mudanças decorrentes do referido processo tecnológico. Assim, em primeiro plano, realizou-se uma sucinta abordagem histórica das relações de consumo ao longo da história, prezando pelos apontamentos específicos que fornecessem uma base sólida, propícia ao enfrentamento da questão problema do referido estudo.

Em momento secundário, munido de compreensão do contexto histórico referente às relações de consumo, delineou-se sem o objetivo de exaurir o tema, os contornos em torno do desenvolvimento normativo de tutela dos direitos dos consumidores.

Por fim, com os argumentos expostos, buscou-se delinear, ao longo do estudo, as questões que envolvem a Política Nacional de Defesa do Consumidor e as disposições específicas no tocante às soluções tecnológicas que promovem a ampliação de defesa e proteção dos direitos dos consumidores.

Arrematando o estudo, indicou-se sumariamente, porém, com precisão, a função do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC) como política pública voltada à promoção de mecanismos de publicização de dados em detrimento da gestão dos PROCONS, no que se refere à política de defesa do consumidor.

1. RELAÇÕES DE CONSUMO NA HISTÓRIA

Desde a noção mais rudimentar de sociedade **já catalogada pelos antropólogos** ao longo da história da humanidade, o homem se relaciona com seus pares praticando plurais atos concernentes a própria vinculação coletiva, ou seja, a permanência do indivíduo

social numa perspectiva pública-comunitária requer deste indivíduo sua participação direta no sistema, o que ocasionou o surgimento das relações como as de escambo, câmbio, permuta, barganha, compensação, compra e venda etc.

A relação jurídica, corolário dos negócios jurídicos, embora elementar, materializou-se nos vínculos relacionais, seja de ordem bilateral ou plurilateral com previsão, ou ao menos indicações legais, em detrimento das relações negociais de cada época.

Assim, o comércio na antiguidade inaugura um modelo negocial de oferta e procura que delinea os primeiros contornos das relações de consumo da época. A exemplo do período, inúmeras expedições resultaram num movimento vertiginoso de exploração direta das colônias conquistadas, impulsionando um processo de contínua importação de produtos como: metais preciosos, marfim, cereais, fragrâncias etc.

Tais relações negociais, naquela época, tornaram-se, sobremaneira, presentes na vida dos indivíduos, assim como nos espaços a que pertenciam. Nesse momento, a burguesia marca o surgimento deste viés negocial somado ao interesse da igreja em disseminar o cristianismo por meio de cruzadas e abertura de fronteiras como a do Mediterrâneo, acontecimento que ensejou a Revolução Comercial.

O desenvolvimento comercial após a referida revolução se deu de modo tão vívido, que logo as pequenas feiras de comércio transformaram-se em cidadelas e povoados. O modelo negocial desta época também fez surgir um grupo de comerciantes mais influentes que, movidos pelos ganhos e lucros crescentes visavam à expansão de seus mercados. Com isso, pode-se indicar tal crescimento comercial econômico como um breve ensaio do que se conhece hoje por capitalismo.

Posteriormente, em momento mais recente na história do desenvolvimento das relações de consumo e seus reflexos, a humanidade contempla um movimento súbito no que diz respeito ao desenvolvimento produtivo de bens. A ruptura que transforma os Estados em grandes centros urbanos se dá a partir da Revolução Industrial, com início na Inglaterra e, conseqüentemente, estendida aos diversos países do continente europeu, assim como nas Américas.

Dessa maneira, a massificação do consumo ganha contornos vultuosos, já que o atendimento de uma demanda ávida por consumo impulsionava cada vez mais a criação de grandes fábricas. O processo fabril passa a ser realizado em larga escala, com divisões de etapas, concentrando em setores, trabalhadores específicos, que com o passar do tempo desenvolviam habilidades para tornar mais rápido o processo de produção. Dada essa condição produtiva, era possível aumentar a oferta de produtos, gerando crescente lucro aos produtores.

O processo de industrialização implica diretamente na conglomeração urbana, desencadeando um crescente investimento de setores como transportes, comércios, empresas, meios de comunicação, inclusive o próprio Estado, graças ao sistema de taxas e tributos normatizados por cada localidade.

Assim, como dito anteriormente, com o advento do comércio entre os Estados europeus e estes com outros, como América e **África**, há a criação de um mercado capitalista de ordem internacional, cujo fomento implica em industrialização massiva e comercialização de produtos em larga escala.

Sob este ângulo, aliado a todo esse processo de massificação produtiva de cadeia comercial heterogênea, fruto de desenvolvimento das relações de consumo ao longo da história da humanidade, um elemento primordial é utilizado objetivando um novo passo de modernização de tais relações.

Neste sentido, um forte avanço tecnológico interligado ao modo de comunicação entre nações, Estados e indivíduos ganham ênfase no cenário pós-moderno, intensificando um novo modelo de relação de consumo.

Assim, a era da informação ou tecnológico-digital encontra espaço de desenvolvimento e crescimento, aliada as relações de consumo, como forma de expressão e transformação social. Este período tecnológico surge como modelo substitutivo à Revolução Industrial, quando a informação, publicidade e tecnologia assumem o papel de protagonistas no mercado de produção e vendas de bens e serviços.

Nessa perspectiva, evidenciam-se plurais formas de disseminação deste mercado vertiginoso voltado ao consumo

exacerbado. No entanto, como todo e qualquer desenvolvimento social, problemas oriundos dessas relações de consumo aparecem como ponto de enfrentamento por parte do sistema que objetiva a defesa e proteção do consumidor, assim como o estudo e a viabilidade de implementação de políticas públicas voltadas a minimizar os problemas oriundos dos novos modelos de relações de consumo na sociedade contemporânea.

Dessa maneira, não é objetivo central exaurir os contornos históricos no tocante ao desenvolvimento histórico-cronológico das relações de consumo, mas, apenas delinear notas iniciais a fim de ilustrar um panorama geral de tais relações, objetivando criar um ponto de confluência entre esta perspectiva e o tema a que se pretende abordar neste estudo.

2. RELAÇÕES DE CONSUMO E DIREITOS DO CONSUMIDOR NO BRASIL

O crescente fluxo comercial e consequentes formas de relação de consumo, reflexo de práticas internacionais, inclusive aquelas elencadas nos apontamentos histórico-cronológico registrados no item antecedente, refletem diretamente no modo relacional-consumerista do Brasil desde o período colonial.

Consequentemente, após um longo período repleto de mudanças desde o período rudimentar colonial até o momento tecnológico-digital em que as relações de consumo ganham relevo expressivo, ao longo das experiências estabelecidas nas fases pré e pós consumo, surgiu a necessidade de estabelecer diretrizes que, de certo modo, equalizassem o modo relacional-consumerista no Brasil.

Dessa maneira, os movimentos consumeristas no Brasil se estabelecem por volta dos anos 70 com a materialização de entidades vinculadas ao governo a fim de criar diretrizes normativas voltadas a defesa do consumidor.

Assim, conforme Ieciona Cavalieri Filho, acerca dos movimentos consumeristas no Brasil, dispõe de modo cronológico

o surgimento das primeiras entidades de proteção e defesa do consumidor.

[...] em 1974 foi criado, no Rio de Janeiro, o Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON); em 1976 foi criada, em Curitiba, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC); em 1976, em Porto Alegre, a Associação de Proteção ao Consumidor (APC); em maio de 1976, pelo Decreto nº 7.890, o Governo de São Paulo criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que previa em sua estrutura, como órgãos centrais, o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, depois denominado de PROCON.³⁷⁹

Apesar de diversas entidades voltadas a propiciar um ensaio preliminar protetivo ao consumidor brasileiro, existia, de certo modo, um olhar mais apático a respeito dos mecanismos de defesa e proteção das relações de consumo. Na realidade, só ocorreu efetivamente um olhar mais ponderado, “[...] após o plano cruzado e a problemática econômica por ele gerada”.³⁸⁰

Desse modo, a produção frenética e bens de consumo dela derivada propiciou ao consumidor um relevo cuja inclinação o deixou em desvantagem ou como nos moldes doutrinários-normativos, em situação vulnerável.

O poder de seleção foi rapidamente substituído por vinculação intermediada por instrumentos contratuais de adesão, cujo formato incluía cláusulas unilaterais e, de certo modo, desvantajosas ao consumidor brasileiro. Assim, “instalou-se então um acentuado desequilíbrio ou desigualdade de forças entre produtores e distribuidores, por um lado, e consumidores, por outro”.³⁸¹

Eis que, diante da realidade fática, no qual a desproporcionalidade assentava-se de modo astuto e impiedoso em face do consumidor, surge o estímulo que esboça os

³⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 19.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 19.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 20.

rudimentos protetivos necessários a criação de uma política voltada a repelir a injusta desigualdade estabelecida entre os atores da relação de consumo, ou seja, o consumidor e o fornecedor.

Neste sentido, com vistas à perspectiva doutrinária estabelecida por Miguel Reale, especificamente, nos contornos empreendidos na *estrutura tridimensional do direito*³⁸², voltada a construir as bases para diretrizes normativas específicas de diploma pertencente ao ordenamento jurídico **pátrio** ou, pedagogicamente, posto como ramo deste, o estabelecimento de uma legislação própria a proteção e defesa do consumidor depende de elementos dispostos no referido estudo tridimensional, isto é, um fato social, cuja valoração indique a norma válida e efetiva, disposta a regular a determinante fática.

Uma verdadeira espiral composta pela triangulação da tese, antítese e síntese contínua, já que se propõe a construção de um aparato normativo voltado a regular comportamentos sociais em sentido contínuo e dialético.

Assim, onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor* que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e finalmente, *uma regra ou norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.³⁸³

Nessa lógica, embora existam perspectivas doutrinárias capazes de explicar o movimento que enseja o nascimento da norma, não é objeto deste estudo exaurir o tema em torno dela, mas somente indicar a teoria tridimensional como aporte cuja estruturação é o que sustenta o viés aqui proposto.

³⁸² Sobre os aspectos da teoria tridimensional do direito, vide as obras, *Filosofia do Direito*, 19ª ed. São Paulo, 1990; *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed. São Paulo, 1994; e *Direito como Experiência*, São Paulo, 1968.

³⁸³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 92.

Noutra perspectiva, apoiado na teoria supracitada, o elemento fático que desencadeou uma relativa preocupação no quesito desigual do consumidor face ao contexto em comento, revela-se na vulnerabilidade experimentada pelo consumidor ante sua participação no mercado de consumo.

A formulação de um sistemático direito do consumidor nasce a partir desse eixo matriz, ou seja, a vulnerabilidade, que viabiliza a formulação dos conceitos principais que objetivam estabelecer de modo racional um aparato normativo pautado na proposição do equilíbrio concreto entre consumidor e fornecedor e na igualdade como espectro abstrato metafísico, que reúne as condições elementares que promovem a mudança do desenho diagonal, muitas vezes vertical, delineando de modo justo um panorama horizontalizado em detrimento do cenário pré-normativo consumerista.

Comumente utilizada, essa igualdade, fundamento do Estado Democrático de direito, esculpida na nossa Carta Constitucional, baseia-se de modo preciso a mudança de contexto no tocante às relações de consumo e o fomento de um diploma protetivo consumerista.

Nesse sentido, insta registrar de modo complementar ao objeto do estudo em análise, que quando uma sociedade é estruturada sobre as bases da democracia-política, pressupõe "um tipo de associação que se funda na igualdade dos membros que se associam".³⁸⁴

Esse vetor associativo visto anteriormente nas notas sobre as relações de consumo pré-normativas abrange um movimento gradual, no qual se insurge contra a desigualdade que deixa o consumidor vulnerável, ante os pressupostos massivos de uma produção e comercialização de bens e serviços que, para uma mudança por intermédio da norma, é necessário que "a diversidade surja da necessidade de troca"³⁸⁵.

³⁸⁴ SOARES, Larissa Barbosa Nicalosi. Igualdade política e desigualdade econômico-social na política de Aristóteles. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. São Paulo, p. 111, 2016.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 112.

A existência de conflitos gerados pela desigualdade enseja uma abordagem inteligível, uma vez que Aristóteles expõe um ideal normatizador a partir de sua filosofia no qual os elementos e soluções legislativas ideais são aquelas que melhor equalizam a relação do injusto, já que a igualdade é o fundamento mais essencial das relações político-sociais.

Assim, no Brasil, a codificação protetiva dos direitos do consumidor cujos mecanismos refletem a essência do Estado Democrático de Direito é bem delineada nas palavras de Cavalieri Filho, "O Código de Defesa do Consumidor não surgiu por acaso, tampouco decorreu de um simples projeto como qualquer lei ordinária. Ele é a concretização daquela longa evolução, [...] resultado de todos os movimentos consumeristas".³⁸⁶

Desse modo, conforme apontamento retro disposto, na década de 80 já havia se consolidado uma forte corrente cuja conscientização em matéria de defesa do consumidor apontava indicativo da necessidade de um diploma específico voltado a regular as relações de consumo, bem como de defesa do consumidor.

Assim, o constituinte originário incluiu diretriz voltada a elevar a direito fundamental a tutela dos direitos e garantias do consumidor. Dessa forma, a Carta Constitucional de 1988 dispõe no seu art. 5º, XXXII, *in verbis*: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".³⁸⁷

Nessa esteira, a lição do Prof. José Afonso da Silva assevera "com a inserção dessa cláusula de tutela entre os direitos fundamentais, os consumidores foram erigidos à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais".³⁸⁸

Ainda, de modo supletivo, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determina: "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição,

³⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.22.

³⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

³⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261.

elaborará código de defesa do consumidor". É transluzente a garantia concebida neste dispositivo no tocante ao estabelecimento da lei de defesa do consumidor, denominando este diploma como Código de Defesa do Consumidor. Portanto, em setembro de 1990, foi concebido formalmente como diploma legal, nas palavras de Cavalieri Filho,

O Código de Defesa do Consumidor é um sistema de regras de direito logicamente unidas, compreendendo todos os princípios cardiais do nosso direito do consumidor, todos os seus conceitos fundamentais e todas as normas e cláusulas gerais para a sua interpretação e aplicação.³⁸⁹

Por fim, o referido diploma protetivo em face dos direitos do consumidor constituído por normas de interesse social cria um novo direito pautado com status constitucional, estabelecendo como marco regulatório do tema.

3. PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR

O processo de transformação digital ganha contorno significativo a partir do desenvolvimento gradativo da integração global, ou seja, aspectos unos de seguimentos como a integração econômica, social cultural e política.

Dentre os vários seguimentos sociais existentes, deve-se estrita atenção a um novo modelo configurado na dinamização por intermédio da interconexão não presencial a fim de criar uma rede comunicacional que propiciou uma nova forma de relações sociais.

O cotidiano das pessoas, a partir da abertura da internet, por volta dos anos 90, promoveu aos usuários em escala global um modelo informacional repleto de conteúdo dos mais variados,

³⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 24.

uma janela para o mundo a disposição de todos com gradativo armazenamento e compartilhamento simultâneo de conhecimento jamais experimentado e acessado antes.

As fronteiras já não mais existem, conhecer, interagir, compartilhar, a cada dia expande-se, fomentando um novo olhar aos indivíduos sociais. O debate coletivo logo ganha canais comunitários voltados a expor experiências que ao longo da história muitas vezes ficava adstrito a parcela da comunidade global.

A era da informação digital é marcada pela multiplicidade de contextos materializados conforme o fluxo de dados que são compartilhados entre os membros do universo paralelo da abstração binária informacional, ou seja, o ambiente digital.

A expressão 'informação' carrega na sua construção conceitual um panorama polissêmico. Segundo Capurro e Hjørland, "quase toda a disciplina científica usa o conceito de informação dentro de seu próprio contexto/situação e com relação a fenômenos específicos".³⁹⁰

Segundo Uhlir, "o uso da informação e do conhecimento para o fortalecimento dos cidadãos, nos campos cultural e científico, deveria ser uma das principais metas de qualquer sociedade".³⁹¹

Nesta toada, o acesso ao universo da informatização digital enseja múltiplos comportamentos cujos desdobramentos carecem de regulamentação. É certo que condutas fáticas ocorridas sob novos modos de convivência social ocasionem desestabilização quando há ocorrências de pretensões adversas.

A vida social contemporânea possui desdobramentos em tal grau que as transformações hodiernas são mais profundas que a maioria das variações dos períodos antecedentes. Nas últimas décadas, as modificações foram tão densas que seu impacto ocasionou a flexibilização de diversas perspectivas tradicionais.

Considerando o fluxo fugaz das informações compartilhadas entre membros da sociedade denominada transglobalizada, viver

³⁹⁰ CAPURRO, R.; HJORLAND, B. **O conceito de informação. Perspectivas em Ciência da Informação.** Belo Horizonte, v.12, n.1, p. 148-207, abr. 2007.

³⁹¹ UHLIR, Paul F. **Diretrizes políticas para o desenvolvimento e promoção da informação governamental de domínio público.** Brasília: UNESCO, 2006.

na era digital é experimentar um novo modo dinâmico. A interação virtual sedimenta nas trilhas que conectam o conteúdo produzido das variadas formas subjetivas, resultando no surgimento de múltiplos aspectos do pensamento disponíveis a um *click*.

A janela de interação que se abre propiciando aos indivíduos um caráter móvel e inquieto “nada mais é do que o movimento global de bits sem peso à velocidade da luz”³⁹² (NEGROPONTE, 1995, p. 18), ou seja, a dinâmica da vida digital exige menos interação presencial, haja vista os diversos dispositivos à disposição dos indivíduos.

O reflexo dos múltiplos comportamentos resultado desta relação conectada pelas ideias adquiridas e compartilhadas em movimento quase simultâneo inaugura um debate entorno das possíveis consequências das relações digitais, abrindo uma lacuna existente quando o direito ocupa lugar subsequente a dinamicidade das relações sociais.

Sob este vértice, as transformações digitais específicas as relações de consumo e passa a ser objeto de regulação com base nos dispositivos positivados na Política Nacional das Relações de Consumo.

O objetivo central de tal política tem como proposta, em primeiro plano, o atendimento das necessidades dos consumidores, dentro de um panorama voltado à garantia de direitos fundamentais, bem como à necessidade de desenvolvimento econômico-tecnológico a fim de viabilizar a educação e informação dos direitos atinentes à proteção do consumidor em face das novas tecnologias. Neste sentido, deve-se observar com atenção o que dispõe tal política.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

³⁹² NEGROPONTE, Nicholas. A vida digital. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 57.

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Com base na política protetiva retro citada, a extensão de tais medidas voltadas especificamente à implementação de políticas **públicas aplicadas ao desenvolvimento e transformação digital** na atualidade foi concebida, dentre outras alternativas tecnológicas, a implementação do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, cujos objetivos serão delineados no item a seguir.

4. SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como visto anteriormente, os movimentos consumeristas no Brasil bem como o desenvolvimento normativo voltado a defesa do consumidor fomentaram um cenário normativo propício com o objetivo de sistematizar um vetor do 'dever ser' em matéria protetiva ante as relações oriundas das relações de consumo digitais.

Dentre as várias condutas positivadas no diploma consumerista, inclusive conforme apontamentos preliminares antecedentes, como elemento da Política Nacional das Relações de Consumo, visando a implementação de políticas públicas que tem por objeto a tutela de direitos do consumidor, com base nos art. 105 e 106 da Lei nº 8.078 o Ministério da Justiça e Segurança Pública implementou o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SINDEC³⁹³.

Com vistas ao desenvolvimento oriundo do processo de transformações digitais, surgiu a necessidade de tutela dos direitos dos consumidores no âmbito digital. Eis que, antes de instituir quaisquer meios que promovam tal modelo protetivo, realizou-se a coleta de dados que hodiernamente compõem a base de dados do SINDEC.

Em plano supletivo, o SINDEC é uma política pública que é hospedada em sitio web que, por intermédio de soluções tecnológicas, representa um seguimento fundamental de integração do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, permitindo o registro dos atendimentos individuais a consumidores, permitindo a gestão de políticas de atendimentos e fluxos dos PROCONS, que são consolidados em banco de dados deste.

Em âmbito normativo, o SINDEC está regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, integra órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municípios, incluindo, ainda, entidades civis de defesa do consumidor sem que haja, entre eles, hierarquia ou subordinação (art. 105, do CDC).

³⁹³ Cf. <https://sindecnacional.mj.gov.br/sobre>

O papel desta política pública representa muito mais do que integrar órgãos e subsidiar determinadas diretrizes normativas. O SINDEC tornou-se referência para consumidores e fornecedores na medida em que representa um eixo consultivo voltado a selecionar dados e qualifica-los, divulgando resultados dos problemas mais recorrentes experimentados pelos consumidores no Brasil.

Hodiernamente, os dados estruturados e publicizados pelo SINDEC além de serem, política pública eficaz, propiciam aos **órgãos** plurais o acesso a dados que podem ser utilizados para controle, veículos de comunicação e para pesquisas que objetivam a otimização e eficácia da proteção do consumidor nacional.

A partir dos dados publicados, bem como estudos, pesquisas e notícias com base nesses dados, o SINDEC permite uma maior transparência perante a comunidade nacional dos problemas que ocorreram no mercado de bens de consumo e de como os órgãos de fiscalização lidam com o tratamento de tais situações inoportunas em face do consumidor.

Por fim, o SINDEC **não é apenas um portal com dados** acerca das relações de consumo que se originaram de resultados antinormativos ou inoportunos frente a legislação que tutela a proteção do consumidor brasileiro, mas sua utilidade se revelou para um verdadeiro mapeamento hábil a efetivar um diagnóstico voltado a promover soluções que se coadunam com os objetivos primordiais do diploma normativo de defesa do consumidor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao chegar no ponto final considerável das indagações realizadas no curso deste estudo, pode-se reputar que as informações registradas partem de um vetor informativo, cujo condão reflete um esboço objetivo preliminar no tocante ao objeto central do debate.

Observou-se que o desenvolvimento das relações de consumo ensejou mudanças que refletem no contexto atual do mercado,

assim como dos consumidores que participam integralmente desse mercado.

A partir do contexto digital, o fluxo de informações e condutas assumem relevo incomum ao que já se vivenciou nos últimos anos e que mecanismos propícios a construir uma estrutura protetiva seria necessária a fim de regular tais mudanças no cenário atual.

Assim, como consignado anteriormente, verificou-se que o SINDEC como política pública voltada ao fomento da sistematização de dados referente ao exercício de gestão das relações de consumo no Brasil é ferramenta tecnológica fundamental voltada a promover aos consumidores um panorama do exercício dos órgãos voltados a tutela dos direitos do consumidor.

Por derradeiro, o presente estudo considera que essa abordagem serve como conteúdo informativo, voltado a contribuir à comunidade acadêmica, assim como à sociedade, com informações no tocante à política voltada a desenvolver mecanismos atuais, cuja implementação tem como elemento central a defesa e proteção dos consumidores no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a história: história geral e história do Brasil**. São Paulo: Ática, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

CAPURRO, R.; HJORLAND, B. **O conceito de informação**. Perspectivas em Ciência da Informação. Belo Horizonte, v.12, n.1, p. 148-207, abr. 2007. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.eci.ufmg.br/index.php/pci/article/view/54>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 13ª tiragem, 3ª ed., SP: Malheiros, 2006.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003

SOARES, Larissa Barbosa Nicalosi. **Igualdade política e desigualdade econômico-social na política de Aristóteles**. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. São Paulo, 2016.

UHLIR, Paul F. **Diretrizes políticas para o desenvolvimento e promoção da informação governamental de domínio público**. Brasília: UNESCO, 2006. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001373/137363por.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CAPÍTULO 10

The background is a solid teal color. Overlaid on this is a complex, abstract geometric pattern of thin white lines connecting various sized white dots. The dots are scattered across the lower two-thirds of the page, with some larger dots and some smaller ones. The lines form a network of irregular polygons, creating a sense of depth and connectivity. The overall aesthetic is clean, modern, and technical.

VARIAÇÕES DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM ESTUDO DE CASO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.660.168/RJ

Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri³⁹⁴

Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon Korkmaz³⁹⁵

RESUMO: Como desdobramento da privacidade, o direito ao esquecimento não conta com um regime jurídico específico no Brasil, razão porque a sua conformação vem sendo atribuída ao Judiciário. O artigo examinou como este direito está sendo delineado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir de um estudo de caso único do Recurso Especial 1.660.168/RJ. Ao identificar, na argumentação dos julgadores, estratégias discursivas nebulosas sobre a ponderação dos valores envolvidos, como as liberdades comunicativas, dissonância sobre o conteúdo do direito ao esquecimento e uma apropriação não problematizada da experiência europeia, concluiu-se pela existência de risco na tutela oferecida, tocando em questões de poder.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Jurisprudência. Liberdade de expressão. Privacidade. Proteção de dados.

INTRODUÇÃO

A proteção da pessoa humana no tecido social cada vez mais tecnológico traz à luz diversos conflitos que emergem da pretensão do exercício dos atributos da personalidade. Embora a dignidade consagrada no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) se irradie como fundamento da cláusula geral de tutela da pessoa humana, unificando a sua

³⁹⁴ Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da mesma Instituição. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino* (Itália). E-mail: sergio.negri@uff.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3282764176353256>.

³⁹⁵ Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito e Inovação, na linha de Direitos Humanos, Pessoa e Desenvolvimento, pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: mariareginadcr@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2016572586662958>.

proteção, a colisão fática entre as suas vertentes de manifestação precisa ser problematizada, como é o caso da privacidade e as liberdades comunicativas.

O direito à privacidade passa a se associar à própria ideia de liberdade na era digital, com o imperativo de delimitação dos seus contornos de exercício legítimo, dentro da proposta constitucional. Como uma noção cultural induzida no curso do tempo e que se assenta em bases culturais, sociais e políticas, a privacidade se depara com a tecnologia que, igualmente, não se fundamenta em um universo alheio a um contexto político-social.³⁹⁶

Nas sociedades da informação em que vivemos, o controle das informações se apresenta como elemento essencial na definição de poderes.³⁹⁷ A partir desta perspectiva, a proteção da pessoa humana perpassa pela autodeterminação informativa, a qual, integrando o conceito de privacidade proposto por Stefano Rodotà, é compreendida como o “direito de manter controle sobre as suas informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular”.³⁹⁸

Como direito essencialmente complexo, a privacidade foi além da clássica sequência “pessoa-informação-sigilo”, associada à definição do *Judge* Thomas Cooley como sendo o “direito a ser deixado só”, utilizada por Warren e Brandeis^{399, 400} para alcançar a noção de “pessoa-informação-circulação-controle”, adotando-se como baliza a “circulação controlada” de dados.⁴⁰¹ Desdobrando-se da privacidade, o direito à proteção de dados pessoais⁴⁰²

³⁹⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

³⁹⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, cit., p. 15-16.

³⁹⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

³⁹⁹ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, Boston, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890, p. 195.

⁴⁰⁰ É importante mencionar que os autores não chegaram a afirmar que esse seria o conteúdo do direito à privacidade.

⁴⁰¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**, cit., p. 93.

⁴⁰² Doneda acentua a distinção entre os termos “dado” e “informação”, destacando o primeiro com uma conotação primitiva, como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, ao passo que a informação alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição (DONEDA, Danilo). **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108,

ganhou contornos próprios, associou-se ao corpo eletrônico da pessoa⁴⁰³ e usurpou o paradigma da proteção individual.

Ocorre que, historicamente, a privacidade, como construção que permanece em disputa e suscetível a redefinições, é passível de ser utilizada para prejudicar o exercício de outros direitos, como as próprias liberdades de expressão e de informação^{404, 405} às quais é atribuída preferência *prima facie* na ordem jurídica brasileira, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente por envolver a construção da memória, da História, do desenvolvimento da personalidade, através da informação, permitindo às pessoas construir suas preferências e convicções, e constituir-se em antídoto do arbítrio.⁴⁰⁶ É justamente neste conflito que situamos o direito ao esquecimento.

Em sua gênese, o alcance atribuído à pretensão de ver-se esquecido não é a possibilidade de apagar fatos ou reescrever a História, ainda que seja exclusivamente a da própria pessoa, mas sim discutir a utilização de dados pretéritos, especificamente o modo como são lembrados.⁴⁰⁷

Diante da conjugação do incentivo à inovação, da preservação das liberdades comunicativas e da proteção dos dados pessoais, especialmente em face da nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei n. 13.709 de 2018, verifica-se que os limites do direito ao esquecimento no Brasil ainda estão em fase de definição.

jul/dez 2011. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658>. Acesso em: 01 set. 2017, p. 94).

⁴⁰³ RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 19, p. 91-107, 2004, p. 91.

⁴⁰⁴ Como nos apresenta Sarmiento, “o direito à informação desdobra-se em três diferentes dimensões: o direito de informar, que é uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o direito de se informar, também conhecido como direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o direito de ser informado, que é o direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público” (SARMENTO, Daniel. **Parecer**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2019, p. 7-8).

⁴⁰⁵ MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento: uma análise a partir da perspectiva do poder simbólico de Bourdieu. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 367-382, 6 fev. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4972>, p. 371.

⁴⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **Parecer**, cit., p. 7.

⁴⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 174.

Na ausência de um regime jurídico específico, essas questões são levadas ao Judiciário, que se situa em uma conjuntura de fragilidade democrática. Com o fim de compreender como o direito esquecimento no meio virtual vem sendo tratado pelo Judiciário, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), optou-se por empreender um estudo empírico-qualitativo de caso único.

O caso é o acórdão prolatado pela 3ª Turma do STJ no Recurso Especial n. 1.660.168/RJ, que teve por objeto litigioso a pretensão de D. P. N. de, com base na privacidade, desindexar resultados nos mecanismos de busca que associassem o seu nome a suspeitas de fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido os recorrentes o Google Brasil Internet Ltda., a Yahoo! do Brasil Internet Ltda. e a Microsoft Informática Ltda., diante da procedência decidida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ).

A escolha do caso justifica-se na medida em que esse acórdão inaugurou o posicionamento de procedência do STJ acerca do direito ao esquecimento no meio virtual, sendo representativo da conformação pelo Poder Judiciário deste direito. Como hipótese inicial de pesquisa, aponta-se para uma atuação do Judiciário sem uma fundamentação que apresente os contornos dos direitos em conflito e o caminho decisório com transparência.

A presente análise será estruturada em cinco partes que, após esta introdução, inicia-se com uma abordagem do direito ao esquecimento, seguindo com a especificação das estratégias metodológicas e, após, a discussão sobre os votos de cada Ministro em seus fundamentos centrais, no acórdão selecionado, finalizando com a conclusão.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Apesar do nome, a finalidade atribuída ao direito ao esquecimento não é fazer com que algo seja esquecido, sendo insensato pensarmos em uma decisão judicial que

assim determinasse.⁴⁰⁸ Como ensina Branco “não se trata de esquecimento, mas de pleito para que determinada informação não esteja mais acessível publicamente”.⁴⁰⁹ O direito ao esquecimento se conceitua e estabelece como critérios para a sua configuração a:

Violação à privacidade por meio de publicação de dado verídico, após lapso temporal, capaz de causar dano a seu titular, sem que haja interesse público, conservando-se em todo caso a liberdade de expressão e desde que não se trate de fato histórico, cuja demanda é direcionada, em última instância, ao Poder Judiciário, que deverá, se entender cabível, ordenar a sua remoção ao meio de comunicação onde a informação se encontra (e nunca ao motor de busca).⁴¹⁰

A partir dessa conceituação, verifica-se o fator temporal no âmago do direito ao esquecimento, associado ao controle dos dados da pessoa, de forma a incorporar, no dizer de Bucar, uma “expressão do controle temporal de dados”, preenchendo a tríade de instrumentos protetivos dos dados, para além dos controles espacial e contextual.⁴¹¹

É possível reconhecer na América do Sul que a proteção de dados pessoais se inspira majoritariamente no regime da União

⁴⁰⁸ Em outra vertente, de acordo com Souza, o esquecimento nem poderia ser considerado direito, por três razões, a saber, não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro, serviria para dar nome a lesões a outros direitos fundamentais e a verificação de sua implementação trataria de questões envolvendo apagamento de dados, remoção de conteúdo e desindexação nos mecanismos de busca (SOUZA, Carlos Affonso Pereira. **Dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento**. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/06/ITS-Rio-Audiencia-Publica-STF-Direito-ao-Esquecimento-Ver-sao-Publica-1.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017, n. p.).

⁴⁰⁹ BRANCO, Sergio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 144.

⁴¹⁰ BRANCO, Sergio. **Memória e esquecimento na internet**, cit., p. 180.

⁴¹¹ Pelo controle espacial é possibilitado ao indivíduo ter exata e prévia ciência do espaço informacional sobre o qual desenvolverá sua personalidade. Pelo controle contextual assegura-se a ciência quanto à exatidão da informação, a qual, quando divulgada, deverá assegurar o correto contexto em que foi recebida. O controle temporal, por sua vez, demanda a proteção das escolhas pessoais após certo período de tempo (BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2., n. 3., jul.-set./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 15 ago. 2017, p. 7-9).

Europeia, em vista de laços históricos e culturais extensíveis ao campo legal e institucional. Isso porque, identifica-se o denominador comum da associação à dignidade da pessoa humana.⁴¹²

Essa conjuntura pode ser indicada como fundamento da forte influência do regime europeu de proteção de dados pessoais, notadamente o *General Regulation Data Protection* (GDPR),⁴¹³ sobre a nova LGPD. A ascendência identificada no campo legislativo também se dá no campo jurisdicional, na medida em que as decisões das cortes europeias chegam a ser consideradas como fundamentos no Judiciário brasileiro, ainda que indiretamente, como será assinalado. Em que pese o GDPR disciplinar expressamente o direito ao esquecimento,⁴¹⁴ não se verifica uma disciplina categórica na LGPD.⁴¹⁵

Neste ponto, é necessário destacar que direito ao esquecimento não é sinônimo de proteção de dados, apesar desses direitos se desdobrarem da privacidade e do esquecimento se associar à tutela da informação. Como sustenta Branco, a gênese do direito ao esquecimento se vincula a um retorno ao estado de anonimato, configurando-se como um recurso excepcional, dentre as possibilidades de atualização ou compatibilização da informação, direito de resposta, entre outros.⁴¹⁶ A proteção de dados se presta a funções distintas, o que permite a Branco afirmar que remoção de dados ou término

⁴¹² VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo; CÔRDOVA, Yasodara; ITAGIBA, Gabriel. Entre a privacidade e a liberdade de informação e expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 361-380, p. 362.

⁴¹³ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento n.º 2016/679**, de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral Sobre A Proteção de Dados. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 15 mar. 2020.

⁴¹⁴ No GDPR, de acordo com seu artigo 17, o “direito a ser esquecido” é tratado como sinônimo de apagamento de dados, o que é entendido como uma nova concepção do direito ao esquecimento, distinto do conceito sustentado por Branco, para o qual a própria desindexação deveria ser tratada como um direito autônomo.

⁴¹⁵ De forma não uníssona, certos mecanismos, como exclusão ou anonimização de dados, são apontados por alguns estudiosos do tema como uma raiz normativa do esquecimento no Brasil.

⁴¹⁶ BRANCO, Sergio. **Memória e esquecimento na internet**, cit., p. 179-180.

de tratamento, recentemente associados a uma nova concepção do esquecimento, não se enquadraria como tal.⁴¹⁷

A despeito dessas particularidades, a ausência de um regime jurídico específico não pode ser empecilho para a proteção de direitos, em vista da cláusula geral de tutela da pessoa,⁴¹⁸ mas os riscos associados ao exercício do direito ao esquecimento precisam ser assinalados. Como apontam Machado e Negri, apesar de reconhecida a privacidade enquanto direito, “não basta que seja mobilizada de forma abstrata para que se afirme, sem maior cautela e ônus argumentativo, o direito ao esquecimento, como seu mero e linear desdobramento”.⁴¹⁹

É nesse cenário que se verificam os embaraços relacionados a uma conformação exclusivamente judicial desse direito,⁴²⁰ principalmente diante do campo tecnológico e dos objetivos do mercado, como é o caso dos provedores de busca na rede. Através de atividade aparentemente neutra, os motores de busca repercutem diretamente na compreensão que os usuários terão de um determinado fato ou de uma pessoa.⁴²¹ É pela estruturação dos dados de forma a significarem algo para determinado sujeito que se verifica uma representação virtual da pessoa^{422, 423}

⁴¹⁷ BRANCO, Sergio. **Memória e esquecimento na internet**, cit., p. 161.

⁴¹⁸ A tutela da personalidade, para ser eficaz, não pode ser fracionada em eixos de *fattispecie* fechados, como hipóteses autônomas não comunicáveis entre si, na medida em que a tutela da pessoa deve ser concebida de forma unitária, assim como é unitário o seu valor com fundamento na dignidade da pessoa (MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121-148, p. 126).

⁴¹⁹ MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento, cit., p. 372.

⁴²⁰ As considerações deste artigo não vislumbram no artigo 7º, X, do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), uma previsão legal do direito ao esquecimento. “Não pode ser considerado direito ao esquecimento o controle de dados pessoais previsto no artigo 7, X, do Marco Civil da Internet e muito menos a remoção do conteúdo por ordem judicial decorrente dos artigos 19 e 21 da mesma lei. No primeiro caso trata-se de mera relação contratual, com pedido de exclusão de dados ao término da relação entre as partes. Não se cogita aqui que os dados estejam causando potencial dano a direitos de personalidade de seu titular. O que ocorre é que este não tem mais interesse nos serviços prestados pelo site e pede para os seus dados serem excluídos de forma definitiva” (BRANCO, Sergio. **Memória e esquecimento na internet**, cit., p. 180).

⁴²¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, cit., p. 172-174.

⁴²² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, cit., p. 168.

⁴²³ É possível associar essa estruturação à construção da imagem-atributo da pessoa no ambiente virtual, de forma a adentrar ao âmbito da proteção da identidade, por meio do

A crescente importância dos provedores de busca de informações na internet e o grande número de dados coletados permite-nos afirmar que esse processo não poderia se basear exclusivamente na lógica do mercado.⁴²⁴ Diante do caráter de imprevisibilidade intrínseco à tecnologia, o direito, como uma das estruturas responsáveis por disciplinar as escolhas relativas à técnica, deve reafirmar seu valor fundamental – a pessoa humana –, fornecendo segurança e previsibilidade para que as estruturas econômicas sejam viáveis em observância integral às determinações constitucionais.⁴²⁵

2. ESTRATÉGIAS METODOLÓGICAS

A metodologia adotada estrutura-se a partir de uma pesquisa empírica,⁴²⁶ predominantemente indutiva e com avaliação qualitativa dos dados coletados, porquanto a empiria permite examinar como a normatividade é aplicada socialmente, bem como os impactos sociais e econômicos destas interpretações do direito.⁴²⁷ A abordagem é exploratória, uma vez que tem como objetivo o desenvolvimento, esclarecimento ou modificação de conceitos e ideias, para a formulação de problemas mais precisos.⁴²⁸

redimensionamento da própria visibilidade telemática (MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento, cit., p. 374).

⁴²⁴ MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento, cit., p. 373.

⁴²⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, cit., p. 54.

⁴²⁶ De acordo com Epstein e King, uma pesquisa empírica se assenta em observação ou experimentação de dados, que são definidos como sendo quaisquer fatos sobre o mundo, que servirão para realizar inferências (EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito**: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>. Acesso em: 21 out. 2019, p. 11-12).

⁴²⁷ VERONESE, Alexandre. Considerações sobre o Problema da Pesquisa Empírica e sua Baixa Integração na Área de Direito: a Tentativa de uma Perspectiva Brasileira a partir da Avaliação dos Cursos de Pós-Graduação do Rio de Janeiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, v. 14, n. 1, p.197-237, dez. 2013. Disponível em: http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/48/2015/03/Considerações_sobre_o.pdf. Acesso em: 22 maio 2018, p. 204-206.

⁴²⁸ GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

Para atender ao escopo da pesquisa, optou-se por empreender um estudo de caso único, considerando “caso” como uma “construção intelectual que busca oferecer uma representação de um fenômeno jurídico, em um contexto específico, a partir de um leque amplo de dados e informações”.⁴²⁹ O estudo de caso se estrutura a partir de três camadas: o contexto, o caso propriamente dito e, no interior do caso, uma ou mais unidades de análise.^{430, 431} O contexto é, quando da prolação do acórdão, da ausência de uma LGPD, apesar da disciplina dispersa dos dados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de uma norma específica sobre o direito a ser esquecido. O caso propriamente dito é o acórdão prolatado pelo STJ sobre o Recurso Especial n. 1.660.168/RJ, ao passo que a unidade de análise é a argumentação dos Ministros sobre a aplicação do direito ao esquecimento.

Em se tratando da investigação de uma decisão judicial, é necessário considerar que a análise do documento é complexa, no dizer de Silva, porque “as informações apresentam-se dentro do jogo de estratégias e formas que compõem um litígio judicial”.⁴³² Entretanto, as fontes judiciárias exercem papel de nutrir a atividade científica de produção de conhecimento jurídico,⁴³³ com significativo impacto na construção do direito.

⁴²⁹ MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1.ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 357-389. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Ma%C3%ADra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018, p. 357.

⁴³⁰ Cada unidade de análise exigiria um projeto de pesquisa sutilmente diferente e uma estratégia de coleta de dados. Especificar corretamente as questões primárias da pesquisa traria como consequência a seleção da unidade apropriada de análise (YIN, 2001 apud MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito, cit., p. 376).

⁴³¹ MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito, cit., p. 373.

⁴³² O conflito substancial de interesses e a necessidade de recurso ao Judiciário para sua resolução já em si um dado, de acordo com Silva. Segundo o autor, “ainda que correspondam apenas ao cume da “pirâmide das disputas” de que fala a literatura sóciojurídica, evidente que o conhecimento sobre os litígios judicializados ajuda a entender um pouco mais sobre a vida dos conflitos de interesses fora da Justiça, no tecido social” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1.ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2016, p. 275-320. P. 316, p. 278-279. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Ma%C3%ADra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018, p. 284).

⁴³³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais, cit., p. 277

O complexo jogo institucional de poder entre atores públicos e privados retratado nos litígios judiciais repercute na regulação das relações sociais, políticas e econômicas.⁴³⁴ Assim, surge o objetivo de se explorar metodologicamente a questão do poder por detrás das decisões judiciais que são, ainda que indiretamente, um produto do Estado.⁴³⁵

No curso da pesquisa se tem por fim identificar mecanismos “de composição, de organização, de significação, de ambiguidade e estabelecer a coerência ou as contradições entre estes mecanismos”,⁴³⁶ principalmente na argumentação dos Ministros, não se olvidando, como aponta Pires, que “a instituição não só recorta o enredo primário (antes do analista), como o transforma, ao mesmo tempo, no sentido pleno do termo, em alguma outra coisa: ela participa do enredo”.⁴³⁷

Em se tratando de uma decisão judicial, a pesquisa se estrutura a partir de uma análise documental, que foi realizada a partir das técnicas propostas por Cellard,⁴³⁸ com a finalidade de eliminar a influência do pesquisador sobre a leitura do conteúdo de um documento, bem como considerar a sua necessária representatividade, como é o caso em se tratando da primeira decisão de procedência do STJ sobre o direito ao esquecimento na internet.

3. VARIAÇÕES DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO STJ

Com o escopo de apresentar uma compreensão aprofundada da unidade de análise, qual seja, a argumentação dos Ministros

⁴³⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais, cit., p. 285.

⁴³⁵ Essas decisões encobrem a “expressão de qualquer grupo social que esteja contida no documento” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais, cit., p. 316). Além disso, deve-se considerar o fato de que a linguagem específica utilizada implica em poder.

⁴³⁶ BERNARDET, 1985 apud MACHADO, Maira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito, cit., p. 383.

⁴³⁷ PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean *et al.* **A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos** e metodológicos. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 154-211, p. 179.

⁴³⁸ CELLARD, André. Análise documental. In: POUPART, Jean *et al.* (Org). **Apesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, p. 295-316, p. 299-313.

da 3ª Turma do STJ sobre a aplicação do direito ao esquecimento, imprescindível se faz um relato sumário do decorrer do processo a partir da sua origem.⁴³⁹ É importante registrar que o acórdão do caso também adentra a questões processuais, que não são pertinentes ao objeto do artigo e, não obstante, foram superadas no julgamento.

No ano de 2009, D. P. N. ajuizou uma ação de obrigação de fazer em face do Google Brasil Internet Ltda., da Yahoo! do Brasil Internet Ltda. e da Microsoft Informática Ltda., pretendendo a desindexação, nos resultados das aplicações de busca mantidas pelos réus, de notícias relacionadas às suspeitas de fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com a alegação de que essa indexação violava a sua dignidade e a sua privacidade.

A noticiada fraude foi apreciada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que decidiu, por maioria de sete contra quatro votos, manter o concurso, justificando-se o desacordo em razão de fortes indícios de fraude pelo possível vazamento do gabarito e marcações nas provas com o fim de identificar os candidatos. D. P. N. reproduziu integralmente a prova de direito tributário, e as demais encontravam-se similares ao gabarito. Além disso, sete parentes de magistrados foram aprovados, bem como perquiriu-se acerca do favorecimento a ex-assessores de integrantes da banca avaliadora. A manutenção do certame também foi decidida a título pragmático, na medida em que seria problemática a

⁴³⁹ Em vista de que o objeto da pesquisa é o Recurso Especial n. 1.660.168/RJ, as informações relacionadas ao inteiro teor do processo foram extraídas do acórdão disponível no sítio eletrônico do STJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. Recorrentes: Google Brasil Internet Ltda., a Yahoo! Do Brasil Internet Ltda. e a Microsoft Informática Ltda. Recorrida: D. P. N. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 08 de maio de 2018a. Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628798&num_registro=201402917771&data=20180605&formato=PDF. Acesso em: 25 jan. 2019).

anulação, em vista das milhares de decisões que os vinte e quatro juízes empossados tinham prolatado.⁴⁴⁰

À época do ajuizamento tinham se passado dois anos do fato, no entanto a pesquisa baseada exclusivamente no nome de D. P. N. nos mecanismos de busca na internet ainda colocavam as suspeitas de fraude em evidência. A autora, que já havia sido aprovada em outro concurso público para a Promotoria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, permanecia com esse fato diretamente associado à sua pessoa. Com esses fundamentos, o pedido no mérito consistiu na filtragem dos resultados de buscas que utilizassem apenas o seu nome como parâmetro, a fim de desvinculá-la das citadas reportagens, bem como a condenação das rés a não veicularem qualquer notícia sobre o processo então promovido.

Em 1ª Instância, o juízo da 34ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro julgou improcedente o pedido, com fundamento na ausência de responsabilidade das aplicações de busca na internet pelo conteúdo das notícias apresentadas. Inconformada com a sentença, a autora interpôs apelação para o TJRJ que, através de sua 5ª Câmara Cível, deu provimento ao recurso para condenar os aplicativos de busca a filtrarem os resultados das pesquisas.

O Google Brasil Internet Ltda., a Yahoo! do Brasil Internet Ltda. e a Microsoft Informática Ltda., após apresentarem embargos de declaração contra o acórdão do TJRJ, interpuseram recursos especiais, com base nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do artigo 105, da CRFB, que deram origem ao Recurso Especial n. 1.660.168/RJ.

Ante a divergência dos votos apresentados pelos Ministros no acórdão do Recurso Especial n. 1.660.168/RJ e para uma melhor compreensão das linhas de argumentação, o posicionamento de cada um deles será apresentado em item próprio, inclusive os aditamentos aos votos, na respectiva ordem, ressalvando-se que a pesquisa não tem por fim apresentar conclusões particularizadas e pessoais sobre os julgadores, mas sim uma

⁴⁴⁰ SOUZA, Carlos Afonso Pereira; TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini di. **O STJ e o direito ao esquecimento**. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniaao-e-analise/artigos/o-stj-e-o-direito-ao-esquecimento-05042018. Acesso em: 12 dez. 2018, n. p.

visão geral da atuação do Judiciário, de forma que a divisão apresentada caracteriza-se como instrumental para um melhor aproveitamento metodológico. Os integrantes da Terceira Turma que deliberaram no acórdão foram a Ministra Nancy Andrigui, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, o Ministro Moura Ribeiro, o Ministro Ricardo Villas-Bôas Cueva e o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

2.1 ESQUECIMENTO NÃO ABRANGE A DESINDEXAÇÃO

A argumentação sobre o direito ao esquecimento desenvolvida pela Ministra Nancy Andrigui se iniciou com a citação do julgado do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), *González e Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) v. Google Spain*, no qual foi reconhecido o direito à desindexação como corolário do direito ao esquecimento.⁴⁴¹ Esta decisão, mencionada em todos os votos do acórdão, merece referência para se identificar os fundamentos do reconhecimento daquele direito na experiência europeia.

Em 5 de maio de 2010, Mario Costeja González apresentou à AEPD uma reclamação em desfavor da *La Vanguardia Ediciones SL*, do *Google Spain* e do *Google Inc.*, sob a alegação de que os resultados obtidos através de pesquisa no referente mecanismo de busca com seu nome apresentavam duas páginas da versão *online* do jornal *La Vanguardia* de 1998, em que constava um anúncio de venda de imóvel em hasta pública em execução fiscal. Com base nesta situação, González pleiteou que o jornal eliminasse ou alterasse referidas páginas e que o Google eliminasse ou ocultasse seus dados pessoais dos resultados da pesquisa virtual.

A AEPD decidiu pela improcedência da pretensão relacionada ao jornal, por entender que a publicação se deu por ordem do Ministério do Trabalho e Seguridad Social, no entanto, com relação ao Google, determinou a exclusão solicitada, porque a atividade desenvolvida pelo mecanismo de busca se configuraria como tratamento de dados pessoais, de modo a se submeter

⁴⁴¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 9-11.

à então vigente normativa europeia de proteção de dados. As sociedades responsáveis pelo provedor de busca recorreram ao Tribunal espanhol, por entenderem que a pretensão deveria ter sido oposta ao responsável pelo conteúdo, que remeteu o caso ao TJUE, em vista de questões prejudiciais e da dificuldade de aplicação da norma comunitária, a saber, a Diretiva 46/95/CE.

O TJUE, com o fim de apresentar uma interpretação uniforme sobre o alcance da responsabilidade dos mecanismos de busca pela Diretiva 46/95/CE, determinou que: (I) o provedor de aplicação de buscas é responsável pelos dados pessoais; (II) a responsabilidade existe ainda que o servidor do provedor de aplicação de buscas se encontre fora do território europeu; (III) uma vez atendidos os requisitos da norma, este provedor é obrigado a suprimir da lista de resultados obtidos através de pesquisa efetuada com o nome de uma pessoa as conexões a outras páginas publicadas por terceiros e que contenham informações relativas a essa pessoa, ainda que o conteúdo seja lícito; (IV) através do exercício do direito ao esquecimento, o indivíduo não está autorizado a causar dano a outrem, entretanto, em princípio, este direito tem primazia sobre o interesse econômico e sobre o interesse público em acessar a informação em uma pesquisa a partir do nome da pessoa, salvo se existirem razões especiais.

Por intermédio dessa decisão, a Ministra asseverou que os pressupostos normativos da decisão do TJUE são distintos do Brasil, ainda mais se considerada, à época do fato que deu ensejo ao acórdão e da sua prolação, a ausência da LGPD. Diante do impacto que os novos meios de comunicação podem causar sobre os indivíduos, a Ministra Nancy Andrigui destacou a jurisprudência do STJ que em oportunidades diversas reconheceu o direito ao esquecimento, definindo-o como “direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”.⁴⁴² Nesta linha, além dos princípios, o direito ao esquecimento construído pelo STJ se

⁴⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 12.

alicerçaria igualmente nas regras de prescrição e no artigo 43, §1º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei n. 8.078/1990.⁴⁴³

A Ministra reconheceu a importância do direito ao esquecimento, citando o Recurso Especial 1.334.097/RJ, julgado pela 4ª Turma do STJ, em 28 de maio de 2013 – o caso da Chacina da Candelária -, todavia afirmou não se tratar de direito absoluto, mencionado o Recurso Especial 1.316.921/RJ, julgado pela 3ª Turma do STJ, em 26 de junho de 2012 – o caso Xuxa -, no qual ficou decidida a ausência de fundamento legal que permitiria impor aos mecanismos de busca a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para um conteúdo específico, sob pena de torná-los censores digitais.⁴⁴⁴

Com o fim de apresentar os fundamentos jurídicos da sua afirmativa, a Ministra Nancy Andrigui se valeu do artigo 7º, X, do Marco Civil da Internet (MCI), que versa sobre a direito do titular à exclusão de dados pessoais fornecidos a determinada aplicação de internet, oportunidade em que destacou da exegese da norma que seria aplicável apenas quando o próprio titular houvesse cedido os dados, não incidindo no caso em julgamento.⁴⁴⁵

Outro motivo apontado foi o tipo do serviço prestado pelos recorrentes. Apesar de apontar a incidência do CDC, a responsabilidade deveria ficar restrita à natureza da atividade, que consiste em garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados dos usuários e das buscas realizadas, contudo, a fonte desta informação não é apresentada pela julgadora. Em continuação, afirmou que a filtragem de conteúdo das pesquisas não estaria abarcada neste rol, o que teria o condão de afastar a aplicação do artigo 14, do CDC.

⁴⁴³ A Ministra Nancy Andrigui igualmente destacou o Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF a respeito da efetiva existência do direito ao esquecimento no Brasil (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 11).

⁴⁴⁴ Foi ressaltado pela Ministra que, na maioria das vezes, seria inviável ao provedor de buscas o exercício do controle sobre o resultado da busca, na medida em que além de problemática a definição de critérios autorizadores do veto ou descarte, os resultados apresentados são atualizados constante e ininterruptamente (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 14-18).

⁴⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 15.

Com relação aos provedores de busca, a Ministra mencionou, novamente, o Recurso Especial 1.316.921/RJ em que ficou decidido que: (i) estes provedores não respondem pelos resultados das buscas apresentados aos seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a realizar controle prévio dos resultados; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar determinados resultados de seu sistema derivados de buscas através de um termo ou expressão.⁴⁴⁶ Com efeito, determinou que não haveria fundamento normativo para imputar aos provedores de buscas a obrigação de implementar o direito ao esquecimento tal como pleiteado, devendo esta obrigação recair sobre aquele que mantém a informação no ambiente virtual.

2.2 ESQUECIMENTO COMO PRETENSÃO UNIVERSALIZÁVEL

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio Bellizze apontou uma divergência substancial do voto da Ministra Relatora Nancy Andrigui destacando, de plano, a presença da tutela de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro pela previsão constitucional do *habeas data*, pelo CDC e pelo MCI. Afirmou que esse arcabouço legislativo refletiria a proteção concreta à privacidade, que, em regra, cederia ao interesse público de conhecimento desses dados, bem como permitiria apontar que as regras positivadas no Brasil não são tão distintas daquelas em que se apoiou o TJUE para normatizar a aplicação da Diretiva 46/95/CE aos provedores de busca,⁴⁴⁷ sem apontar o fundamento normativo preciso destas afirmações.

Enquadrada a pretensão de D. P. N. como restrição a tratamento de dados, a divergência do Ministro se deu ao afirmar a existência de base legal para tanto, ressaltando o artigo 11 do MCI, o que não delegaria aos provedores de busca a função de censores digitais, apenas não afastaria do Judiciário a apreciação de casos concretos em que se verificasse a desproporcionalidade na exibição dos resultados, a qual seria configurada, por exemplo,

⁴⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 18.

⁴⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 26.

no interesse exclusivamente privado no conteúdo e pelo decurso do tempo.⁴⁴⁸

Cumprido considerar que a divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze não se restringiu à interpretação de uma determinada norma, mas na afirmação da existência de regime jurídico aplicável à pretensão de desindexação. Não obstante, a invocação do MCI para justificar a procedência do pedido deveria ser problematizada, na medida em que à época do fato (2006) e do ajuizamento (2009) a legislação não estava em vigor.

Ao tratar da natureza do serviço prestado pelos provedores de busca a partir de informações extraídas do próprio *site* do Google, afirmou que em sua essência se encontraria o rastreamento e a indexação de páginas disponíveis na rede, de modo a possibilitar a localização e a organização, conforme critérios internos de classificação e relevância de páginas já submetidas a esse processo em sua base de dados. Apesar da tecnicidade da matéria, o Ministro assegurou que esta sistemática de busca é essencialmente a mesma para qualquer provedor, variando apenas no que diz respeito aos algoritmos incidentes para atribuir importância e ordenar os resultados apresentados.⁴⁴⁹ Esta informação categórica sobre a técnica não foi acompanhada de uma fonte correspondente.

Com essas premissas, o Ministro deliberou que a exibição do fato desabonador divulgado há mais de dez anos entre as notícias mais relevantes associadas à pesquisa do nome de D. P. N. demandaria a atuação pontual do Judiciário, até para afastar a função de censor das ferramentas de busca, com o fim de garantir à pessoa a ruptura desta vinculação. Para tanto, citou Branco, com o argumento de que esta decisão concretizaria a compreensão do autor do direito ao esquecimento como retorno ao estado de anonimato, do qual se foi retirado pela notícia do fato negativo.⁴⁵⁰ É de se considerar que o Ministro se valeu da construção intelectual de Branco com relação à função do direito

⁴⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 28.

⁴⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 28-29.

⁴⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 31.

ao esquecimento, contudo, não se atenta aos critérios acima citados pelo autor para a sua aplicação legítima.

Com relação à possibilidade fática então debatida de os provedores de busca procederem ao cumprimento do pedido da interessada, na ausência de indicação de endereço eletrônico específico, o Ministro a confirmou, pautando-se no fato de que é realizada no território europeu, inclusive sem intervenção do Judiciário, sem estabelecer qualquer critério ou problematizar os riscos da determinação, não bastasse tratar de contexto normativo diverso.

2.3 ESQUECIMENTO NOS LIMITES DOS PRECEDENTES

Ante a divergência inaugurada, a Ministra Nancy Andrigui aditou o seu voto para afirmar a existência da proteção de dados no Brasil, conquanto a legislação brasileira seja distinta da europeia no tocante ao direito ao esquecimento, de modo que as normas invocadas pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze não poderiam ser apresentadas como embasamento para a procedência do pedido de desindexação.⁴⁵¹

Com relação ao artigo 7º, X, do MCI, a Ministra mencionou a lição de Doneda e Monteiro⁴⁵² no sentido de que a previsão seria uma espécie de direito ao esquecimento, mas não seria afastada a necessidade de manipulação por parte dos provedores de dados cedidos pelos titulares, direta ou indiretamente. Por sua vez, o artigo 11, do MCI seria incapaz de alterar o arcabouço jurídico, na medida em que apenas define termos de competência, constituindo-se como uma cláusula de jurisdição, ao determinar que os provedores de internet que realizarem tráfego de dados por servidores nacionais devem obedecer à legislação brasileira.

⁴⁵¹ Nesta linha, a Ministra destacou que o *habeas data*, por exemplo, se prestaria a preservar a integridade das informações sobre os cidadãos, ao passo que o CDC teria por fim coibir a utilização abusiva de informações sobre os consumidores. O MCI, por sua vez, conferiria apenas proteção parcial aos dados pessoais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 35-40).

⁴⁵² DONEDA, Danilo; MONTEIRO, Marília. O sistema de privacidade e proteção de dados no Marco Civil da Internet. In: G. ARTESE (coord.) **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Ao asseverar que o STJ é uma “corte de precedentes”, destacou a necessária cautela ao se modificar um precedente estabelecido há anos, devendo-se verificar a excepcionalidade da hipótese que teria a aptidão de afastar o entendimento dominante, que uma vez não verificada violaria a isonomia. Além disso, reafirmou que o acolhimento do pedido configuraria censura, na medida em que seriam bloqueados conteúdos disponíveis em sítios eletrônicos oficiais, como do STF, do Senado Federal e do CNJ que noticiaram a fraude.⁴⁵³

Ante a alegação de que a notícia que incomoda D. P. N. não seria relevante para o interesse social e, por conseguinte, poderia ser censurada, tal seria altamente controvertido porque colocaria o Judiciário como avalista das informações que deveriam ou não chegar ao conhecimento público ou nele permanecer. Ademais, a prestação jurisdicional seria de pouca utilidade em decorrência do efeito *Streisand*, que acarreta a superexposição de quem pretende se ver esquecido ou ter sua privacidade tutelada, bem como em razão do pedido da interessada não abarcar todos os provedores de busca, mas apenas os demandados.⁴⁵⁴

Reiterou a natureza ampla e genérica do pedido, sendo que a remoção de conteúdo considerado ilegal e/ou ofensivo é condicionada à indicação do *URL* (sigla em inglês para *Uniform Resource Locator*), que se configura como elemento essencial de validade da ordem judicial, notadamente com o fim de viabilizar e aferir o seu cumprimento. Afirmou, por fim, sua exigibilidade independentemente da vertente adotada na teoria da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por conteúdos gerados por terceiros, apontando os artigos 19 e 21, do MCI, bem como o entendimento do STJ antes da vigência dessa norma.⁴⁵⁵

⁴⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 39-40.

⁴⁵⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 41-44.

⁴⁵⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 44-47.

2.4 ESQUECIMENTO *ERGA OMNES* A PARTIR DA ABSTRAÇÃO CONSTITUCIONAL

O Ministro Moura Ribeiro sustentou a natureza de direito fundamental implícita do direito ao esquecimento, como decorrente da dignidade da pessoa humana, podendo colidir com direitos de igual natureza. Assim, afirmou que o ordenamento jurídico brasileiro teria base legal para a pretensão da autora e, ainda que não a verificasse, a eficácia *erga omnes* do direito fundamental ao esquecimento impor a todos o seu direcionamento.⁴⁵⁶ É possível identificar, de plano, que a argumentação desenvolvida apresenta uma abordagem abstrata do direito ao esquecimento como consectário lógico da dignidade humana.

Em seguida, o Ministro se valeu de um julgado da *Corte Suprema di Cassazione*, da *Terza Sezione Civile*, n. 5525 de 2012, na Itália, em que restou conhecido o direito a atualização das informações, citado no parecer de Daniel Sarmiento, contratado pela Rede Globo para os casos do direito ao esquecimento relacionados à Chacina da Candelária e à Aída Curi julgados pelo STJ. No caso, o Ministro afirmou que diante da reconhecida inexistência da fraude pelo CNJ, as notícias estariam desatualizadas, de modo que seria suficiente constar a “absolvição” de D. P. N., mas assim não foi pleiteado, bem como o polo passivo seria diverso. Destaque-se que o teor da deliberação do CNJ, acima registrado, não foi considerado pelo Ministro.

Com a premissa de que o pedido de desindexação é menor que o da exclusão do conteúdo, considerando-o a segunda melhor, porquanto a primeira seria a atualização das informações, a apontou como adequada diante da ponderação dos valores envolvidos, a saber, o direito de informar e ser informado e a preservação da imagem da autora, constituindo-se como direito inerente ao direito ao esquecimento. Verifica-se na argumentação do Ministro que não apenas a atribuição da natureza de direito fundamental ao esquecimento é apontada em termos abstratos e como dedução lógica do texto constitucional, mas o resultado

⁴⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 50.

da suposta ponderação é também apresentado como algo indubitável.⁴⁵⁷

É de se observar, como apontam Machado e Negri, que “inovar a partir do nada tem mais ônus político do que densificar escolha já iniciada pelo texto constitucional”. Cabe, neste sentido, questionar se o posicionamento do Ministro Moura Ribeiro representou uma utilização da autoridade do texto constitucional para legitimar uma escolha própria ao sustentar que o caminho decisório já fosse determinado, sem atentar para as liberdades comunicativas, a configurar exemplo de violência simbólica, na gramática de Bourdieu, ao exercer um poder sem que fosse sinalizado.⁴⁵⁸

Em face da alegação dos provedores de busca no sentido de que o pedido seria tecnicamente impossível de ser cumprido, o Ministro Moura Ribeiro replicou a argumentação do Ministro Marco Aurélio Bellizze, acompanhando o seu voto.

2.5 ESQUECIMENTO COM PRECISÃO

Com o objetivo de confirmar o voto proferido pela Ministra Nancy Andrigui, o Ministro Ricardo Villas-Bôas Cueva afirmou que para a satisfação plena da pretensão formulada pela autora no sentido de ver-se esquecida, o provimento jurisdicional não seria indispensável e nem completamente eficaz. Em primeiro lugar, destacou que além da responsabilidade pelo conteúdo ser de terceiros, que não os réus da demanda, o teor impugnado continuaria na rede mundial de computadores, podendo ser acessado pela pesquisa de seu nome através de outros motores de busca. Neste raciocínio que teria se consolidado, de acordo com o Ministro, o entendimento do STJ acerca da impossibilidade de determinar a desindexação.⁴⁵⁹

A partir do artigo 19, do MCI, que trata da responsabilidade civil do provedor por conteúdo gerado por terceiro, notadamente

⁴⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 51-59.

⁴⁵⁸MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento, cit., p. 378.

⁴⁵⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 67.

o seu §1º, o Ministro destacou a exigência de que a ordem judicial deve conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo infringente, a permitir a localização inequívoca do material, o que seria viabilizado pela indicação do *URL* ou *link* da página a ser eventualmente excluído.⁴⁶⁰

Nesta perspectiva, nem mesmo em casos ditos gravíssimos, como a hipótese do artigo 21, do MCI, poderia ser dispensada a exigência de indicação do endereço virtual. A exemplo, citou o acórdão no Recurso Especial n. 1.679.465/SP,⁴⁶¹ que envolveu exposição pornográfica de menor de idade, em que o acolhimento do pedido se limitou às *URLs* indicadas. Segundo o Ministro, não teria se verificado no caso de D. P. N. uma excepcionalidade que justificasse a procedência, configurando contrassenso a restrição no caso de conteúdo nitidamente ilícito, e o acolhimento da pretensão no caso de conteúdo lícito.⁴⁶²

A consideração do Ministro aponta para algo grave e, podemos dizer, perigoso em termos democráticos. Isso porque, em deliberação no ano de 2018, nos meses de março e maio, o STJ, através da sua 3ª Turma, com os mesmos integrantes, assumiu posições incisivamente antagônicas, na medida em que exigiu a indicação dos *URLs* para uma situação de exposição de conteúdo pornográfico, por unanimidade, ao passo que afastou esse entendimento, sem uma argumentação que justificasse a excepcionalidade, para a pretensão de esquecimento de um caso lícito. Fere-se, nitidamente, a isonomia dos jurisdicionados.

⁴⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 70-72.

⁴⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1679465/SP**. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DE URLS DOS RESULTADOS DE BUSCA. POSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 13 de março de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1685789&num_registro=201602042165&data=20180319&formato=PDF. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁴⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 71.

Lado outro, o Ministro Ricardo Villas-Bôas Cueva argumentou que a procedência da pretensão de D. P. N. decorreria em negar vigência ao artigo 19 do MCI, o que iria de encontro à Súmula Vinculante n. 10 do STF.⁴⁶³ Ocorre que o fato que ensejou a ação, bem como o próprio ajuizamento se deram antes da vigência do MCI, ainda que a exigência pelo STJ de indicação do endereço eletrônico fosse anterior à norma.

Com relação ao citado precedente do TJUE, o Ministro afirmou que não é fundamento apto a justificar a manutenção da decisão do TJRJ, mormente em vista de que naquela oportunidade o pedido teria se dado com base em *links* de conteúdos específicos, inexistindo ordem judicial no sentido de que o provedor de pesquisa deveria criar filtros ou mecanismos capazes de realizar o controle prévio do conteúdo, como pretendido no caso em julgamento.

2.6 ESQUECIMENTO COMO FRUTO DE PONDERAÇÃO NEBULOSA

Diante das considerações da Ministra Nancy Andrigui e do Ministro Ricardo Villas-Bôas Cueva sobre o caso *Google Spain*, o Ministro Marco Aurélio Bellizze aditou seu voto para defender que o precedente foi citado pelo seu valor histórico e doutrinário, bem como para demonstrar a possibilidade fática do cumprimento de decisão de procedência.⁴⁶⁴

Ademais, esclareceu que não afastou nenhuma norma, mas teria reconhecido a tutela da intimidade no ordenamento jurídico, inclusive pelo artigo 11, do MCI. Nesta linha, o Ministro, de forma genérica, apontou para um necessário exame harmonioso do sistema jurídico, do qual ressairia a proteção à intimidade, entre outros valores, que deveria preponderar no caso concreto, diante de regras da mesma estatura.⁴⁶⁵ Anote-se que tal declaração

⁴⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Brasília: DF. Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuusuario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁴⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 75.

⁴⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 76.

se fez desacompanhada de uma fundamentação clara sobre a ponderação e os valores de fato em colisão, além dos riscos da deliberação.

2.7 ESQUECIMENTO EUROPEU À MODA BRASILEIRA

Com a função de desempatar os votos, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino sustentou a existência de base legal para a pretensão, uma vez que, antes do MCI, o direito ao esquecimento já vinha sendo reconhecido pelo STJ no caso dos meios de comunicação.⁴⁶⁶ Ou seja, o argumento da existência deste direito se dá com base em um reconhecimento pelo Judiciário.

Através do caso da Chacina da Candelária, o Ministro apresentou o direito ao esquecimento como faceta de dois direitos fundamentais, a saber, dignidade da pessoa humana e privacidade, porém sua aplicação havia se dado a conteúdos difamatórios e caluniosos, isto é, com distinto espectro de proteção do pretendido no caso em julgamento.⁴⁶⁷

Na sequência, o Ministro invocou os artigos 11 e 7º, incisos I e X, do MCI, ressaltando este último, sobre apagamento de dados, tratar-se de previsão do direito ao esquecimento. Citando o caso *Google Spain* e apontando o risco de o direito não acompanhar a evolução tecnológica, destacou o GDPR, especialmente o seu artigo 17, que regulamenta expressamente o direito a ser esquecido. A partir deste paralelo, o Ministro concluiu, sem considerar as especificidades dos diferentes regimes jurídicos, pela existência de normas que tutelam a pretensão ao esquecimento no direito comparado e no brasileiro.⁴⁶⁸

Continuou para afirmar que todos os precedentes do STJ na matéria teriam se dado em face de pedido de exclusão de conteúdo, diferentemente do caso em julgamento, no entanto, essa afirmativa não procederia em vista do citado Recurso Especial n. 1.679.465/SP, que teve como pedido a exclusão de *links* na plataforma Google, não exclusão de conteúdo.

⁴⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 79.

⁴⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 84.

⁴⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 85-90.

Com essas premissas, considerou que em se tratando de concurso realizado há mais de dez anos, no qual a autora não foi aprovada e o CNJ decidiu pela manutenção do certame, o esquecimento pleiteado deveria ser acolhido, ainda mais em vista a função pública atual assumida pela autora de Promotora de Justiça.⁴⁶⁹ É de se destacar que neste ponto são tecidas considerações acerca da efetiva existência de interesse público nas notícias. Como assevera Sarmento o interesse público é evidente na atividade política, na atuação dos Poderes Públicos e de seus agentes,⁴⁷⁰ o que se daria no caso em vista de que D. P. N. assume não apenas função pública, mas essencial à função jurisdicional do Estado.

O Ministro concluiu a sua argumentação asseverando que no conflito entre o direito fundamental à informação e as liberdades públicas dos cidadãos, a primeira deveria ceder, sem considerar os riscos inerentes a uma determinação judicial neste diapasão, bem como de uma pretensão de se universalizar esse direito sem a definição de contornos claros, isonômicos e que se atente, em termos fáticos, para uma adequada proteção das liberdades comunicativas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crescentes avanços tecnológicos nos apresentam, enquanto sociedade, diversos desafios no sentido de se compatibilizar a sua utilização e os benefícios que traz com a proteção da pessoa humana dentro da proposta constitucional. O direito é chamado, portanto, a lidar com situações para as quais não se verifica uma conformação prévia, na conjuntura em que a CRFB apresenta uma textura normativa aberta e a tecnologia, por outro lado, avança constantemente.

Na era digital, as liberdades passam a se associar com a autodeterminação dos indivíduos sobre suas informações, o que passou a integrar o conteúdo do direito à privacidade. É no desdobramento deste direito que encontramos a proteção de

⁴⁶⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**, cit., p. 93-94.

⁴⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **Paracer**, cit., p. 10.

dados pessoais, constitutivos do corpo eletrônico da pessoa, merecedor de proteção assim como o seu corpo físico, na medida em que o fundamento ontológico é único, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto identificamos o direito ao esquecimento, assumindo uma conotação de controle temporal de dados, mas que deve atender a requisitos próprios com o fim de legitimar o seu exercício, ressaltando a ausência de interesse público na informação. A pretensão de ver-se esquecido sobre algum fato não conta no ordenamento jurídico brasileiro com uma normativa própria, de modo que a sua construção vem sendo atribuída ao Poder Judiciário.

Como de conhecimento, através do exercício desse direito verificam-se conflitos com as liberdades comunicativas, tão caras ao regime democrático e à própria CRFB, que se erigiu como carta das liberdades após tempos autoritários. Não se pode esquecer, ainda, que a privacidade, alicerce da proteção de dados e do direito ao esquecimento, historicamente já foi utilizada para prejudicar o exercício de outros direitos.

Em face dessa conjuntura, o presente artigo buscou analisar o posicionamento do Poder Judiciário no acórdão prolatado pela 3ª Turma do STJ no Recurso Especial n. 1.660.168/RJ, que teve como objeto litigioso a pretensão de D. P. N. de ver-se esquecida, através de desindexação nos mecanismos de busca demandados na ação, de resultados que associassem o seu nome à fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Verificada a representatividade da decisão, posto que se tratando da primeira vez que o STJ decidiu pela procedência do direito ao esquecimento no ambiente virtual, foi possível identificar na pesquisa limitações do Judiciário na conformação do exercício desse direito, confirmando-se a hipótese inicial da pesquisa, limitações essas que se agravam em vista da compreensão de que o controle de informações repercute na atribuição de poderes na sociedade.

Através do exame do acórdão, observou-se que o consenso é ausente, não apenas quanto à interpretação de determinada norma, mas acerca da existência de normas a respeito do direito ao esquecimento e sobre quais seriam aplicáveis. Alguns julgadores

chegaram a apontar fundamento para a pretensão no MCI – que não estava em vigor quando do fato e do ajuizamento – e a depreender a natureza de direito fundamental ao esquecimento, inclusive dando pela sua primazia em face de outros direitos, com supostos juízos de ponderação que não foram apresentados de forma clara. Nesta linha, pela argumentação desenvolvida por alguns Ministros, averiguou-se uma abordagem abstrata deste direito como consectário lógico da dignidade e outros direitos da personalidade, deixando nebuloso o que de fato estava em debate.

Não obstante, algumas informações de índole técnica foram anunciadas sem a indicação da fonte correspondente. Neste cenário, verificou-se a composição de alguns julgadores que, sem considerar as especificidades do ordenamento jurídico brasileiro, garantiram a possibilidade de realização do pedido de D. P. N., de forma ampla e genérica, pautando-se no fato de que é realizada no território europeu, sem estabelecer qualquer critério ou problematizar os riscos da determinação. Identificou-se uma apropriação da experiência judicial europeia, sem que as diferenças com o regime jurídico pátrio fossem questionadas, ou até mesmo as peculiaridades do caso em julgamento.

Merece destaque, igualmente, que o fato de D. P. N. assumir na atualidade a função de Promotora de Justiça, apontada pela CRFB como essencial à função jurisdicional do Estado, não chega a ser devidamente questionada como indicativo da existência de interesse público na informação. Em realidade, quando esse ponto é abordado, a análise é inversa, no sentido de que ao assumir a função pública, a informação desabonadora deveria ser esquecida, o que é problemático.

O âmbito do exercício do poder pelo Judiciário não se dá apenas com relação a dizer o que deve ser esquecido, mas como. Uma das controvérsias verificadas e que merece destaque foi a exigência dos endereços eletrônicos apontados como infringentes, até então sedimentado no entendimento do STJ, inclusive em caso no mesmo ano de 2018, que envolveu exposição de conteúdo pornográfico de menor de idade. Tal condição foi dispensada para D. P. N., sem uma argumentação que justificasse a excepcionalidade, com patente prejuízo à isonomia.

Em realidade, o Judiciário assume, através desta decisão, um importante papel de deliberar sobre o que deve ou não ser esquecido no meio virtual e, por outro lado, delega a execução desta tarefa a um ente privado, sem especificação de critérios, ou mesmo sem considerar de forma pragmática os riscos subjacentes à determinação em face das liberdades comunicativas. O poder que se encontra na determinação do STJ intrinsecamente associado a riscos de autoritarismo, se estende, em termos pragmáticos, ao mercado.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Sergio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago, 2017.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1660168/RJ**. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO à INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. Recorrentes: Google Brasil Internet Ltda., a Yahoo! Do Brasil Internet Ltda. e a Microsoft Informática Ltda. Recorrida: D. P. N. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 08 de maio de 2018. Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628798&num_registro=201402917771&data=20180605&formato=PDF. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1679465/SP**. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DE URLS DOS RESULTADOS DE BUSCA. POSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 13 de março de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1685789&num_registro=201602042165&data=20180319&formato=PDF. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Brasília: DF. Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 10 set. 2018.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 2., n. 3., jul.-set./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 15 ago. 2017.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean *et al.* (Org). **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, p. 295-316.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul/dez 2011. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658>. Acesso em: 01 set. 2017.

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

DONEDA, Danilo; MONTEIRO, Marília. O sistema de privacidade e proteção de dados no Marco Civil da Internet. IN: G. ARTESE (coord.) **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>. Acesso em: 21 out. 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento: uma análise a partir da perspectiva do poder simbólico de Bourdieu. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 367-382, 6 fev. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4972>.

MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1.ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 357-389. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Ma%C3%ADra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121-148.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean *et al.* **A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos e metodológicos**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 154-211.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 19, p. 91-107, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Parecer**. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. 1.ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2016, p. 275-320. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Ma%C3%ADra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira. **Dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento**. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/06/ITS-Rio-Audiencia-Publica-STF-Direito-ao-Esquecimento-Ver-sao-Publica-1.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira; TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini di. **O STJ e o direito ao esquecimento**. 2018 Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stj-e-o-direito-ao-esquecimento-05042018. Acesso em: 12 dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento n.º 2016/679**, de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral Sobre A Proteção de Dados. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 15 mar. 2020.

VERONESE, Alexandre. Considerações sobre o Problema da Pesquisa Empírica e sua Baixa Integração na Área de Direito: a Tentativa de uma Perspectiva Brasileira a partir da Avaliação dos Cursos de Pós-Graduação do Rio de Janeiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, v. 14, n. 1, p.197-237, dez. 2013. Disponível em: http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/48/2015/03/Considerações_sobre_o.pdf. Acesso em: 22 maio 2018.

VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo; CÓRDOVA, Yasodara; ITAGIBA, Gabriel. Entre a privacidade e a liberdade de informação e expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 361-380.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, Boston, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890.

CAPÍTULO 11

The background of the page is a solid teal color. Overlaid on this is a complex, abstract geometric pattern. It consists of numerous thin, light-colored lines that connect various points, creating a network of irregular polygons. Some of these points are highlighted with small, semi-transparent circles of varying sizes. The overall effect is that of a digital or molecular structure, possibly representing a network or a complex system. The pattern is more dense and intricate in the lower half of the page, becoming sparser towards the top.

CAPTAÇÃO DE DADOS DOS CONSUMIDORES PARA FINS DE PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL (*BEHAVIORAL ADVERTISING*)

Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa⁴⁷¹

Fabrcio Germano Alves⁴⁷²

RESUMO: Nas plataformas de *marketplace*, armazenam-se os dados dos consumidores sem a devida anuência e os utilizam para o desenvolvimento da comunicação publicitária, notadamente na publicidade comportamental (*behavioral advertising*). O empecimento da questão transita em torno da ausência de regulamentação referente a tal estratégia de publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que essa conduta pode violar a intimidade/privacidade dos consumidores, além de possibilitar uma vantagem desproporcional em relação aos demais fornecedores que atuam no mercado. Procura-se, portanto, demonstrar quais são os limites jurídicos para o desenvolvimento dessa prática, assim como relacionar o Direito das Relações de Consumo ao Direito Concorrencial, uma vez que a publicidade comportamental desequilibra o uso dos dados permitindo um desenvolvimento não igualitário do sistema de comércio. Os procedimentos metodológicos utilizados para tal análise consistem em pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa e hipotético-dedutiva e objetivo descritivo, com aplicabilidade socioeconômica. Não há no ordenamento jurídico uma disposição unificadora relativa ao procedimento de anuência do consumidor, seja para com o compartilhamento dos seus dados entre fornecedores parceiros, seja para com a utilização individual pelo fornecedor dentro da sua plataforma de vendas. Conclui-se, à vista disso, que apesar de a publicidade comportamental ainda não possuir uma regulamentação específica no microsistema consumerista brasileiro, quando a captação dos dados não for expressamente autorizada pelos consumidores, essa conduta

⁴⁷¹ Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Aluno de iniciação científica do projeto intitulado “Proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico (*marketplace*)”. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: pedro.damatta@outlook.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8307765062275242>.

⁴⁷² Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP). Especialista em Direito Eletrônico (Estácio). Especialista em Docência no Ensino Superior (FMU). Mestre em Direito (UFRN). Mestre e Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: fabriciodireito@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4247505371266682>.

pode ser considerada abusiva, com fundamento no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, em razão da violação à intimidade/privacidade dos consumidores e à configuração de concorrência desleal.

Palavras-chave: Direito concorrencial. Direito do consumidor. Proteção de dados. Publicidade comportamental.

INTRODUÇÃO

As campanhas publicitárias de produtos e de serviços disponíveis e disseminadas no âmbito *online* – *v.g.* nas plataformas de *marketplace* – facilitaram o acesso dos consumidores ao mercado de consumo virtual, em cujo fornecimento de bens é realizado de maneira mais fácil. Contudo, os empecimentos sociais e jurídicos nesse espectro eletrônico cresceram de forma similar.

Apesar de a evolução cibernética influenciar positivamente certas práticas dentro do ambiente de consumo, tal desenvolvimento tecnológico pode prejudicar o andamento das relações sociais no que tange aos direitos do consumidor. A captação abusiva de dados para a utilização de anúncios publicitários, a qual lesa a intimidade e a vida privada dos usuários consumidores, dentro das plataformas de *marketplace*, passou a ser, paulatinamente, mais procurada pelos fornecedores anunciantes por consequência das ferramentas disponíveis no meio virtual.

Assim, a problemática central é a necessidade de regulamentação expressa e unificadora para a publicidade comportamental, uma vez que sua ausência prejudica a intimidade e a vida privada dos consumidores expostos. Além disso, a necessária igualdade entre os fornecedores acaba por ser afetada por esse sistema publicitário, haja vista que a captação dos dados dos consumidores pode alavancar as vendas e caracterizar a concorrência desleal. No mais, há de se perceber que essa configuração publicitária põe o uso de dados à revelia do consumidor.

Dessa forma, o presente texto se utiliza de pesquisa qualitativa, de natureza aplicada e abordagem hipotético-dedutiva. Objetiva, ainda, analisar o atual microssistema consumerista em

relação à determinada publicidade supostamente abusiva. Possui natureza objetiva descritiva, a qual se adequa às técnicas de coleta de pesquisa padrão, como observação, pesquisa doutrinária e/ou leitura documental, assim como leitura informativa por seleção, de forma interpretativa⁴⁷³.

No que se refere à estruturação desse texto, dividir-se-á em 3 tópicos. O primeiro inserirá a temática da relação jurídica de consumo no âmbito das plataformas de *marketplace*, bem como conceituará os seus elementos essenciais. Mais ainda, analisará o conceito de publicidade por meio de definições interdisciplinares da Psicologia, do *Marketing* e do Direito.

Posteriormente, será abordado o conceito de prática abusiva, iniciando a discussão acerca da publicidade comportamental como artifício de captura ilícita do consumidor. Discutirá, ainda, princípios constitucionais e consumeristas, bem como artigos da Lei do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados com o fito de comprovar a abusividade dessa prática publicitária.

Por último, explicará a temática dos *cookies* e a sua relação com o uso de dados dos consumidores usuários das plataformas de *marketplace*, além de demonstrar e relacionar a suposta abusividade da publicidade comportamental com a livre concorrência e com o desenvolvimento igualitário dentro das relações de consumo.

1. MARKETPLACE, RELAÇÃO DE CONSUMO ONLINE E PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL

O âmbito cibernético tem presenciado uma evolução tecnológica acelerada, cuja busca pela informação verdadeira e adequada tomou espaço dentro das relações de consumo. A procura dessa informação é feita pelos dois sujeitos, seja pelos consumidores que precisam de produtos e de serviços verídicos e de qualidade, seja pelos fornecedores no que se refere à

⁴⁷³ Esses procedimentos metodológicos foram elaborados a partir dos conceitos existentes na seguinte obra: LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Procedimentos didáticos. In: LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

comercialização. Sendo assim, as plataformas de *marketplace* facilitaram essa premência por produtos e serviços, reunindo diversos fornecedores em um só lugar.

O comércio eletrônico, portanto, é exatamente o que ocorre nas plataformas de *marketplace*. Toda e qualquer transação comercial em cujas partes interagem eletronicamente, em vez de estabelecer um contato físico concomitante e direto é feita por meio desse sistema comercial (*e-commerce*)⁴⁷⁴. As operações comerciais as quais se estabelecem no espectro cibernético ou informático, isto é, o complexo de comunicações cibernéticas realizadas com fins publicitários ou contratuais entre os consumidores e os seus fornecedores inserem-se no conceito de *e-commerce*. Dessa forma, a contratação eletrônica pode ser entendida como a conclusão ou a celebração de contratos por intermédio de ambientes ou ferramentas eletrônicas⁴⁷⁵.

De maneira mais específica, o *marketplace* atua de forma a facilitar as relações jurídicas entre os fornecedores e os consumidores no âmbito da comercialização de produtos e serviços. Trata-se de um meio em cuja veiculação de variados tipos de publicidade é disposta. Consiste, notadamente, na participação *online* em um ambiente virtual de comunidades, de particulares, de organizações e/ou de empresários(as), cujo objetivo é de trocas comerciais e de acesso aos conteúdos disponíveis⁴⁷⁶, caracterizando, em muitos casos, da relação jurídica de consumo.

1.1 CONCEITO DE RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A identificação da relação jurídica de consumo, feita mediante à análise dos seus elementos: subjetivos, objetivos e causal, é o critério primordial para determinar o âmbito de aplicação das

⁴⁷⁴ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175.

⁴⁷⁵ MIRANDA SERRANO, Luis María. La contratación a distância de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE. In: MIRANDA SERRANO, Luis María; PAGADOR LÓPEZ, Javier (coord.). **Derecho (privado) de los consumidores**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 175.

⁴⁷⁶ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Direito da Internet e comércio eletrônico**. Lisboa: Quid Júris, 2001, p. 89.

disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor⁴⁷⁷, assim como de toda a normatização a qual compõe o microsistema consumerista.

É importante iniciar com a definição de consumidor – elemento subjetivo –, o qual possui quatro acepções já eduzidas do Código de Defesa do Consumidor, sendo uma delas direta (*stricto sensu*) e três delas por equiparação (*lato sensu*)⁴⁷⁸.

Considerado um sujeito de mercado cuja satisfação das suas próprias necessidades é realizada por meio da aquisição e da utilização de produtos e de serviços⁴⁷⁹, o consumidor pode ser compreendido, por meio de uma definição metajurídica, como o indivíduo que almeja uma vida salutar⁴⁸⁰. Ou seja, todas as pessoas são consideradas consumidores sob esse viés, haja vista que o consumo é intrínseco ao ser humano.

Mais ainda, o consumidor direto, também chamado de *standard*, é qualificado como aquele que adquire ou utiliza produtos e serviços na qualidade de destinatário final.

Essa condição de destinação final que existe dentro da relação de consumo representa o elemento finalístico ou causal, e é eduzida da definição de consumidor do artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, em cujo termo “destinatário final” é utilizado. O elemento causal pode ser interpretado como o processo de destruição técnica de bens e de serviços, no qual o consumidor aparece como usuário final⁴⁸¹, utilizando os produtos e serviços para fins privados e pessoais⁴⁸². Sendo assim, surgiram

⁴⁷⁷ BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 3 fev. 2020.

⁴⁷⁸ Artigo 2º, *caput*; Artigo 2º, parágrafo único; Artigo 17 e Artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁷⁹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. **Manual sobre protección de consumidores y usuarios**. 3. ed, Madrid: Dykinson, 2007, p. 55.

⁴⁸⁰ LARA GONZÁLEZ, Rafael; ECHAIDE IZQUIERDO, Juan Miguel. **Consumo y derecho**: elementos jurídico-privados de derecho del consumo. Madrid: Esic, 2006, p. 39.

⁴⁸¹ BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista direito do consumidor**. São Paulo, n. 2, p 7-51, abr./jun., 1992, p. 16.

⁴⁸² LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. **Manual sobre protección de consumidores y usuarios**. 3. ed, Madrid: Dykinson, 2007, p. 62.

três teorias no que tange à destinação final: a teoria finalista⁴⁸³, a maximalista⁴⁸⁴ e a finalista atenuada, sendo esta última adotada pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁸⁵.

Acerca do consumidor por equiparação, o sujeito central do texto, tem sua previsão legal quando o Código de Defesa do Consumidor dispõe que é equiparado ao consumidor tanto a coletividade de pessoas⁴⁸⁶, como também todas as vítimas do fato do produto ou do serviço⁴⁸⁷. Ademais, são consumidores indiretos também as pessoas expostas às práticas comerciais⁴⁸⁸ de oferta, de contratos de adesão, de cobrança de dívidas, de bancos de dados e, especialmente, de publicidade.

Posteriormente, outro elemento subjetivo da relação de consumo é o fornecedor, enquadrado, pelo artigo 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, inclusive os entes despersonalizados (v.g. condomínio, massa falida, espólio etc.), cujas atividades de “produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” são

⁴⁸³ Sobre essa teoria, ver: LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 306.

⁴⁸⁴ Sobre essa teoria, ver: RIZZATTO NUNES, Luis Antônio. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79; ANDRIGUI, Fátima Nancy Andrigui. O código de defesa do consumidor pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). **20 anos do código de defesa do consumidor**: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno, São Paulo: Atlas, 2010, p. 26. EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 60. CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: AIDE, 2000, p. 20-24. ALVIM, Arruda *et al.* **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22-23.

⁴⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **acórdão n.1188548, 07104893320178070020**, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, DJ 25/07/2019. DP 02/08/2019. Acesso em: 1 mai. 2020.

⁴⁸⁶ Artigo 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 3 fev. 2020.

⁴⁸⁷ Artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor. *Ibid.*

⁴⁸⁸ Artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor. *Ibid.*

desenvolvidas⁴⁸⁹. Ou seja, entende-se como fornecedor todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente outro estabelecimento com gêneros e mercadorias necessárias ao consumo⁴⁹⁰. O que caracteriza de fato, então, o fornecedor é atividade econômica que ele vem a desenvolver⁴⁹¹.

Mais ainda, o Supremo Tribunal de Justiça afirmou que, com o fito de aplicar o Código de Defesa do Consumidor, os critérios qualificadores são objetivos no que se refere ao reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou um ente despersonalizado como fornecedor de produtos e serviços; basta apenas que ocorra o desempenho de determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração⁴⁹², desde que a habitualidade e o formalismo na prática comercial de fornecimento ao consumidor sejam estabelecidos.

No que tange aos elementos objetivos, o produto e o serviço devem sempre manter um padrão de qualidade e de regularidade que atendam às necessidades do consumidor e não devem possuir vícios ou defeitos⁴⁹³.

Em específico, o produto “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”⁴⁹⁴. Embora a definição seja extremamente ampla, na medida que utiliza a expressão “qualquer bem”, o conceito de produto adotado pelo Código para fins de configuração da relação jurídica de consumo engloba igualmente os bens consumíveis e inconsumíveis. Isso significa que tanto o consumo absoluto como o consumo relativo são abarcados. O primeiro com a destruição total do bem, já o segundo sem a destruição imediata

⁴⁸⁹ ALVES, Fabrício Germano. **Análise jurídica da comunicação publicitária no microsistema consumerista brasileiro**. Tese de Doutorado. Sociedad Democrática, Estado y Derecho. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), Donostia-San Sebastián, Espanha. 2014, p. 90.

⁴⁹⁰ SILVA, Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986, p. 138.

⁴⁹¹ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. **Derecho de consumo**: protección legal del consumidor. Madrid: El Derecho, 2011, p. 42.

⁴⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 519.310/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 20/04/2004. DP 24/05/2004. Acesso em: 1 mai. 2020.

⁴⁹³ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade civil no Código do consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 31.

⁴⁹⁴ Artigo 3º, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 3 fev. 2020.

ou mediada dele⁴⁹⁵. Ou ainda, pode ser considerado produto ou bem de consumo tudo o que pode ser comprado e utilizado para satisfazer a necessidade ou o desejo de uma pessoa, uma família ou de um grupo⁴⁹⁶.

Por fim, como último elemento objetivo da relação jurídica de consumo, tem-se o serviço, que é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, com exceção das decorrentes das relações de caráter trabalhista⁴⁹⁷. Ao seguir a mesma diretriz da definição de produto, o legislador consumerista utilizou o termo “qualquer atividade”. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de que o conceito de serviço previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração⁴⁹⁸.

Assim, reconhece-se a possibilidade de caracterização de uma relação jurídica de consumo pela presença de todos os seus elementos, a saber: os elementos subjetivos, considerando de um lado, o consumidor direto ou indireto, e de outro o fornecedor; os elementos objetivos, enquadrando-se dentro dos conceitos de produto e de serviço; e o elemento causal, considerando-se o consumidor como destinatário final.

1.2 PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL (BEHAVIORAL ADVERTISING)

Com a relação de consumo efetivamente definida, há de se perceber a importância do estudo da publicidade no que se refere ao conceito de consumidor equiparado do artigo 29, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, cuja disposição é relativa à consideração do consumidor como sendo qualquer sujeito, determinável ou não, exposto às práticas previstas no Código.

⁴⁹⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 447.

⁴⁹⁶ LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 6.

⁴⁹⁷ Artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 493.181/SP**. Rel. Min. Denise Arruda. DJ 15/12/2005. DP 01/02/2006. Acesso em: 1 mai. 2020.

Por isso, a publicidade adquire espaço dentro das discussões acadêmicas, uma vez que ela está prevista em diversos artigos do Código de Defesa do Consumidor⁴⁹⁹.

Existe um complexo de princípios e de regras direcionadas ao controle das práticas de comércio no microsistema consumerista, as quais fazem parte do âmbito normativo das relações de consumo. Práticas como o *marketing*⁵⁰⁰, a oferta⁵⁰¹ e a comunicação publicitária⁵⁰². A publicidade é um mecanismo que incita a contratação e a compra de serviços e de produtos, respectivamente, para fins de disseminação dentro das sociedades de consumo⁵⁰³. É um instrumento essencial para compartilhar informações com os consumidores, ao permitir a seleção adequada dos produtos e dos serviços por eles⁵⁰⁴.

Como propósito completo, há de se mencionar a definição da *American Marketing Association* (Associação de Marketing Americana). A entidade definiu a prática publicitária, de uma maneira bastante ampla, como a veiculação de anúncios e de mensagens persuasivas, em espaços e em tempos pagos, em qualquer meio de comunicação em massa, os quais buscam informar e/ou persuadir membros de um mercado ou de um público alvo particular, acerca de seus produtos, de seus serviços, das suas organizações, ou, até mesmo, sobre suas ideias⁵⁰⁵.

Apesar de o Código de Defesa do Consumidor não ter conceituado expressamente o termo "publicidade", é possível

⁴⁹⁹ Artigo 6º, inciso IV; Artigo 30, *caput*; Artigo 33, *caput*; Artigo 33, parágrafo único; Artigo 35, *caput*; Artigo 35, inciso I; Artigo 36; Artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁰⁰ Sobre esse assunto, ver: KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: análise, planejamento, implementação e controle. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998; CASAS, A. L. L. **Marketing de serviços**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007 e CZINKOTA, Michael R.; DICKSON, Peter R.; DUNNE, Patrick; GRIFFIN, Abbie. **Marketing**: as melhores práticas. Porto Alegre: Bookman, 2002.

⁵⁰¹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

⁵⁰² Acerca disso, ver a obra: ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.). **Publicidade e defesa do consumidor**. Natal: Edufrn, 2015.

⁵⁰³ REYES LÓPEZ, María José. **Manual de derecho privado de consumo**. 2. ed. Madrid: La Ley, 2012, p. 187.

⁵⁰⁴ LEÓN ARCE, Alicia de; MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen; AZA CONEJO, M^a Jesus. **Derecho de consumo**. Barcelona: Fórum, 1995, p. 118.

⁵⁰⁵ AMA. **American Marketing Association**. Página da internet. 2017. Disponível em: <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/>. Acesso em: 17 fev. 2020.

afirmar, metajuridicamente, que ela consiste em um complexo de ferramentas destinadas a informar o público e, de maneira concomitante, convencê-lo para fins de fomentação à aquisição ou à utilização de produtos e serviços⁵⁰⁶.

O intuito basilar de grande parte dos anúncios publicitários é persuadir os consumidores de forma a fazê-los adquirir ou utilizar produtos e serviços. Entretanto, poucas campanhas publicitárias partem de estudos empíricos com o fito de fundamentar a captação legalizada dos consumidores⁵⁰⁷ (v.g. publicidade em *outdoors*, campanhas *online*, anúncios no rádio etc.), o que acaba, muitas vezes, por configurar abusividade. Ou seja, a escassez no estudo acerca do comportamento do consumidor pode dificultar a sua captação e outras estratégias são utilizadas pelos fornecedores. Nesse viés que a publicidade comportamental é implementada.

A personificação e a contextualização da publicidade são realizadas no âmbito *online*, a saber, nas plataformas de *marketplace*, com certa facilidade. A primeira ocorre quando o fornecedor anunciante acaba por veicular mensagens publicitárias específicas para determinado consumidor, as quais foram baseadas na captação dos seus dados quando esse acessa determinado sítio eletrônico⁵⁰⁸. A segunda, por sua vez, é relativa à publicação de mensagens publicitárias baseadas nas páginas *online* que foram acessadas pelo consumidor, com o fito de adaptar os anúncios às suas supostas necessidades⁵⁰⁹.

Quando o fornecedor anunciante utiliza a contextualização e a personalização da publicidade com o fito de veicular mensagens

⁵⁰⁶ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 199.

⁵⁰⁷ Estudos empíricos acerca do comportamento dos consumidores dentro do mercado de consumo: EHRENBERG, Andrew; BARNARD, Neil; KENNEDY, Rachel; BLOOM, Helen. Brand advertising as creative publicity. **Journal of Advertising Research**, 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/260555133_Brand_Advertising_As_Creative_Publicity. Acesso em: 28 mar. 2020; SHARP, B. **How brands grow**: What marketers don't know. Victoria: Oxford University Press, 2010.

⁵⁰⁸ SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Direito e internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

⁵⁰⁹ PEGUERA POCH, Miguel. Publicidad online basada em comportamento y protección de la privacidad. In. RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (coord.). **Derecho y redes sociales**. 2. ed, Navarra: Aranzadi, 2013, p. 387.

publicitárias específicas, está configurada a publicidade comportamental, cujo objetivo é dirigir os anúncios publicitários com uma abordagem mais adequada às especificidades do consumidor. Esse tipo de prática é utilizado a partir da coleta de dados dos consumidores por algoritmos especializados (*cookies*) e armazenados em um banco de dados complexo.

Entretanto, a publicidade comportamental tem se tornado uma ferramenta bastante difundida de captação de consumidores no comércio eletrônico, especificamente por meio das plataformas de *marketplace*. A abusividade, então, pode ser configurada se a base de dados tiver sido alimentada sem a autorização ou sem o consentimento do consumidor, haja vista que, de tal forma, estaria violando a privacidade e a intimidade dos consumidores por causa da captação indevida e ilegal de suas informações.

2. A ABUSIVIDADE DA PRÁTICA DE PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL

O mercado de consumo é bombardeado, de forma constante, por estratégias de engajamento cuja influência, por vezes negativa, lesa os princípios de defesa do consumidor. Mecanismos publicitários podem beirar o ilegítimo e ser considerados abusivos no exercício da liberdade de iniciativa⁵¹⁰ dentre as atividades exercidas dentro do mercado de consumo. Embora a publicidade, cuja tendência é de otimização das vendas, seja fruto da liberdade geral de ação, ela não poderá incorrer em abuso em vista do exercício regular do direito, uma vez que o abuso de direito configura ato ilícito no Código Civil⁵¹¹ e no Código de Defesa do Consumidor⁵¹².

⁵¹⁰ Artigo 170, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁵¹¹ Artigo 187 do Código Civil de 2002. BRASIL. **Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.

⁵¹² Artigo 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do con-

Em decorrência à premência dos fornecedores à veiculação publicitária, muitos anúncios configuram hipótese de publicidade enganosa ou abusiva, que, por sua vez, são consideradas práticas abusivas⁵¹³. É exatamente o caso da publicidade comportamental, quando assume o papel de uma conduta ou postura, notadamente na fase pré-contratual, que agride os direitos do consumidor, da intimidade e da vida privada, nesse caso. Em um caso como esse, é o desrespeito aos direitos do consumidor que torna a prática abusiva.

Assim, para fins de caracterização da publicidade comportamental, a prática abusiva é determinada quando viola direitos ou princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor (v.g. princípio da vulnerabilidade⁵¹⁴), e, até mesmo, na Constituição Federal (v.g. o direito à intimidade ou à vida privada⁵¹⁵).

Em primeiro lugar, no que tange aos princípios consumeristas, o artigo 4º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, cuja disposição refere-se à Política Nacional das Relações de Consumo, trata da coibição e da repressão de todos os abusos praticados no mercado de consumo, até mesmo a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam vir a lesar os consumidores. Dessa forma, tal artigo encaixa-se perfeitamente nas necessidades proibitivas da publicidade comportamental, seja pela proibição da concorrência desleal, seja pela coibição da utilização indevida da tecnologia.

Em segundo lugar, o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, caracteriza a intimidade e a

sumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 3 fev. 2020.

⁵¹³ ALVES, Fabrício Germano. **Análise jurídica da comunicação publicitária no microsistema consumerista brasileiro**. Tese de Doutorado. Sociedad Democrática, Estado y Derecho. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), Donostia-San Sebastián, Espanha. 2014, p. 183.

⁵¹⁴ Artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

⁵¹⁵ Artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

vida privada como direitos invioláveis. Ou seja, é expressamente proibido que informações pessoais de indivíduos, aqui tratados como consumidores, sejam violadas e, muito menos, utilizadas para fins de alcance publicitário efetivo.

É nesse contexto que nasce a Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709/2018⁵¹⁶, que altera a Lei nº 12.965/2014, Marco Civil da Internet. Dessa forma, é de basilar importância correlacionar determinados artigos das duas Leis, os quais referem-se a três grandes pilares: a garantia à liberdade de expressão, a inviolabilidade da privacidade e neutralidade no uso da internet⁵¹⁷.

A inviolabilidade da privacidade é garantida pelo sigilo dos dados pessoais do usuário, do que ele acessa na rede e do conteúdo de suas comunicações. Dessa forma, não é permitido monitorar ou fiscalizar os pacotes de dados transmitidos pelos usuários na internet, pois o acesso a eles necessita de ordem judicial⁵¹⁸. Sendo assim, o consumidor tem, em teoria, os seus dados efetivamente protegidos, impossibilitando o seu uso para quaisquer fins.

Dessa forma, a vedação do artigo 14 (Lei nº 12.965/2014) refere-se à proibição de os provedores das plataformas quanto à captação de registros de acesso às aplicações de internet pelo consumidor/usuário, uma vez que os provedores podem aproveitar-se desse armazenamento de dados relativos às preferências dos internautas para realizarem anúncios dirigidos conforme seus gostos pessoais (*behavioral advertising*). Enquanto o artigo 7º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados dispõe que esse recolhimento de informações deve ocorrer mediante à ausência do consumidor usuário.

É retirado, ainda, da análise de dispositivos das suas Leis que o *site*, a plataforma ou o aplicativo deve informar aos seus usuários qual o destino dos seus dados e a que se deve a sua captação⁵¹⁹. A título de exemplo, caso determinado *site* capture as buscas realizadas por um consumidor e repasse as informações

⁵¹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.709/2018**. LGPD. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 2 mai. 2020.

⁵¹⁷ TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do *e-commerce* no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015, p.92.

⁵¹⁸ TEIXEIRA, Tarcisio. *Ibid.* p.99.

⁵¹⁹ Artigo 7º, inciso VIII, do Marco civil da Internet; Artigo 9º da Lei Geral de Proteção de Dados.

a terceiros com o fito de criar publicidades específicas, deve-se divulgar esta conduta aos seus utilizadores de maneira clara e explícita. Ou seja, caso o usuário procure um determinado produto ou serviço em um *site* ou plataforma, esse bem de consumo aparecerá, posteriormente, em outros locais dentro do seu navegador⁵²⁰.

Por vezes, firmas especializadas podem comercializar listas contendo desde o nome do consumidor até a sua renda familiar, o que caracteriza, irrefutavelmente, invasão da intimidade e da privacidade humana⁵²¹, que são, reconhecidamente, direitos fundamentais constitucionais⁵²².

Por fim, para considerar definitivamente a publicidade comportamental como prática abusiva e ilegal, basta analisar a redação do *caput* do artigo 39, que utiliza a expressão "dentre outras" ao se referir às práticas abusivas, permitindo a interpretação dos seus incisos como um rol exemplificativo (*numerus apertus*)⁵²³, e não taxativo ou exaustivo (*numerus clausus*)⁵²⁴. Sendo assim, o legislador consumerista não teve como objetivo enumerar ou prever todas as espécies de práticas abusivas, mas deixar em aberto para fins de adequação às novas práticas do cotidiano, abrindo, então, espaço para a caracterização da abusividade de novas práticas como a publicidade comportamental.

3. USO DE DADOS PARA FINS DE PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL E DESENVOLVIMENTO DESIGUALITÁRIO

O ambiente virtual, no que tange ao comércio eletrônico, tornou-se propício para a disseminação publicitária, notadamente

⁵²⁰ LIMA, Glaydson de Farias. **Manual de direito digital**. Curitiba: Appris, 2016, p. 177-178.

⁵²¹ VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jeferson Luiz. **Direito e Internet: Contrato eletrônico e responsabilidade civil na web**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2014, p. 53.

⁵²² Artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵²³ CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 153.

⁵²⁴ FERNANDES NETO, Guilherme. **Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 181.

da publicidade comportamental. Em virtude da facilidade de captação de dados dos usuários, o meio cibernético pode ser encarado como uma das melhores alternativas para a publicidade específica e especializada, haja vista que a utilização dessas informações de navegação dos consumidores possibilita o estabelecimento de perfis mais fidedignos para a especificidade publicitária direcionada.

Dessa maneira, os *sites* que foram visitados pelos usuários, bem como seu conteúdo consultado ou, até mesmo, as possibilidades de aquisição de bens ou de utilização de serviços podem ser armazenados em bancos de dados informatizados, para fins de elaboração de mensagens publicitárias específicas que possuem enormes chances de se enquadrar nas necessidades do consumidor usuário⁵²⁵. Assim, devido à facilidade de captação e à possibilidade de utilização para fins de publicidade comportamental, os dados dos consumidores possuem um alto valor dentro do mercado de consumo⁵²⁶ e podem vir a ser vendidos e distribuídos para fornecedores terceiros.

3.1 PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL E UTILIZAÇÃO DOS COOKIES

Apesar de a evolução da tecnologia ser caracterizada pela busca do bem-estar salutar das sociedades, a multiusabilidade das ferramentas do meio virtual enseja o prejuízo dos usuários mais leigos e vulneráveis⁵²⁷, muitos deles enquadrados dentro do conceito de consumidor. Assim, em virtude da possibilidade de utilização de determinados mecanismos pelos fornecedores anunciantes para fins de captação abusiva dos consumidores por meio da publicidade comportamental, torna-se necessária a criação de ferramentas jurídicas que regulamentem, regularizem e norteiem o julgo desses fatos.

⁵²⁵ ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Danilo Doneda). **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 62.

⁵²⁶ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma. In: RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coord.). **Derecho y redes sociales**. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 89.

⁵²⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

O posicionamento normativo e protetivo em relação às questões de segurança virtual por parte do Estado é extremamente necessário para esse tipo de problemática que dificulta a atuação pessoal do consumidor, uma vez que nada pode ser feito pela maioria dos usuários para impedir a captação dos seus dados. Mesmo assim, cabe também ao consumidor avaliar e identificar se determinada plataforma ou *site* são seguros para a inserção dos seus dados pessoais, com o fito de evitar danos pela utilização equivocada de determinada ferramenta.

Entretanto, o verdadeiro empecimento é relativo à falta de aviso do fornecedor no que se refere a essa captação. Muitas vezes o consumidor não tem ciência de que os seus dados pessoais estão sendo utilizados, o que pode vir a configurar abusividade. Ou seja, não tem capacidade ou a devida competência para avaliar se os seus dados estão sendo captados ou não pelas ferramentas das plataformas.

No espectro internacional, a Lei dos Cookies⁵²⁸, em Portugal, dispõe que qualquer site em território europeu tem de avisar e obter consentimento dos usuários antes de usar *cookies* – pequenos ficheiros de texto que podem ser utilizados por *websites* para deixar a experiência do consumidor mais específica ao seu perfil, por meio da captação de dados.

Assim, ao constatar a necessidade de proteção da intimidade e da vida privada por meio da garantia da não captação indevida dos dados virtuais, começaram a surgir, no ordenamento jurídico brasileiro, legislações específicas que regulamentam a utilização das informações privadas dos consumidores, mas não, ainda, regulamentações no que se refere à prática da publicidade comportamental. O Marco Civil da Internet, por exemplo, iniciou a deliberação sobre a captura de dados e, posteriormente, a sua atualização feita pelos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados⁵²⁹ intensificou a proteção.

Embora a vigência dessas leis supostamente garanta a não utilização indevida dos dados dos consumidores usuários para

⁵²⁸ PORTUGAL, **Lei nº 46, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o consentimento do usuário na utilização dos cookies. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=1788&pagina=1&ficha=1. Acesso em: 26 mar. 2020.

⁵²⁹ BRASIL. **Lei nº 13.709/2018**. LGPD. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 2 mai. 2020.

fins de publicidade comportamental, a problemática gira em torno da obrigatoriedade de aceitação dos termos relativos à utilização dos *cookies*. Ou seja, por serem uma espécie de algoritmo usual de plataformas de comércio eletrônico (*e-marketplace*) que os consumidores não têm conhecimento da sua real função, ferramentas, como a *Unity*, podem vir a utilizar os *cookies* e impossibilitar o acesso do usuário caso a política de captação não seja aceita⁵³⁰:

Você reconhece e concorda que, acessando ou usando o site ou os serviços, ou publicando qualquer conteúdo de usuário no site ou através dos serviços, você estará indicando que leu, compreendeu e concorda em se vincular a estes termos, tendo você se registrado ou não no site. se não concordar com estes termos, então você não terá direito de acessar ou usar o site, serviços, conteúdo ou conteúdo do usuário. [...]

Ademais, apesar de a plataforma disponibilizar uma quantidade muito grande de informações acerca do uso dos dados do consumidor no seu contrato de política de privacidade⁵³¹, o consumidor não é devidamente instruído para lidar com a gravidade da utilização dos seus dados pessoais. Ou seja, o usuário pode fornecer total acesso ao fornecedor e acabar por ter suas informações pessoais disseminadas dentro desse sistema de comércio, seja para fins de estruturação da plataforma para personalizar a experiência, seja com o fito de praticar a publicidade comportamental ou, até mesmo, para venda desses dados para fornecedores parceiros.

A problemática também se refere à vantagem manifestadamente excessiva dentro do mercado concorrencial, e não somente no mercado de consumo, haja vista que o fornecedor que se utiliza da captação ilegal de dados dos consumidores para fins de publicidade direcionada acaba por desenvolver uma vantagem em detrimento dos outros

⁵³⁰ UNITY. **Termos de uso da Unity**. 2013. Disponível em: <https://unity3d.com/pt/legal/terms-of-use>. Acesso em: 27 mar. 2020.

⁵³¹ UNITY. **Privacy Policy**. 2020. Disponível em: <https://unity3d.com/legal/privacy-policy>. Acesso em: 27 mar. 2020.

fornecedores que cumprem estritamente a normatização jurídica vigente.

Mais ainda, o fato de o Brasil não possuir ainda uma regulamentação direcionada para a regulação desse tipo de campanha publicitária não significa que o fornecedor não está descumprindo princípios constitucionais e consumeristas como a garantia da intimidade e da privacidade (artigo 5º, inciso X, CF), da ordem econômica (artigo 170, *caput*, CF), da livre concorrência (artigo 170, inciso IV, CF), da proibição da publicidade abusiva (artigo 37, *caput*, CDC), da coibição e da repressão praticados contra os consumidores (artigo 4º, inciso VI, CDC), entre outros.

3.2 PRINCÍPIO DA LEALDADE PUBLICITÁRIA E CONCORRÊNCIA DESLEAL

Em virtude do crescimento do consumo potencializado pelo desenvolvimento econômico do século XXI, começaram a surgir um conjunto de disposições normativas na busca pelo impedimento da proliferação da concorrência desleal, bem como uma série de condicionantes sociológicos e de estudos das massas para que os consumidores fossem induzidos ao consumo⁵³².

Dessa forma, a problemática no que se refere à concorrência mercadológica se torna maior quando o Princípio da Lealdade Publicitária é analisado. Esse princípio objetiva garantir a proteção de dois dispositivos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, enquadrados como princípios gerais da atividade econômica: a defesa do consumidor (artigo 170, inciso V) e a livre concorrência (artigo 170, inciso IV).

Quando um fornecedor anunciante cumpre todos os dispositivos do microsistema consumerista, ele atende o Princípio da Lealdade Publicitária. Assim, não deve ser empregado qualquer técnica, ferramenta ou mecanismo que possa causar confusão ou desequilíbrio dentro do mercado de consumo e concorrencial ou utilizar qualquer estratégia com o fito de ludibriar o consumidor ao aproveitar-se da sua vulnerabilidade, como é

⁵³² REYES LÓPEZ, María José. La protección del consumidor en el ordenamiento jurídico. In: REYES LÓPEZ, María José (Coord.). **Nociones básicas de derecho de consumo**. Valencia: Práctica de Derecho, 1996, p. 13.

o caso da publicidade comportamental. Ou seja, esse tipo de publicidade que se utiliza da captação abusiva dos dados descumpra o princípio da lealdade publicitária, desequilibrando diretamente a concorrência e desregulando o mercado.

Em suma, a disposição normativa contida no artigo 4º do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária determina que todo anúncio deve respeitar os princípios da concorrência leal geralmente aceitos no mundo dos negócios⁵³³. Isto é, tal Código observa, notadamente, o princípio constitucional da livre concorrência quanto à veiculação de campanhas publicitárias, o que significa que a publicidade comportamental utilizada indevidamente e sem anuência do consumidor acaba por lesar tanto a privacidade e a intimidade deste, como desequilibrar o mercado concorrencial, à medida que gera vantagens desproporcionais sobre outros fornecedores, prejudicando o desenvolvimento igualitário das atividades dos concorrentes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido ao surgimento e ao desenvolvimento do comércio eletrônico, as relações jurídicas de consumo atingiram um espectro mais elevado no que se refere à disseminação das necessidades consumeristas. A velocidade e a desburocratização dessas relações tornaram-se algo essencial dentro das plataformas de *marketplace* e influenciaram positivamente o desenvolvimento do mercado. Dessa forma, a premência fornecedora em comercializar seus produtos e serviços de maneira rápida e eficaz fez com que novas formas de disseminação fossem adotadas, como a publicidade comportamental (*behavioral advertising*).

Dessa maneira, para caracterizar a relação de consumo simplesmente pela utilização da publicidade, foi instituído o conceito de consumidor por equiparação no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, cuja incidência dá-se quando ocorre a exposição a práticas comerciais, dentre as quais se destaca a comunicação publicitária.

⁵³³ BRASIL. Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária Código e Anexos, 1978. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 10 mar. 2020.

A publicidade comportamental (*behavioral advertising*) constitui um tipo de prática de captação dos dados dos consumidores para que os anúncios publicitários tenham mais eficácia, uma vez que o conteúdo é desenvolvido considerando as peculiaridades de consumidores específicos de forma fidedigna ao seu padrão comportamental de navegação no meio cibernético.

No que tange à abusividade da *behavioral advertising*, a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro deve ser fielmente estabelecida, haja vista que a intimidade e a vida privada dos consumidores usuários está sendo lesada à medida que tal publicidade é utilizada no comércio eletrônico por meio da utilização de *cookies* pelas plataformas de *marketplace*.

Entretanto, apesar de o Código de Defesa do Consumidor ainda ser omissivo referente à publicidade comportamental, não há impossibilidade de regulação desse tipo de mecanismo tecnológico por parte do microsistema de proteção e defesa do consumidor. Isso ocorre porquanto todas as espécies publicitárias estão submetidas aos princípios instituídos no Código e, mais ainda, a regulação pode ser norteada pelos princípios contidos no Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária e nos seus Anexos, no Marco Civil da Internet, bem como na Lei Geral de Proteção de Dados.

Sendo assim, a publicidade comportamental, ao captar os dados dos consumidores e direcionar os anúncios de maneira específica, acaba por estabelecer uma vantagem indevida sobre os outros fornecedores do mercado que se submetem à normatização jurídica. Portanto, a prática pode prejudicar o desenvolvimento igualitário do mercado concorrencial (concorrência desleal), acarretando o desequilíbrio das relações mercadológicas entre os fornecedores.

Por fim, com o fito de garantir a eficiência da defesa do consumidor no que se refere às campanhas publicitárias de natureza comportamental, é necessário que a atuação dos órgãos voltados à proteção e à defesa do consumidor seja intensificada. Isso pode ser feito por intermédio de atuações isoladas de órgãos, como os PROCONS, que promovem a tutela administrativa do consumidor, ou conjuntas com o Poder Judiciário e, mais ainda, particularmente no aspecto publicitário, o Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária (CONAR) pode também promover a fiscalização.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVES, Fabrício Germano. **Análise jurídica da comunicação publicitária no microsistema consumerista brasileiro**. Tese de Doutorado. Sociedad Democrática, Estado y Derecho. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), Donostia-San Sebastián, Espanha. 2014.
- ALVIM, Arruda *et al.* **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (org.) **Publicidade e defesa do consumidor**. Natal: Edufrn, 2015.
- AMA. **American Marketing Association**. Página da internet. 2017. Disponível em: <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/>. Acesso em: 17 fev. 2020.
- ANDRIGUI, Fátima Nancy Andrigui. O código de defesa do consumidor pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). **20 anos do código de defesa do consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno**, São Paulo: Atlas, 2010.
- BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista direito do consumidor**. São Paulo, n. 2, p 7-51, abr./jun., 1992.
- BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos**, 1978. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 3 fev. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.709/2018**. LGPD. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 2 mai. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 493.181/SP**. Rel. Min. Denise Arruda. DJ 15/12/2005. DP 01/02/2006. Acesso em: 1 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 519.310/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 20/04/2004. DP 24/05/2004. Acesso em: 1 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **acórdão n.1188548, 07104893320178070020**, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, DJ 25/07/2019. DP 02/08/2019. Acesso em: 1 mai. 2020.

CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: AIDE, 2000.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CASAS, A. L. L. **Marketing de serviços**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CZINKOTA, Michael R.; DICKSON, Peter R.; DUNNE, Patrick; GRIFFIN, Abbie. **Marketing**: as melhores práticas. Porto Alegre: Bookman, 2002.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

EHRENBERG, Andrew; BARNARD, Neil; KENNEDY, Rachel; BLOOM, Helen. Brand advertising as creative publicity. **Journal of Advertising Research**, 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/260555133_Brand_Advertising_As_Creative_Publicity. Acesso em: 28 mar. 2020.

ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Danilo Doneda). **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor**: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: análise, planejamento, implementação e controle. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Procedimentos didáticos. In: LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

LARA GONZÁLEZ, Rafael; ECHAIDE IZQUIERDO, Juan Miguel. **Consumo y derecho**: elementos jurídico-privados de derecho del consumo. Madrid: Esic, 2006.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. **Derecho de consumo**: protección legal del consumidor. Madrid: El Derecho, 2011.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. **Manual sobre protección de consumidores y usuarios**. 3. ed, Madrid: Dykinson, 2007, p. 55.

LEÓN ARCE, Alicia de; MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen; AZA CONEJO, M^a Jesus. **Derecho de consumo**. Barcelona: Fórum, 1995.

LIMA, Glaydson de Farias. **Manual de direito digital**. Curitiba: Appris, 2016.

LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma. In: RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (Coord.). **Derecho y redes sociales**. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2013.

MIRANDA SERRANO, Luis María. La contratación a distância de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE. In: MIRANDA SERRANO, Luis María; PAGADOR LÓPEZ, Javier (coord.). **Derecho (privado) de los consumidores**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade civil no Código do consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

PEGUERA POCH, Miguel. Publicidad online basada em comportamento y protección de la privacidad. In: RALLO LOMBARTE, Artemi; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (coord.). **Derecho y redes sociales**. 2. ed, Navarra: Aranzadi, 2013.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Direito da Internet e comércio eletrônico**. Lisboa: Quid Júris, 2001.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTUGAL, **Lei n° 46, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o consentimento do usuário na utilização dos cookies. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=1788&pagina=1&ficha=1. Acesso em: 26 mar. 2020.

REYES LÓPEZ, María José. La protección del consumidor en el ordenamiento jurídico. In: REYES LÓPEZ, María José (Coord.). **Nociones básicas de derecho de consumo**. Valencia: Práctica de Derecho, 1996.

REYES LÓPEZ, María José. **Manual de derecho privado de consumo**. 2. ed. Madrid: La Ley, 2012.

RIZZATTO NUNES, Luis Antônio. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. **Direito e internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SHARP, B. **How brands grow**: What marketers don't know. Victoria: Oxford University Press, 2010.

SILVA, Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do *e-commerce* no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

UNITY. **Privacy Policy**. 2020. Disponível em: <https://unity3d.com/legal/privacy-policy>. Acesso em: 27 mar. 2020.

UNITY. **Termos de uso da Unity**. 2013. Disponível em: <https://unity3d.com/pt/legal/terms-of-use>. Acesso em: 27 mar. 2020.

VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jeferson Luiz. **Direito e Internet**: Contrato eletrônico e responsabilidade civil na web. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2014.



CAPÍTULO 12

PRINCIPAIS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SETOR FINANCEIRO

Washington Portugal G. Souza Júnior⁵³⁴

RESUMO: A necessidade de regulação da coleta dos dados pessoais e a preocupação com o sigilo, manutenção e segurança desses dados constituem grandes desafios do século XXI. Os agentes do setor financeiro são partes protagonistas nesse cenário, cuja função essencial exige a utilização cotidiana desses dados. Com o fim de dispor sobre essa matéria, a Lei nº 13.709, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, foi aprovada em agosto de 2018 e tratou da proteção desses dados, bem como estipulou regras específicas para o cumprimento pelos agentes do processo. Dessa forma, o presente artigo visa a apresentar uma análise dos impactos causados pela citada lei, especificamente em empresas do setor financeiro, bem como suas implicações e recomendações de mudanças nas políticas públicas para redução desses impactos.

Palavras-chave: Setor financeiro. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. LGPD.

INTRODUÇÃO

As inúmeras inovações tecnológicas presenciadas no século XXI retratam a existência de uma era digital, elevando a conectividade de pessoas através do transporte de dados entre plataformas informatizadas. Os dados usados nestas plataformas informatizadas, muitas vezes, são pessoais e coletados de usuários da internet para fins diversos. A origem da coleta desses dados pode ser a partir de compras *online*, cadastros em sites diversos e, até mesmo, de acessos e publicações realizadas em redes sociais.

A destinação dos dados e seus beneficiários são fatores extremamente preocupantes na obtenção de dados na internet.

⁵³⁴ Arquiteto de sistemas no setor financeiro de prevenção de fraudes e engenharias. Especialista em Gestão de Projetos de Engenharia e graduado em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário UNA de Belo Horizonte. E-mail: portugalw@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6808520350484146>.

Diversas empresas que monitoram, gerenciam e analisam informações pessoais têm como objetivo desencadear uma estratégia de expansão de negócio, construindo experiências personalizadas para seus clientes ou utilizadores de suas plataformas, mas nem sempre se preocupam com a segurança e anonimização dos dados.

Estas plataformas podem ter uma importância crítica para a empresa ao obrigar a realização de projetos e processos que visam a assegurar a disponibilidade e integridade das informações. Nesse mesmo intuito, garantir a segurança dos dados pessoais no ambiente *online* é um ponto essencial para a continuidade da existência dessas empresas, além de garantir a privacidade dos dados pessoais.

Roncolato, em sua contribuição ao Nexo Jornal⁵³⁵, mostra que no início do ano de 2018 ocorreu um dos maiores escândalos da história de venda indevida de informações pela empresa *Cambridge Analytica*, reportada por jornalistas do *The New York Times*, onde foram disponibilizados dados de milhões de americanos. A *Cambridge Analytica* é uma empresa que trabalhou no apoio às campanhas pró-Brexit, no Reino Unido e na campanha política de Donald Trump, nos EUA⁵³⁶.

No Brasil, o setor financeiro é um grande utilizador de dados pessoais devido à realização da coleta e compartilhamento entre fornecedores de serviços de base tecnológica, bancos, *fintechs*⁵³⁷, birôs de crédito, dentre outros. Por isso, é necessária a transparência das empresas em relação à coleta, uso, compartilhamento e segurança dos dados dos usuários, além da cautela na segurança destes dados e sigilo de informações.

⁵³⁵ RONCOLATO, Murilo. **O uso ilegal de dados do Facebook pela Cambridge Analytica e o que há de novo.** Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/03/19/O-uso-ilegal-de-dados-do-Facebook-pela-Cambridge-Analytica.-E-o-que-h%C3%A1-de-novo>. Acesso em 23 nov. 2018.

⁵³⁶ O caso do vazamento de dados de mais de 80 milhões de pessoas pela empresa Cambridge Analytica é elucidado pelo Murilo Roncolato. Essa empresa contribuiu para influenciar a população em marcos importantes da história americana e inglesa.

⁵³⁷ Fintech é um termo em inglês resultante da junção das palavras “financeiro” (financeiro) e a abreviação de “technology” (tecnologia). Geralmente são startups formadas do setor financeiro com forte diferencial de serviços.

Para tal, a Lei nº 13.709/18, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), sancionada pelo Presidente da República em 2018, Michel Temer, estabelece normas rigorosas para garantir a proteção e a privacidade dos dados pessoais⁵³⁸. Sancionada no dia 14 de agosto de 2018, a nova lei causará impacto nas empresas que trabalham com dados de consumidores dos mais diversificados setores.

O presente artigo visa a analisar alguns dos principais impactos causados pela LGPD em empresas do setor financeiro, suas implicações e algumas mudanças necessárias para a adaptação das políticas públicas relacionadas a essa temática. Serão esclarecidas algumas características do setor financeiro, abordando a evolução e expansão com a era digital, como os dados são utilizados, novas responsabilidades e mitigação de riscos para que as empresas do setor estejam prontas para o início da vigência da lei.

1. AS CARACTERÍSTICAS DO SETOR FINANCEIRO E SUAS PRÁTICAS

De acordo com Castro (2018), o ano de 2008 foi representado pelo marco da crise financeira global e conseqüente repercussão na falência do banco de investimentos Lehman Brothers, além de ter sido a maior crise do capitalismo desde 1929. Apesar da crise ter se iniciado no setor imobiliário, também refletiu, de maneira mais amplificada, no mercado financeiro.

No ano de 2013, com o fenômeno das *fintechs*, uma nova era no setor financeiro começa a surgir. No Brasil, em 2016, o setor financeiro era representado por cinco grandes brancos que concentravam cerca de 82% dos ativos, conforme pesquisa realizada pelo Banco Central⁵³⁹.

⁵³⁸ BRASIL, **Lei 13.709 de 14 agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em 07 nov. 2018.

⁵³⁹ Banco Central do Brasil. **Relatório de Economia Bancária de 2018**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/contendo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Apresentacao%20Relatorio%20Economia%20Bancaria.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

Em entrevista ao jornal Folha de São Paulo⁵⁴⁰, Otávio Damaso, diretor de regulação do Banco Central, declarou que entre 2003 e 2010 houve uma crescente na gama de ofertas de produtos bancários, resultando em um aumento do número de pessoas com acesso a crédito e novos serviços, período o qual foi denominado de inclusão.

No ano de 2013, o acesso digital se tornou uma poderosa porta para a expansão das operações financeiras, cujo reflexo pode se ver no surgimento dos bancos digitais. De acordo com Damaso, a era digital quebra a barreira da entrada de novos bancos de varejo: a necessidade da instalação de agências. Ainda neste conjunto de circunstâncias, a competição entre bancos e *Fintechs* tende a aumentar cada vez mais, principalmente na competição do lançamento de novas experiências com o consumidor, com produtos cada vez mais inteligentes.

De acordo com a Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2018 (ano-base 2017), o valor destinado pelos bancos a investimentos e despesas em tecnologia no Brasil cresceu 5% em relação a 2016 – somando R\$ 19,5 bilhões⁵⁴¹. O volume total de investimentos e despesas cresceu com foco em desenvolvimento de softwares e sustentação na criação de soluções e serviços.

A pesquisa ainda revela que o foco é na oferta de novos serviços e experiências tecnológicas, incluídos investimentos em inteligência artificial e computação cognitiva, visando a uma melhoria contínua na jornada dos consumidores. Outro foco é no investimento em *analytics*, que são um conjunto de análises de dados coletados de usuários através das plataformas que geram padrões comportamentais e resultam no traço de perfis dos consumidores.

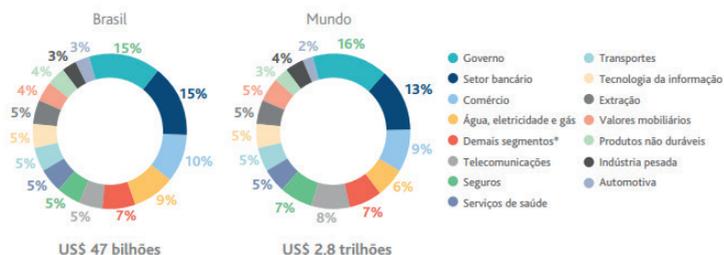
O perfil do usuário consumidor de produtos financeiros é de forte engajamento com o *mobile banking*. De acordo com uma

⁵⁴⁰ CARNEIRO, Mariana. **Concentração bancária irá enfrentar desafios das fintechs**. Matéria do jornal Folha de São Paulo realizada em setembro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/09/concentracao-bancaria-ira-enfrentar-desafios-das-fintechs.shtml>. Acesso em: 06 dez. 2018.

⁵⁴¹ FEBRABAN. **Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2018**, p. 9. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_2018_Final.pdf. Acesso em: 28 nov. 2018.

pesquisa realizada pela FEBRABAN, no ano de 2017, a quantidade de contas movimentadas no canal mobile se igualou ao de contas movimentadas por *internet banking*, totalizando 59 milhões em cada canal. Cerca de 1,6 milhão de contas foram abertas por canais *mobile* no Brasil no mesmo ano⁵⁴². Dessa forma, o setor bancário é o que mais investe no ramo da tecnologia e possui uma elevada capacidade de processamento de dados, como é exposto pela pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária:

Figura 1: Composição dos gastos em tecnologia no Brasil e no Mundo em 2017 (em %)



Fonte: FEBRABAN⁵⁴³.

Com esse elevado acesso à informação e a crescente evolução tecnológica no setor, o acesso aos dados armazenados dos consumidores se torna cada vez mais preciosos. Por isso, é importante que o usuário entenda para qual finalidade seus dados estão sendo gravados e usados posteriormente, inclusive em dados pessoais e financeiros.

Luca Belli, em matéria para o jornal O Globo, afirma que toda vez que alguém instala um aplicativo no celular ou acessa um site, tem que concordar com os termos de uso, o que pode ser comprometedor se não há a devida compreensão de que, ao assinar aqueles termos, o indivíduo dá o direito à mineração de

⁵⁴² Ibid., p. 16.

⁵⁴³ FEBRABAN. **Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2018**. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_2018_Final.pdf. Acesso em: 28 nov. 2018.

seus dados, sem mesmo entender como eles serão armazenados e usados⁵⁴⁴.

Dessa forma, percebe-se que o setor financeiro está cada vez inclinado para a aplicação de novas tecnologias, por isso realiza diversos investimentos com o intuito de melhorar a experiência do usuário final, captar novos clientes e oferecer serviços diferenciados.

2. PANORAMA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A Lei nº 13.709/2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), com início de vigência previsto para início do ano de 2020, tem como finalidade garantir a proteção dos dados pessoais dos consumidores e tornar explícito ao usuário o conhecimento de como suas informações são usadas por parte das empresas⁵⁴⁵. Dessas empresas, as instituições financeiras se destacam por processar grande quantidade de informações e, na maioria das vezes, dados confidenciais e pessoais.

Conforme artigo 2º da LGPD, a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade do titular dos dados; a garantia da liberdade de expressão, de informação, de opinião e comunicação; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; além do comprometimento com a melhoria do desenvolvimento tecnológico e econômico, dentre outros.

De acordo com o escritório de advocacia Peck Advogados, nos princípios da lei se destacam as atividades de tratamento, que precisam ter um propósito legítimo, específico e explícito,

⁵⁴⁴ BELLI, Luca. **Seus dados são o novo petróleo**: mas serão verdadeiramente seus? Matéria do jornal O Globo realizada em junho de 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/seus-dados-sao-novo-petroleo-mas-serao-verdadeiramente-seus-21419529>. Acesso em: 26 nov. 2018.

⁵⁴⁵ BRASIL, **Lei 13.709 de 14 agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 07 nov. 2018.

além de ser informado ao titular, atingido os princípios de finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, segurança, responsabilização e prestação de contas⁵⁴⁶.

O artigo 3º da LGPD estabelece que a lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional e os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

O tratamento de dados pessoais é definido no inciso X do artigo 5º da LGPD, que preconiza que tratamento é "toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração".

A Lei, todavia, não se aplica ao tratamento realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, realizado para fins exclusivamente jornalístico e artísticos ou acadêmicos, de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e repressão de infrações penais ou provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na Lei (artigo 4º, I – IV, LGPD).

⁵⁴⁶ PECK ADVOGADOS. **Começa a corrida para se adaptar à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Peck Advogados, 2018. E-book: Disponível em: https://www.peckadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/09/ADV_Ebook_LGPD_PeckAdvogados_2018.pdf. Acesso em: 27 nov. 2018.

Caso as normativas sejam descumpridas, são estabelecidas penalidades que variam de advertências até multas diárias ou únicas de 2% do faturamento da empresa (limitado a R\$ 50 milhões por infração), ainda sendo possível a determinação do bloqueio ou eliminação dos dados parte da infração (artigo 52, LGPD).

Agora, uma vez apresentado breve panorama da Lei Geral de Proteção de Dados, seus princípios, objetivos e sanções, serão analisados nos próximos parágrafos alguns dos impactos da sanção da Lei para o setor financeiro.

2.1 PRINCIPAIS IMPACTOS DA LGPD NO SETOR FINANCEIRO

Ao tratar do setor financeiro, a Lei refere-se tanto a agentes públicos ou privados que realizam operações de tratamento de dados pessoais. Dessa forma, bancos, *fintechs*, agentes públicos e privados ficam obrigados a cumprir os dispositivos presentes na lei.

Neste setor, é importante entender os riscos em relação ao uso e sigilo dos dados. Caso ocorra algum tipo de vazamento de dados pessoais, e contas de clientes fiquem expostas, resultando numa possível fraude de identidade, quais seriam os impactos e responsabilidades envolvidos no problema?

Do ponto de vista da lei, o setor financeiro deve se atentar aos impactos e realizar adequações necessárias causadas pelos pontos reunidos abaixo:

1 – Consentimento do usuário: A legislação determina que o consentimento é a "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada"⁵⁴⁷. Para obter o consentimento (sem opção de adesão automática, por exemplo), as empresas precisam deixar de forma explícita ao usuário a finalidade, incluindo o propósito do uso, para limitar a utilização para este fim. Os clientes são donos dos próprios dados.

⁵⁴⁷ Artigo 5º, XII da Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018.

2 – *Alteração e exclusão*: A lei mostra que o usuário tem direito de alterar e excluir os dados em posse das empresas⁵⁴⁸. Entretanto, Patrícia Peck, advogada especialista em Direito Digital, afirma que não são todos os casos. Um exemplo é quando a informação tem fins fiscais ou são usadas para fins de estudo por órgãos de pesquisa, desde que se mantenha a forma anônima dos dados⁵⁴⁹.

3 – *Gestão de fornecedores*: Os sistemas de informação são parte fundamental para qualquer fornecimento de serviço financeiro, trafegando dados entre diversos aplicativos. Dessa maneira, as empresas devem ter conhecimento de todo seu fluxo de dados em seus sistemas, e também de terceiros, uma vez que o consumo de serviços de fornecedores externos pelas empresas aumenta de maneira considerável a exposição e vulnerabilidade dos dados. A LGPD decreta a prestação de contas de ponta a ponta, não apenas para os bancos e *fintechs*, mas todos os envolvidos no fluxo.

4 – *Segurança*: O artigo 46 da LGPD define que: “os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado”. Portanto, toda empresa que lida com tratamento de dados deverá implementar políticas de segurança cibernética, além de notificar pública e abertamente quando houver algum problema que comprometa a segurança dos dados, ou mesmo, vazamento de informações.

5 – *Anonimização*: A anonimização é um processo de eliminação de identificadores pessoais dos dados. Um exemplo seria a remoção do IP (*Internet Protocol*) de origem da coleta daquele dado. Os dados dos usuários de sistemas financeiros devem permanecer identificáveis apenas dentro do domínio de seu uso, não sendo identificada sua origem e a quem pertence. O

⁵⁴⁸ Artigo 18, III e VI da Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018.

⁵⁴⁹ GUSMÃO, Gustavo. **O que muda com a Lei Geral de Proteção de dados brasileira aprovada por Temer**. 2018 Disponível em: <https://olhardigital.com.br/pro/noticia/o-que-muda-com-a-lei-de-protecao-de-dados-brasileira-aprovada-por-temer/77329>. Acesso em: 25 nov. 2018.

artigo 12º, §3º, da LGPD afirma que uma autoridade nacional irá dispor de padrões de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança.

De acordo com a análise da empresa Reamp,

As instituições financeiras processam dados pessoais para cumprir as suas obrigações ao abrigo de um contrato com o titular dos dados, como um contrato de conta, contrato de empréstimo ou apólice de seguro, ou porque têm a obrigação legal de o fazer.⁵⁵⁰

Assim, se os dados coletados forem para esse fim, não é necessária a legitimação.

Um outro ponto no qual as instituições devem se atentar é que, para todas as operações de tratamento de dados que não estão incluídas na execução do contrato, as instituições financeiras deverão conter o consentimento do titular dos dados para cada tipo de processamento realizado. Portanto, segundo a Reamp Academy (2018), as responsabilidades do departamento financeiro deverão tratar do:

Arquivamento: As empresas deverão manter um histórico de faturas e outras informações com forte gerenciamento. Estes registros devem ser conservados sem alterações durante certo período de tempo, como prevê a lei.

Acesso à informação: Os clientes ou fornecedores podem solicitar a qualquer momento o registro de seus dados pessoais. Os dados devem ser entregues em formato legível e reutilizável.

Remoção de registros: Os dados mantidos poderão ser removidos a qualquer momento. Nota-se que aqui o setor financeiro encontra um desafio enorme, já que a remoção dos dados pode afetar outros registros.

⁵⁵⁰ REAMP. **Como a LGPD afeta o departamento financeiro?** São Paulo: Reamp, 2018. Disponível em: <http://reamp.com.br/academy/2018/10/como-a-lgpd-afeta-o-departamento-financeiro/>. Acesso em: 26 nov. 2018.

Processamento de documentos: as fases do fluxo do documento financeiro (geração, recebimento, aprovação) devem garantir a segurança dos dados.

Portabilidade de dados: O usuário é dono dos dados, podendo, assim, utilizar seus dados pessoais em outro provedor ou serviço financeiro. As empresas do setor devem, de forma aberta, criar canais que externam os dados para serem consumidos em outros sistemas.

Dessa forma, percebe-se a variedade de procedimentos que são exigíveis pela Lei na disciplina da proteção dos dados. Sendo assim, como agentes diretamente envolvidos nessa matéria, o setor financeiro terá que realizar adequações de sistemas e suas políticas de uso para cumprir as exigências estabelecidas pela LGPD.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a nova era digital é responsável pelo aumento do consumo de informações em diversos setores. Os usuários de plataformas digitais possuíram seus dados comprometidos ao longo do tempo, devido às falhas de segurança, problemas com políticas de uso de dados, falta de uma regulação que protegesse seus dados pessoais e, também, por mero desconhecimento do valor que seus dados podem representar, já que estes dados podem ser capazes de mudar o rumo de países de primeiro mundo.

Com a LGPD, os sistemas que geram e processam dados precisarão ser examinados, revistos e atualizados para cumprir todas as normas que visam a proteger os dados pessoais e punir quem descumpra tal regulação. Estas atualizações serão benéficas ao usuário, dando maior poder ao real dono da informação.

Das mudanças necessárias, a portabilidade de dados pode exprimir um real valor de liberdade aos usuários, pois dá lugar ao *Open Banking*, que é o compartilhamento das informações dos clientes das instituições financeiras. Dessa forma, a LGPD,

além de fornecer segurança, gerará autonomia através do avanço tecnológico ao incluir um novo conceito nórdico, chamado *MyData*⁵⁵¹, que tem como um dos princípios manter o controle da dados no ser humano.

Como as novas regras interagem com quase todas as esferas de negócio, durante essa transação e adequação, todos os envolvidos, desde equipes até executivos, deverão criar planos estratégicos para manter os documentos financeiros de maneira privada, reservada e de forma sigilosa, na busca da aplicação das melhoras práticas de segurança.

Assim também, importante ressaltar que dados financeiros são sensíveis por conter detalhes sobre transações de diversos setores, já que os bancos possuem dois ativos muito valiosos: informação e o capital de terceiros, o que aumenta ainda mais a responsabilidade dos agentes envolvidos nesse procedimento e a necessidade de cumprimento das normas criadas.

Dessa maneira, conclui-se que garantir a proteção dos dados causará um impacto considerável no setor financeiro e exigirá novas políticas e mecanismos de proteção, além da responsabilidade de todos envolvidos na manutenção destes dados.

Assim, as instituições deverão adotar diferentes maneiras de armazenamento destes dados, de modo a garantir que não estarão concentrados em um só local, dificultando, assim, a perda em massa num possível ataque.

Assim, entende-se que é devida a posição brasileira de preocupação com a proteção dos dados, uma vez que o país é o segundo em números de crimes cibernéticos, como aponta a Robert Muggah, em matéria da *Foreign Affairs*⁵⁵².

⁵⁵¹ POIKOLA, Antti; KUIKKANIEMI, Kai; HONKO, Harri; MyData. **Um modelo nórdico para gestão e processamento de dados pessoais centrado no ser humano**. Disponível em: https://internet-governance.fgv.br/sites/internet-governance.fgv.br/files/publicacoes/selecao_novo.pdf. Acesso em 01 dez. 2018.

⁵⁵² MUGGAH, Robert; THOMPSON, Nathan. **Brazil's cybercrime Problem: time to get tough**. *Foreign Affairs*. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/south-america/2015-09-17/brazils-cybercrime-problem>. Acesso em 06 dez. 2018.

Dessa forma, como protagonista desse cenário, o setor financeiro será um poderoso agente na garantia de maior liberdade e proteção aos seus usuários, e na atuação da responsabilização dos *players* do mercado financeiro, de acordo com suas devidas funções e penalização conforme cabível, representando um novo marco de acesso à informação financeira e pessoal no âmbito mundial.

REFERÊNCIAS

ACADEMY, Reamp. **Como a LGPD afeta o departamento financeiro?** São Paulo: Reamp, 2018. Disponível em: <http://reamp.com.br/academy/2018/10/como-a-lgpd-afeta-o-departamento-financeiro/>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BELLI, Luca. **O que outros países ensinam sobre leis de proteção de dados.** Rio de Janeiro: Nexo Jornal, 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2018/O-que-outros-pa%C3%ADses-ensinam-sobre-leis-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília: Planalto, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 07 nov. 2018.

CARNEIRO, Mariana. **Concentração bancária irá encontrar desafios das fintechs.** Brasília: Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/09/concentracao-bancaria-ira-enfrentar-desafios-das-fintechs.shtml>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CASTRO, José Roberto. **Dez anos da crise de 2008: colapso, consequências e lições.** Nexo Jornal, 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/09/13/Dez-anos-da-crise-de-2008-colapso-consequ%C3%Aancias-e-li%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 22 nov. 2018.

CONTRERAS, María; POZZI, Sandro. **Cerco político ao Facebook nos EUA e na Europa após massivo vazamento de dados.** Londres/Nova York: El País, 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/20/internacional/1521557345_919298.html. Acesso em: 22 nov. 2018.

CRYPTOID. **Especialista em Compliance alerta que o mercado brasileiro precisa se preparar para a GDPR.** CRYPTOID, 2018. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/31537-especialista-em-compliance-alerta-sobre-a-gdpr/>. Acesso em: 07 nov. 2018.

CUNHA, Davi. **Open Banking avançado no Brasil.** Open Banking Brasil, 2018. Disponível em: <https://openbankingbrasil.com.br/open-banking/open-banking-avancando-no-brasil/>. Acesso em: 07 nov. 2018.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade A Proteção De Dados Pessoais. São Paulo: Renovar, 2006.**

FEBRABAN. **Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2018,** Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_2018_Final.pdf. Acesso em: 28 nov. 2018

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **Comentários ao GDPR.** Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Laura. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2013.

PECK ADVOGADOS. **Começa a corrida para se adaptar à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Peck Advogados, 2018. E-book: Disponível em: https://www.peckadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/09/ADV_Ebook_LGPD_PeckAdvogados_2018.pdf. Acesso em: 27 nov. 2018.

PECK, Patrícia. **Direito Digital 3.0**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PECK, Patrícia. **Parecer Contribuições para redação do anteprojeto de Lei: Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Peck Advogados, 2014. Disponível em: <http://culturadigital.br/dadospessoais/files/2011/05/Patricia-Peck-Pinheiro-Advogados-Prote%C3%A7%C3%A3ode-Dados.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

PECK, Patrícia. **Proteção de Dados Pessoais - Comentários à Lei N. 13.709/2018 LGPD**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SECURITY REPORT. **Resolução 4.658 e LGPD: O que os Bancos precisam fazer?** São Paulo: Revista Security Report, 2018. Disponível em: <http://www.securityreport.com.br/destaques/resolucao-4-658-e-lgpd-o-que-os-bancos-precisam-fazer>. Acesso em: 08 nov. 2018.

ZACHARIADIS, Markos; OZCAN, Pinar. **The API Economy and Digital Transformation in Financial Services: The Case of Open Banking**. Londres: Swift Institute, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2975199. Acesso em: 07 nov. 2018.

