

CONVÍVIO ENTRE TRANSPARÊNCIA ATIVA E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: ANÁLISE DE POSSÍVEIS IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 115 E DA LEI DO GOVERNO DIGITAL

THE INTERACTION BETWEEN ACTIVE TRANSPARENCY AND THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE PUBLIC ADMINISTRATION OF BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE POSSIBLE IMPACT OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 115 AND THE DIGITAL GOVERNMENT LAW

Vitor Silveira Pargendler

*Especialista em Direito Administrativo e Direito Anticorrupção
Técnico do Ministério Público de Santa Catarina*

RESUMO: A Lei de Acesso à Informação instituiu a transparência ativa na Administração Pública brasileira com base no direito fundamental ao acesso às informações públicas. A transparência ativa consiste no dever de divulgação de informações independentemente de solicitação. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais gerou controvérsias acerca da compatibilidade entre a transparência ativa e a proteção de dados pessoais. A Lei do Governo Digital deu maior amplitude à transparência ativa, mas restringiu-se à esfera federal. E a Emenda Constitucional 115 confere maior relevância à proteção de dados pessoais. A pesquisa se justifica em razão da necessidade de identificar de que maneira as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 115 e pela Lei do Governo Digital influem na relação de complementaridade existente entre a transparência ativa e a proteção de dados pessoais. Realizou-se pesquisa bibliográfica e utilizou-se o método indutivo. Constatou-se que a Emenda Constitucional 115 não reduziu a importância do dever de transparência ativa, sendo este instrumento de concretização do direito fundamental de acesso à informação pública, de importância equivalente ao direito de proteção de dados pessoais, devendo eventual colisão entre direitos fundamentais ser resolvida mediante ponderação. Concluiu-se também que o fato de a Emenda Constitucional 115 incluir a proteção de dados pessoais dentre as competências legislativas privativas da União pode gerar desequilíbrio entre esse direito e o de acesso à informação pública, pois a Lei do Governo Digital amplia a transparência ativa apenas no âmbito federal, não vinculando os demais entes federativos.

Palavras-chave: emenda constitucional 115; lei do governo digital; transparência ativa; proteção de dados pessoais; acesso à informação pública.

ABSTRACT: The Access to Information Law established active transparency as a principle for the Brazilian Government, based on the fundamental right to access public information. Active transparency is the duty to disclose information without the need for a request. The General Law on the Protection of Personal Data has caused controversy about the compatibility between active transparency and the protection of personal data. The Digital Government Law gave greater scope to active transparency, but was restricted to the federal sphere. Constitutional Amendment 115 makes the protection of personal data more important. This research is justified because there is a need to identify how the changes introduced by Constitutional Amendment 115 and the Digital Government Law influence the relationship between active transparency and the protection of personal data. We carried out a Bibliographic review, using the inductive method. We found that Constitutional Amendment 115 did not reduce the importance of the duty to active transparency, as this instrument, which provides the fundamental right to access government information, is of equal importance to the right to the protection of personal data. Any conflict between fundamental rights needs to be duly considered. It was also concluded that the fact that Constitutional Amendment 115 includes the protection of personal data as one of the Union's reserved legislative powers may create an imbalance between that right and that of access to public information, because the Digital Government Law only extends active transparency at the federal level, and it is not binding on the other federal entities.

Keywords: Constitutional Amendment 115. active transparency. access to information. personal data protection. access to government information.

Enviado em: 15-07-2022

Aceito em: 03-10-2022

1 INTRODUÇÃO

Em virtude da importância recentemente atribuída à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à informação pública tem sido, muitas vezes, desprestigiado, inclusive no que se refere ao dever de transparência ativa. Informações públicas têm deixado de ser disponibilizadas, sob a pretensa justificativa de estarem sendo protegidos dados pessoais (BIONI; SILVA; MARTINS, 2022, p. 10-11).

O fato de a doutrina especializada vir, em resposta, demonstrando que se trata de uma relação entre direitos que não se excluem, mas se complementam (FORTINI, 2022) parece não ser suficiente para convencer determinados entes públicos.

Nesse cenário, o necessário controle do Poder Público tem sido tratado como antagonista da proteção de dados pessoais, em uma visão reducionista desse direito, como se este fosse simplesmente uma liberdade negativa, consistente na retirada de informações de circulação da esfera pública (BIONI; SILVA; MARTINS, 2022, p. 9-10).

E é justamente a interdependência entre esses dois direitos que gera uma necessidade de permanente equilíbrio entre ambos, sob o aspecto normativo e no plano fático. Direitos fundamentais devem ser tratados pelo legislador de maneira isonômica (DONEDA, 2021, posição 7103-7111).

Daí a necessidade, no recente advento de emenda constitucional que alça a proteção de dados pessoais à posição privilegiada de direito fundamental e traz outras providências correlatas – bem como de lei federal que, supostamente, amplia o dever de transparência ativa –, de analisar detidamente o conteúdo dessas novas normas, para que se possa compreender se há ou não impacto na relação entre transparência ativa e proteção de dados pessoais, e, sendo o caso, de que forma.

A pesquisa emprega o método indutivo, com abordagem qualitativa, exploratória quanto ao objetivo e bibliográfica quanto aos procedimentos, tendo em vista a necessidade de levantamento dos posicionamentos correntes sobre o tema. Foram utilizados estudos teóricos em livros e artigos, com destaque a autores que são referência no assunto, assim como foram analisados os próprios textos legais.

Quanto ao problema abordado, busca-se, com fundamento na bibliografia corrente a respeito do tema, responder à seguinte indagação: de que forma a Emenda Constitucional 115 e a Lei do Governo Digital influem na relação entre a transparência ativa e a proteção de dados pessoais?

Para atingir, com a necessária precisão, esse objetivo geral do estudo – verificar se a Emenda Constitucional 115 e a Lei do Governo Digital influem na relação entre a transparência ativa e a proteção de dados pessoais, e, caso positivo, de que maneira –, o estudo apresenta também os seguintes objetivos específicos: analisar as normas brasileiras relacionadas ao dever de transparência ativa da Administração Pública, em especial, a Constituição da República, a Lei de Acesso à Informação e a Lei do Governo Digital; analisar as normas brasileiras relacionadas à proteção de dados pessoais, notadamente, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Constituição da República, tal como alterada pela Emenda Constitucional 115; analisar a relação entre o dever de transparência ativa e a proteção de dados pessoais; e, por fim, analisar de que maneira as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 115 e pela Lei do Governo Digital influem, sendo o caso, nessa relação.

2 A TRANSPARÊNCIA ATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei n. 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação, que foi publicada em 2011 e, em razão de sua *vacatio legis*, completou dez anos de vigência apenas em 16 de maio de 2022, como importante marco da progressiva concretização infraconstitucional das garantias fundamentais, vem gerando significativas transformações na sociedade brasileira, embora sua efetividade ainda possa ser considerada baixa (SALGADO, 2019, posição 452).

Ainda persiste no Brasil uma mentalidade pouco republicana, ligada à prática da corrupção, em que muitos agentes públicos ainda tendem a se valer dessa condição para satisfazer seus interesses privados (SALGADO, 2019, posições 411-432).

Nesse panorama, em que a obscuridade na gestão pública ainda é do interesse de muitos, atos administrativos que deixam de ser divulgados ou acessados também não podem ser fiscalizados, o que impede o adequado controle da Administração Pública.

Há íntima relação entre transparência e democracia:

Sem democracia, a informação pública torna-se uma mera aparência. Finge-se que se sabe ou sabe-se aquilo que não é verdadeiro. O acesso à informação é um resultado da nossa forma democrática e republicana de governo, garantida na CF/1988. [...] É bom que se diga que a transparência possui uma identidade notória com a democracia. Quando se está a falar desta, em algum momento, tem-se que se discursar sobre aquela. Seria a democracia, assim, o principal fundamento político da transparência. (HEINEN, 2014, p. 14-15).

A Lei de Acesso à Informação tem como pressupostos constitucionais, além do princípio da publicidade e o próprio princípio democrático apresentado no caput do art. 1º da Constituição da República, o art. 5º, incisos X, XIV e XXXIII, também da Constituição, assim como o art. 37, § 3º, II, que se refere às formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, “regulando especialmente: [...] o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”. (BRASIL, 2020).

Cabe ressaltar que o inciso X não se refere diretamente ao acesso à informação, mas à “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]” (BRASIL, 2020). Sua menção ao inciso X do art. 5º se justifica em razão de o constituinte originário já prever a necessidade de limitação recíproca entre o direito à intimidade, ou privacidade, e o direito de acesso à informação. É, aliás, o que se infere do próprio art. 37, § 3º, II, supracitado.

Maior aprofundamento no conteúdo do inciso X do art. 5º será objeto da próxima seção, por força de sua relação direta com a proteção de dados pessoais.

A concretização infraconstitucional do acesso à informação, assim, foi tardia, tendo sido precedida pela “Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação Pública”, publicada em junho de 2010 pela Organização de Estados Americanos (OEA), bem como por dezenas de projetos de lei.

E a transparência ativa é um dos instrumentos mais importantes introduzidos pela Lei de Acesso à Informação. Gera, comprovadamente, resultado positivo na redução da corrupção (SALGADO, 2019, posição 1122).

A corroborar essa afirmação, há dados estatísticos que demonstram que determinados países com elevado grau de transparência pública possuem os

menores índices de corrupção no mundo, além de contarem com Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) dentre os mais altos. Nessa pesquisa, cento e oitenta países foram classificados em escala de zero a dez, na qual quanto menor a pontuação, maior o índice de corrupção. Nova Zelândia, Dinamarca e Finlândia figuraram entre os primeiros lugares, respectivamente, com uma pontuação de 8,5 (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2019).

A mesma pesquisa constatou que, dentre os países da América Latina, as melhores colocações foram obtidas por Chile e Uruguai (Chile em 21º, com nota 7,1, e Uruguai em 57º). O Brasil foi o 106º colocado, com nota 3,5, possuindo, à época, o 79º IDH (índice 0.761).

No Brasil, no Estado do Rio Grande do Sul, foi realizada, ainda no ano de 2016, pesquisa semelhante, na qual se procurou avaliar a correlação entre o efetivo cumprimento dos direitos sociais pelos Municípios (saúde e educação) e o grau de transparência dos respectivos portais, tendo sido, de certa forma, antecipadas as conclusões daquele estudo internacional (LIMBERGER, 2016, p. 94-104).

Tais dados estatísticos reforçam a percepção de que a busca da transparência pública é fundamental para o aperfeiçoamento de nossa sociedade.

Nohara e Colombo (2019, p. 84-85) mencionam, de igual forma, diversos estudos que apontam que a transparência pública tem se mostrado uma ferramenta de suma importância de controle e combate à corrupção.

A noção de transparência ativa conta com definição legal, apresentada pela própria Lei de Acesso à Informação, em seu art. 8º:

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. [...] (BRASIL, 2011).

O § 1º do artigo apresenta um rol mínimo de informações de interesse coletivo ou geral a ser cumprido. Trata-se de dados orçamentários e financeiros, contratações e processos licitatórios, e informações que possibilitem o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras, bem como as perguntas mais frequentes da sociedade, a estrutura organizacional, telefones, endereços e horário de atendimento. O § 2º se refere à obrigatoriedade de publicação em sítio eletrônico, e o § 3º traz outras exigências.

Embora guarde estreita relação com o princípio da publicidade, tal princípio e o dever de transparência ativa não são institutos totalmente equivalentes.

Importa notar, a esse respeito, que a publicidade se refere às informações da Administração Pública – que devem ser, como é evidente, públicas.

Já a transparência, por definição, é atributo da própria Administração Pública: é, assim, transparente quando possibilita ao cidadão acessar as informações públicas.

Limberger (2022, p. 113-144) relaciona os dois princípios, afirmando que, embora a transparência não venha explícita na Constituição da República, pode ser extraída do princípio da publicidade (art. 37, caput), do princípio democrático (art. 1º) e do direito à informação (art. 5º, XXXIII), o que permite concluir que a publicidade é gênero, prevista em princípio constitucional, do qual transparência é espécie, prevista em leis infraconstitucionais.

O princípio da publicidade, assim, exige que a atividade administrativa seja pautada pela transparência, justamente para que os administrados tenham a possibilidade de aferir se está sendo conduzida corretamente ou não (MELLO, 2014, p. 88).

Além do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição da República, referido pela autora, o inciso XIV do mesmo artigo também compõe o arcabouço jurídico sob estudo:

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:

[...]

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

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...] (BRASIL, 2020).

A leitura desses dois incisos, ou mesmo apenas a do inciso XXXIII, permite compreender a existência de um direito fundamental ao acesso à informação pública (SOUZA, 2015, p. 77).

Convém ainda diferenciar transparência ativa e passiva. Esta última não compõe, diretamente, o escopo do presente estudo, embora tenha com ele rela-

ção muito próxima: diz respeito ao dever do Poder Público de oferecer respostas aos pedidos de acesso à informação, tal como regrado nos arts. 10 a 14 da Lei de Acesso à Informação.

Ainda conforme a Constituição da República, o já aludido § 2º de seu art. 216 estipula que cabe à administração pública, na forma da lei, fazer a gestão dos documentos do governo, bem como tomar as providências necessárias para possibilitar sua consulta pelos cidadãos. Tal determinação deu origem à norma que regula esse acesso, que é a Lei de Acesso à Informação.

Oportuno, ainda, mencionar que a Lei n. 14.129/2021, denominada Lei do Governo Digital, no que se refere ao dever de transparência ativa, reproduz as mesmas noções apresentadas pela Lei de Acesso à Informação.

O conceito de transparência ativa vem exposto no seu art. 4º:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XI - transparência ativa: disponibilização de dados pela administração pública independentemente de solicitações. (BRASIL, 2020).

As principais inovações apresentadas por essa lei, a respeito de transparência ativa, se encontram nos parágrafos 1º e 2º de seu art. 29, no qual são elencados diversos requisitos a serem seguidos pela Administração Pública.

Tais requisitos em nada revogam os que são preconizados pela Lei de Acesso à Informação – mesmo porque, como se verá mais adiante, a Lei do Governo Digital é aplicável apenas a entes públicos federais, ressalvada a hipótese de os demais entes federativos acolherem o mesmo sistema, mediante leis locais. Ao contrário, tem-se, ao menos na teoria, uma considerável ampliação do dever de transparência ativa.

Heinen (2022, posição 4852) demonstra que o art. 29 da Lei do Governo Digital é muito mais abrangente, ao disciplinar a transparência ativa, do que o art. 8º da Lei de Acesso à Informação.

A ampliação do elenco de informações de publicação obrigatória, na Lei do Governo Digital, representa grande avanço; cada um desses itens representa uma informação nova que passa a ser disponibilizada ao cidadão comum. E se trata de informações que nem mesmo eram consideradas pelo cidadão comum, seja em razão de seu desconhecimento, a omissão na disponibilização dessas

informações de ofício, ou em razão de resistência à disponibilização, passiva ou provocada (TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 807-808).

Já se adianta, porém, que tal disposição, assim como o restante dessa lei, não vincula os demais entes federados, como se extrai de seu art. 2º.

Além disso, a Lei do Governo Digital concilia expressamente a transparência ativa com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, mencionando esta última em diversos dispositivos.

Oportunas algumas observações sobre a Lei de Governo Digital, e não apenas quanto ao rol de exigências do art. 29.

A lei menciona expressamente o dever do gestor público de prestar contas diretamente à população sobre a gestão dos recursos públicos (artigo 3º, inciso VI) (BRASIL, 2021).

Há a intenção de conscientizar o gestor de que a prestação de contas não se faz exclusivamente aos órgãos institucionais, mas principalmente à população e, portanto, deve ser realizada de forma fácil, não empregando apenas jargão técnico. Cuida-se de uma importante mudança cultural (TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 801).

Ressalta-se, também, o incentivo ao uso dos dados abertos para a formulação de políticas públicas, de pesquisas científicas, de geração de negócios e de controle social, o que possibilita o uso de novas ferramentas tecnológicas, como as oriundas da ciência de dados e da inteligência artificial, o que pode ser útil tanto em processos decisórios quanto em avaliações de resultados (TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 801-802).

Nesse caminho, e mais especificamente quanto às exigências ampliadas de transparência ativa, o inciso XI do § 2º do art. 29 da Lei do Governo Digital impõe, por exemplo, a divulgação do “inventário de bases de dados produzidos ou geridos no âmbito do órgão ou instituição, bem como catálogo de dados abertos disponíveis”.

Trata-se da viabilização de:

[...] cruzamento de informações e dados, por meio da criação de algoritmos computacionais, inteligências artificiais e aplicação de técnicas de ciência de dados, para, dessa forma, detectar tanto cenários para uma maior eficiência da gestão pública quanto a indícios de desvio ou mau uso dos recursos públicos (TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 806).

A lei ressalta ainda, em seu artigo 15, o papel da Administração Pública e do Governo Digital na consolidação da Estratégia Nacional de Governo Digital, na esfera federal. Atualmente, a Estratégia de Governo Digital é regida pelo Decreto n. 10.332, de 28 de abril de 2020, instituída para o período de 2020 a 2022. Prevê, como exemplo, em seu objetivo 7, a implementação de políticas públicas baseadas em dados e evidências, com produção, até 2022, de quarenta novos painéis gerenciais de avaliação e monitoramento de políticas públicas. O objetivo 13, mais relevante para o assunto ora abordado, busca a integração dos portais de transparência, de dados abertos e de ouvidoria, além da ampliação e melhoria da qualidade de bases de dados abertos. Por fim, o objetivo 17 pretende fomentar a participação do cidadão na elaboração e controle social de políticas públicas (TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 802).

Há críticas, entretanto, a determinados pontos da lei. A lei teria pecado pela falta de detalhamento quanto a padrões de usabilidade; quanto a critérios de aferição da “linguagem clara e simplificada”; e no que diz respeito à classificação temática das informações, o que facilitaria a busca por assunto e poderia propiciar uma uniformização nacional dos portais (TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 810).

Enfim, são diversas as contribuições da Lei do Governo Digital para a modernização da Administração Pública federal. Muitas, como os laboratórios de inovação (iLabs) e as disposições sobre interoperabilidade de dados, contudo, vão muito além do objetivo deste estudo – embora não se descarte a possibilidade de também serem vistas, no futuro, como contribuições significativas à transparência pública.

O que mais importa destacar, porém, quanto ao dever de transparência ativa da Administração Pública, disciplinado pelas normas às quais se aludiu acima, é que tal dever, consistente na publicação de informações – ou dados, caso se tome a definição apresentada pela Lei de Governo Digital – pela Administração Pública independentemente de solicitações, se impõe como meio de concretização do direito fundamental de acesso à informação pública.

Complementarmente, válido notar que, embora haja distinção semântica entre “dado” – que é a matéria informacional bruta, não tratada – e “informação” – que é o dado tratado, organizado –, na legislação sob estudo, já no tratamento conferido pela Lei de Acesso à Informação e pela Lei Geral de Proteção

de Dados Pessoais, não há distinção, podendo os vocábulos ser tratados como sinônimos (TEÓFILO; CASTRO, 2022, posições 3180-3188).

3 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como se constatará, à proteção de dados pessoais também foi dada posição de destaque no ordenamento jurídico.

A Lei n. 13.079/2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, oferece resposta a significativo anseio social, embora de desenvolvimento bem mais recente, se comparado com o acesso à informação.

Como consequência da implementação, no plano internacional, do modelo de negócios da economia digital, o qual depende de intensos fluxos de dados, viabilizados pela globalização e pelos avanços tecnológicos, surgiu a necessidade de remodelar o compromisso das instituições com os indivíduos, em especial no que se refere a direitos fundamentais como o da privacidade (PINHEIRO, 2020, posições 296-300).

Sob tal conjuntura, deu-se um intenso debate sobre o tema, liderado pela União Europeia, que consolidou, em 2018, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), buscando proteger as pessoas físicas quanto ao tratamento de seus dados pessoais e à livre circulação desses dados, o que recebeu a denominação técnica de *free data flow* (PINHEIRO, 2020, posições 306-312).

A aprovação da GDPR gerou um legítimo “efeito dominó”, dada a necessidade de sociedades empresárias e países não integrantes da União Europeia adotarem regulamentos e leis de mesmo nível, para que não sofressem nenhum tipo de barreira comercial ou dificuldade para negociar com países integrantes daquela união aduaneira; uma nação da América Latina, no atual contexto econômico, nem poderia arcar com as consequências dessa omissão (PINHEIRO, 2020, posição 312).

E nesse cenário, o legislador brasileiro avançou no trato da matéria, que conta também com o Marco Civil da Internet, positivado na Lei n. 12.965/2014 e parcialmente revogado pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. O Marco Civil da Internet, entretanto, não regula o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, da forma como faz a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

A entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em sua integralidade, se deu em 24 de agosto de 2020, data em que completou vinte e quatro meses de publicação, tendo em vista sua excepcionalmente longa *vacatio legis*.

Retrocedendo a análise à Constituição da República, esta traz, em seu art. 5º, inciso X, o direito fundamental à intimidade, e também à da vida privada. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, por seu turno, fala em privacidade, apenas, sem distingui-la da intimidade.

De acordo com Tavares (2015, p. 530), embora a Constituição da República não tenha optado pela concepção genérica do direito à privacidade como um conceito guarda-chuva, no qual são abrangidos diversos direitos – mas sim pelo tratamento autônomo de cada um dos direitos mencionados –, não há empecilho para a utilização da expressão “direito à privacidade”, no plano doutrinário e pedagógico, para se referir a tal conjunto de direitos.

Doneda (2019, posição 1556-1598) traz opinião similar, afirmando que a utilização de dois termos diversos no texto constitucional (intimidade e vida privada) não significa que se esteja diante de duas hipóteses diversas, que exigem diferentes valorações. Argumenta que a falta de clareza doutrinária e jurisprudencial parecem ter recomendado ao legislador optar pelo excesso, e que a discussão dogmática a respeito da divisão entre os dois conceitos, uma vez que altamente subjetiva, poderia desviar o foco da questão principal, que é a aplicação do direito fundamental. Considera, portanto, que a utilização do termo “privacidade” é a opção mais razoável.

Fortini (2022) também ressalva que, muito antes da Emenda Constitucional 115, o art. 5º já tutelava a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Em sentido semelhante, Doneda (2021, posições 7439-7455), antes mesmo da constitucionalização expressa da proteção de dados dentre os direitos fundamentais, já considerava que a proteção de dados pessoais resulta diretamente da proteção da privacidade, em uma relação entre espécie e subespécie, ou, dito de outra forma, sendo a proteção de dados uma “mão longa” do direito à privacidade. Seria possível acrescentar, aliás, que vínculo análogo já foi demonstrado, na seção anterior, entre transparência e acesso à informação.

O caput do art. 1º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais expõe o objetivo dessa norma:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. [...] (BRASIL, 2018).

Cots (2021, posições 1065-1073), ao comentar o teor desse dispositivo, destaca que o legislador, ao empregar o verbo “proteger”, reconheceu a vulnerabilidade do titular dos dados, que fica em posição consideravelmente desigual em relação aos responsáveis pelo tratamento desses dados. Há uma vulnerabilidade, e se busca, tal como ocorre em sede consumerista, equilibrar uma relação jurídica.

Dessa forma, o titular de dados pessoais teve reconhecida sua condição de vulnerabilidade, vale dizer, de hipossuficiência, frente ao controlador de seus dados pessoais – que, na dicção do inciso VI do art. 5º da lei, é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” (BRASIL, 2018).

Para o desígnio da presente investigação, por evidente, o que interessa é a disciplina específica da aplicação dessa proteção à esfera pública.

Nesse ponto, válida a advertência de Teófilo e Castro (2022, posição 3234), segundo a qual a atuação do Poder Público, como controlador de dados pessoais, possui dupla atuação, qual seja, de vigilância e de disciplina. Assim, embora seja elogiável o tratamento de dados para o bem social, pode também ser empregado na repressão e violação de direitos humanos e garantias fundamentais.

O tratamento de dados pessoais pelo poder público deve atender aos seguintes pressupostos: atendimento de uma finalidade pública; persecução do interesse público; e execução, pelo ente público, de suas competências legais ou cumprimento de suas atribuições (COTS, 2021, posições 3202-3207).

Há, portanto, um enfoque particular no que se refere à proteção de dados pessoais por parte da Administração Pública.

Convém notar que há também um alinhamento entre tais pressupostos e a Lei de Acesso à Informação, tendo em conta que essa lei também tem o interesse público como finalidade. Destarte, em linhas gerais, quando houver compatibilidade entre o tratamento de dados pessoais e uma finalidade pública, e com a persecução do interesse público, e quando o ente público estiver executando suas competências legais ou cumprindo suas atribuições, será viável esse tratamento (COTS, 2021, posições 3202-3207).

A definição de tratamento também é apresentada pelo art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. De acordo com seu inciso X, é:

[...] toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. (BRASIL, 2018).

Daí já se compreende que operações relacionadas à publicação de informações de interesse público podem, desde que atendidas determinadas condições, ser consentâneas com a Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, simultaneamente.

A partir da publicação da Emenda Constitucional 115, a proteção de dados pessoais foi elevada à condição de direito fundamental, consagrado no inciso LXXIX do art. 5º, segundo o qual “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 2020).

A alteração constitucional foi ainda mais longe, incluindo a matéria no rol de competências materiais privativas da União, listadas no art. 21, e na relação de competências legislativas privativas, também da União, no art. 22.

Valle (2022), embora reconheça a extraordinária importância do chamado Direito Digital, aponta a existência de entusiasmo exagerado por parte da comunidade jurídica. Alude à existência de “frisson” no plano normativo e no universo acadêmico, sendo notável a multiplicação de cursos, eventos virtuais e livros, o que amplifica ainda mais a importância de um tema que já é extremamente relevante.

Sob tal enfoque, é plausível supor que o clamor social desencadeado pelas novas tecnologias pode interferir negativamente na tutela de outros direitos – que, embora no momento atual talvez não despertem tanto o interesse do meio jurídico se comparados com a proteção de dados pessoais, não perderam relevância.

4 A RELAÇÃO ENTRE O DEVER DE TRANSPARÊNCIA ATIVA E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como já exposto, cuida-se aqui da relação entre dois direitos fundamentais.

A transparência ativa nada mais é do que uma ferramenta para a concretização do direito fundamental ao acesso à informação pública, que se depreende dos incisos XIV e XXXIII do art. 5º da Constituição da República. E a proteção de dados pessoais também foi alçada à condição de direito fundamental por ocasião da publicação da Emenda Constitucional 115, que a inseriu no mesmo art. 5º.

E a doutrina é firme no sentido de que não há subjugação de direito fundamental por outro, devendo ambos ser, tanto quanto possível, harmonizados.

Tavares (2015, p. 384) adverte que não há direito fundamental absoluto. Segundo ele, os direitos humanos consagrados e assegurados não podem proteger atividades ilícitas ou irresponsabilidade civil, assim como não podem anular os demais direitos também consagrados pelo texto constitucional ou igual direito das demais pessoas, sendo necessária, no campo material, sua aplicação harmônica.

Ainda consoante o autor, vigora a regra da cedência recíproca, ou da relatividade, que também é chamada de “princípio da convivência das liberdades”, em sua aplicação no campo dos direitos fundamentais.

Não há, portanto, hierarquia entre esses direitos.

Fortini, Amaral e Cavalcanti (2021, p. 101-122) consideram que a legislação protetora de dados pessoais jamais pode ser empregada de modo a representar retrocesso na seara do acesso à informação, reduzindo avanços na transparência, os quais colaboram com a democracia e com o combate à corrupção.

Esclarecem, ainda, que podem existir dados pessoais cujo conhecimento seja importante para a coletividade, orientação que prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, no tocante à divulgação da remuneração de servidores públicos, vigora o entendimento de que “todo aquele que se mostra disposto a ser remunerado pelo poder público estará sujeito a este tipo de controle”.

Como alterações significativas trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, indicam o cumprimento da finalidade para acessar o dado pessoal e o controle de dados sensíveis (cujo conteúdo gera maiores vulnerabilidades aos direitos dos titulares), e se referem ao fato de que a lei não alterou ou incluiu regras sobre dados e informações sigilosas, o que mantém os parâmetros estabelecidos pela Lei de Acesso à Informação.

Costa (2022, posições 890-896), ao comentar a relação entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Acesso à Informação, também enfa-

tiza que, mesmo com restrições, o ordenamento exige transparência quanto às informações de interesse público. E que a Lei Geral de Proteção de Dados serve, também, para auxiliar a Lei de Acesso à Informação, além de trazer segurança jurídica a certos procedimentos.

A complementaridade dos institutos sob comento também é destacada por Teófilo e Castro (2022, posição 3247).

Bioni, Silva e Martins (2022, p. 12) também se posicionam pela relação de interdependência entre transparência ativa e proteção de dados pessoais, ressaltando que a convergência entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Acesso à Informação permite a redução da assimetria informacional que se identifica na relação entre cidadão e Estado, e garante maior controle e participação da parte mais vulnerável dessa relação, que é, por óbvio, o cidadão.

Os mesmos autores reconhecem que, no plano prático, é inevitável o surgimento de situações concretas em que essa harmonização será mais difícil. Nesse sentido, apresentam alguns elementos tendentes a dirimir tensões, parte deles aplicável à transparência ativa.

Os mecanismos trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em especial os da minimização e da finalidade, ciclo de vida de dados e anonimização, garantem o efetivo exercício de acesso aos dados considerados relevantes, e reforçam a ideia de acesso apenas aos dados referentes a determinado titular ou a dados de real interesse público, o que seria plenamente consentâneo com as diretrizes da Lei de Acesso à Informação (BIONI; SILVA; MARTINS, 2022, p. 16).

A divulgação da remuneração de servidores públicos tem por finalidade o controle social dos gastos públicos, e que o uso dessas informações para buscar perfis de poder aquisitivo com vistas a direcionar conteúdo publicitário caracterizaria desvio de finalidade (BIONI; SILVA; MARTINS, 2022, p. 17).

Ainda no plano de propositura de artifícios para enfrentar eventual fricção entre os institutos, é possível buscar critérios no Direito comparado:

Para deslindar a questão, resulta necessário conjugar o direito à proteção dos dados pessoais dos cidadãos com o direito a acessar a informação do setor público, e, para resolver o dilema, são apontados alguns critérios: a) valoração caso a caso da questão de se um dado de caráter pessoal pode publicar-se, fazer-se acessível ou não, e, em caso afirmativo, em que condições e de que maneira (digitalização ou não, difusão em internet ou não etc.); b) princípios da finalidade e legitimidade; c) quais as informações da pessoa

em questão; d) e o seu correlato direito de oposição, utilização das novas tecnologias em prol da proteção dos dados pessoais. (LIMBERGER, 2022, p. 119)

A contradição entre os dois direitos é apenas aparente, devendo ser identificado o valor preponderante em cada situação, de modo a serem construídos os critérios interpretativos (LIMBERGER, 2022, p. 124-125).

Nota-se, portanto, homogeneidade nos posicionamentos obtidos por meio da presente pesquisa, no sentido de que, não obstante a possibilidade de ocorrerem, em casos concretos, eventuais atritos na aplicação das leis que regem o acesso à informação (mais precisamente, a transparência ativa) e a proteção de dados pessoais, não há sobreposição de um bloco normativo sobre outro, mas sim compatibilidade, e mesmo convergência de objetivos.

Corroborando esse pensamento o fato de a Lei do Governo Digital, como já observado em seção anterior, zelar pela atenção à proteção de dados pessoais, remetendo à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais em dezenas de dispositivos, e sem deixar de expandir consideravelmente a transparência ativa.

E a equivalência de importância entre os dois direitos fundamentais ora abordados autoriza a conclusão de que eles devem ser tratados, pelo arcabouço normativo, com importância proporcional, para que um direito não fique, injustificadamente, muito menos protegido que o outro. Nesse ponto, é evidente que, sendo os dois importantes, o ideal é que não se negligencie nenhum deles.

Em respaldo a esse ponto de vista, importa mencionar que Doneda (2021, posição 7103-7111), ao comentar a Proposta de Emenda à Constituição 17 (PEC 17/2019), que veio a dar origem à Emenda Constitucional 115, já exaltava a iniciativa, porque viria a proporcionar uma “equalização” entre diversos direitos fundamentais, mencionadamente os direitos à privacidade, informação e transparência.

Prossegue, defendendo a ideia de que a inserção da proteção de dados no rol de direitos fundamentais tornaria possível uma isonomia entre esses direitos, o que, em seu entender, se mostra, sob o ponto de vista formal, fundamental para a proteção de liberdades fundamentais.

Em se tratando de institutos complementares, entende-se plenamente justificada essa concepção sistêmica, na qual eventual desequilíbrio na esfera normativa pode desencadear, no plano social, uma valorização excessiva de um direito, e desvalorização de outro.

Na próxima seção, essa questão será avaliada, tendo em foco o recente tratamento que a legislação mais recente conferiu a esses direitos. Será investigado se esse tratamento foi, ou não, equânime.

5 DIÁLOGO ENTRE A EMENDA CONSTITUCIONAL 115 E A LEGISLAÇÃO REFERENTE À TRANSPARÊNCIA ATIVA

A Emenda Constitucional 115 trouxe três inovações no tocante à proteção de dados pessoais.

Seu art. 1º inseriu, no art. 5º da Constituição da República, o inciso LXXIX, pelo qual restou “assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 2022). Desse modo, elevou a proteção de dados pessoais à condição de direito fundamental.

Seu art. 2º introduziu, no art. 21, o inciso XXVI, fazendo incluir, dentre as competências materiais exclusivas da União, “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei” (BRASIL, 2022).

E seu art. 3º acresceu, às matérias que integram as competências legislativas privativas da União, “proteção e tratamento de dados pessoais”, incluindo, no art. 22, o inciso XXX (BRASIL, 2022).

A União conta com competência material exclusiva, com ampla lista de assuntos no art. 21; de competência legislativa comum com Estados, Distrito Federal e Municípios, relacionada no art. 23; e de competência legislativa concorrente com Estados, quanto aos assuntos arrolados no art. 24 (SILVA, 2016, p. 500).

E o art. 22 apresenta matérias em que a União possui competência legislativa privativa (SILVA, 2016, p. 506).

Quanto ao novo direito fundamental de proteção dos dados pessoais, como já explanado no tópico anterior, cuida-se de alteração que não sobrepuja o direito de acesso à informação e a correspondente transparência ativa. São direitos fundamentais que devem coexistir e que se complementam.

Nesse sentido, antes da edição da emenda, Sarlet (2020) já reconhecia que a inclusão da proteção de dados pessoais no plano dos direitos fundamentais deveria se dar sem prejuízo de interseções e articulações com outros direitos, e dentro de seu âmbito de proteção exclusivo.

Aliás, não há unanimidade quanto à possibilidade de ser atribuída a condição de “cláusula pétrea” a direito incluído por emenda constitucional. Em se tratando de inserção que apenas formaliza um direito fundamental implícito, como ocorre com a proteção de dados pessoais, essa interpretação se mostra recomendável (SARLET, 2020).

Sob esse viés, fica ainda mais claro que a inclusão da proteção de dados pessoais por intermédio de emenda – em outros termos, por iniciativa do Poder Constituinte derivado (ou reformador) – não dota esse instituto de maior expressão do que outro já presente no texto constitucional original como direito fundamental, esse sim, unanimemente, com força de cláusula pétrea.

Superado esse primeiro ponto, passa-se aos dois subsequentes.

Cumprir notar que a inclusão da proteção dos dados pessoais dentre as competências materiais exclusivas da União, e às legislativas privativas, também da União, foi dada à proteção de dados pessoais, e não ao dever de transparência ativa ou ao direito de acesso à informação.

O primeiro comentário a ser feito, ainda com base no já exposto, é que, por mais que se possa argumentar que o Poder Constituinte Derivado, ao criar a emenda constitucional, tenha sido mais generoso com o titular de dados pessoais do que com o interessado em acessar informações públicas, tal circunstância de forma alguma modifica o status de direito fundamental conferido ao cidadão no que se refere ao direito de acesso à informação pública, conferido pelo Poder Constituinte Originário ao elaborar, na Constituição tal como promulgada em 1988, a lista de direitos e garantias fundamentais.

É o que se extrai do § 4º do art. 60 da própria Constituição, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias fundamentais”.

Ou seja, uma emenda constitucional, embora até possa adicionar direitos fundamentais, jamais poderá sequer tender a abolir direito ou garantia individual – cláusula pétrea, como já dito – presente no texto constitucional.

A respeito, Silva (2016, p. 69) discorre sobre o que denomina de limitações materiais explícitas do poder de reforma constitucional. Explana que a Constituição, ao ampliar o núcleo “explicitamente imodificável” por emenda, não proíbe apenas emendas que expressamente declarem a abolição de direitos fundamentais. Essa vedação impede a modificação de qualquer elemento conceitu-

al que indiretamente reduza tais direitos, bastando que a proposta de emenda “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.”

O fato de não haver competência da União para legislar sobre transparência ativa, ou mesmo, em termos mais amplos, sobre acesso à informação, no entanto, pode gerar uma situação de notável desigualdade em relação à proteção conferida à proteção de dados pessoais, visto que pode vir a vulnerabilizar a transparência ativa em diversas unidades federativas.

Tal hipótese se torna mais tangível caso se leve em consideração que a Lei do Governo Digital – que, como já observado anteriormente, passou a regular a transparência ativa na esfera federal – não prevê, em seu art. 2º, a adoção compulsória por parte dos Estados, Municípios e Distrito Federal, mas torna facultativa, “às administrações diretas e indiretas dos demais entes federados”, sua aplicação, “desde que adotem os comandos” da lei “por atos normativos próprios” (BRASIL, 2021).

Portanto, caso os Estados, Municípios ou o Distrito Federal deixem de reproduzir as determinações da Lei de Governo Digital por meio de normas locais, a lei não é aplicável a esses entes.

Valle (2021) demonstra ceticismo em relação à efetividade dessa opção legislativa, compartilhando da percepção supra, ao lançar dúvida sobre a possibilidade de aprimoramento dos serviços públicos brasileiros sob tais moldes.

Ressalta que tal opção se deu com fundamento no “argumento ponderável do baixo grau de informatização e das limitações a investimento neste campo por parte de pequenos municípios e mesmo alguns estados da federação”, e que isso pode comprometer “todo o projeto de governo digital, eis que a vida não se desenrola no Planalto Central”. Pondera que os serviços públicos são oferecidos, em sua maioria, por estados e municípios.

Com efeito, trata-se de opção legislativa, posto que a própria Lei de Acesso à Informação tem caráter nacional, por força de seu art. 1º. Não é o caso da Lei do Governo Digital, porém.

Valle e Motta (2022, posições 1130-1138) aprofundam a crítica, alertando para a redução de benefícios que deriva dessa opção do legislador, restringindo a incidência da matriz normativa – inclusive, por certo, no que tange à transparência ativa. Reconhecem que o governo digital gera aumento de despesas no curto prazo, o que trouxe, como resultado, a necessidade de adoção dos parâmetros

da Lei do Governo Digital por meio de atos normativos próprios, por parte dos Estados e Municípios. E que são evidentes as discrepâncias entre os milhares de entes federados, seja quanto ao grau de imersão digital já atingido, seja quanto à capacidade de empreender no sentido dessa transição. Por outro lado, aduzem que essa reserva da matéria à deliberação de cada ente diminui significativamente os benefícios potenciais da lei.

Até mesmo no que diz respeito ao governo federal, a quebra da promessa de disponibilidade de dados e informações por parte do governo digital prejudicará a diagnose e a avaliação de ações públicas da União cujos destinatários sejam Municípios e Estados que não encampem o modelo da Lei do Governo Digital (VALLE; MOTTA, 2022, posição 1138, nota de rodapé).

Essa consideração possui grande importância. Ora, se determinado Estado ou Município optar por não se submeter aos ditames da Lei do Governo Digital, haverá grande dificuldade em realizar o controle do uso de recursos públicos destinados pela União, o que, indiretamente, implicará uma falta de transparência no uso de recursos públicos federais. Mais objetivamente: a falta de transparência estadual, municipal ou distrital pode ter como resultado falta de transparência na esfera federal.

A contrario sensu, caso o acesso à informação passasse a figurar como matéria de competência legislativa exclusiva da União, o tratamento mais abrangente conferido à transparência ativa pela Lei do Governo Digital vincularia os demais entes federativos, firmando-se como novo parâmetro normativo e garantindo maior rigor no cumprimento desse direito fundamental.

Pode parecer razoável o argumento de que a imposição da Lei do Governo Digital em sua totalidade a todos os entes federativos seria tarefa excessivamente árdua.

Também é factível conjecturar sobre possível inconstitucionalidade de lei nacional nos termos exatos da atual Lei do Governo Digital.

É possível avaliar que tal hipótese, embora não se enquadre no objeto deste trabalho, poderia ganhar verossimilhança caso se considere, por exemplo, a autonomia política dos Estados-membros, prevista no art. 25 da Constituição da República, que os dota de capacidade de autolegislação (SILVA, 2016, p. 617).

Cabe argumentar, em contraponto, que, caso seja tomada apenas a disciplina conferida à transparência ativa, confrontando-a com a federalização da proteção de dados pessoais imposta pela Emenda Constitucional 115 com menos de um ano de diferença, a dificuldade na implementação seria muito menor. E que a própria Lei de Acesso à Informação possui abrangência nacional, o que autorizaria tal recorte.

Gera estranheza, ademais, o fato de o conjunto de entes federativos brasileiros ser visto, pelo legislador, como apto a ampliar a proteção de dados pessoais, mas não o acesso à informação. O legislador parece ter sido muito pessimista em relação a um caso, e muito otimista quanto ao outro.

Isto porque a adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais envolve uma série de desafios. E há quem considere tais dificuldades como sendo muito maiores do que aquelas envolvidas no aperfeiçoamento do acesso à informação.

Lara (2020) diz que, no caso da Lei de Acesso à Informação, os dados já se encontravam à disposição do gestor público, ao qual coube lhes dar publicidade. Processo semelhante ao que ocorreria na ampliação da transparência em razão da Lei de Governo Digital. No caso da proteção de dados pessoais, contudo, há diversas operações de tratamento que nem mesmo são assim reconhecidas pela Administração Pública.

Trata-se de uma mudança cultural, que demanda envolvimento de praticamente todos os setores da Administração Pública, considerando que o tratamento de dados pessoais é atividade cotidiana de grande parte dos agentes públicos (LARA, 2020).

Costa (2022, posições 878-884) também alude à necessidade de uma mudança cultural significativa nos entes públicos no tocante à efetiva operacionalização da Lei de Proteção de Dados Pessoais.

Levando em conta esse raciocínio, não fica claro se o legislador realmente se preocupou com o ponto de vista operacional, ao impor a todas as unidades federativas o pleno cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e, ao mesmo tempo, facultar-lhes o cumprimento da Lei do Governo Digital no que compete à transparência pública da Lei do Governo Digital. Talvez fosse realmente melhor a ampliação do dever de transparência ativa por meio de lei nacional autônoma, de modo a evitar distorções no acesso à informação pública.

Como mais um aporte relacionado ao interesse público na expansão da transparência pública e da própria Lei do Governo Digital como um todo, Relly e Sabharwal (2009 *apud* Nohara e Colombo, 2019, p. 85) evidenciam que o sucesso de leis de acesso à informação guarda estreita relação com a vinculação dessas leis a iniciativas de desenvolvimento dos preceitos do governo eletrônico, em conjunto com o uso das denominadas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). Essa conexão entre acesso à informação, governo eletrônico e TICs, por mais que possa ter sido contemplada pela Lei do Governo Digital, também se esvazia tendo em vista a baixa probabilidade de adoção voluntária por parte da maioria dos entes federados brasileiros. Mais um elemento a indicar que a viabilização desse intento pode depender de lei com alcance, de fato, nacional.

Face ao exposto, parece que, ao final, por melhores que tenham sido as intenções que motivaram o atual panorama normativo, elas podem estar incentivando, mesmo que indiretamente, um ambiente ainda menos propício ao acesso à informação. Como já notado, proliferam exemplos de obstrução a esse acesso sob o pretexto de proteção de dados pessoais. Passando os entes federativos a ser mais exigidos a dar conta dessa proteção, e lhes sendo conferida a faculdade de não ampliar igualmente a transparência ativa, é provável que situações de recusa à divulgação de informações públicas venham a se multiplicar.

E, como já ressaltado na seção anterior, a isonomia de tratamento entre direitos fundamentais é essencial para que, formalmente, se possa proteger efetivamente cada um deles.

6 RESULTADOS, CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com suporte na literatura consultada, observou-se que o dever de transparência ativa da Administração Pública brasileira, instituído pela Lei de Acesso à Informação no ano de 2011, permanece vigente, tendo sido complementado e ampliado, na esfera federal, pela Lei do Governo Digital – que, contudo, não vincula os demais entes federativos, ressalvada normatização própria por parte de cada ente. Trata-se de instrumento de concretização do direito de acesso à informação pública, que decorre dos incisos XIV e XXXIII do art. 5º da Constituição da República, além do art. § 2º de seu art. 216. Cuida-se, portanto, de direito embasado em cláusulas pétreas, inalterável por meio de emenda constitucional.

Observou-se, ainda, que o direito de proteção de dados pessoais, embora tenha precedente no inciso X do art. 5º da Constituição da República, o qual já tutelava a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ingressou no ordenamento jurídico sob o formato atual por intermédio da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, publicada em 2018, que traz previsões voltadas ao Poder Público, em especial quanto à necessidade de o tratamento de dados pessoais, na esfera pública, ser norteado pelo interesse público e pelo princípio da finalidade. Ainda em relação a esse direito, em 2022 foi publicada a Emenda Constitucional 115, que o elevou à condição de direito fundamental, no inciso LXXIX do art. 5, bem como o incluiu no rol de competências materiais privativas da União, listadas no art. 21, e na relação de competências legislativas privativas da União, no art. 22.

Notou-se, ainda, que a atual relevância conferida à proteção de dados pessoais, como integrante do denominado Direito Digital, não pode chegar ao ponto de suprimir outros direitos de importância no mínimo equivalente, tais como o de acesso à informação pública, que se manifesta, dentre outras formas, por meio do dever de transparência ativa.

Há, conforme a literatura constitucionalista, a necessidade de serem estabelecidos limites e cedências recíprocas (ou condicionamentos recíprocos) entre direitos fundamentais, de forma que não sejam anulados ou sacrificados em razão da existência de outros. A regra deve ser a ponderação, o convívio harmônico.

Verificou-se, principalmente, que a própria literatura que comenta a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais espelha esse posicionamento, enfatizando que não se pode admitir retrocesso em mecanismos que se mostram fundamentais para a manutenção da democracia e o combate à corrupção, como o dever de transparência ativa.

Nesse caminho, as principais diretrizes apontadas pelos autores consultados para fins de compatibilização entre os dois institutos, quais sejam, a existência de interesse público no tratamento dos dados, assim como a atenção ao princípio da finalidade que rege a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, não impactam negativamente a transparência ativa. Pelo contrário, reforçam-na.

A bibliografia consultada, por outro lado, reconhece que, sem embargo da compatibilidade teórica, é inevitável o surgimento de situações, no plano concreto, em que essa harmonização será mais difícil.

Dentre os mecanismos que podem auxiliar nesse tipo de caso, foram mencionados, como exemplos, os princípios da minimização e da finalidade, ciclo de vida de dados e anonimização, constantes da própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, os quais, ao passo que garantem o acesso aos dados tidos por relevantes, proporcionam acesso apenas aos dados referentes a determinado titular ou a dados de real interesse público.

Limberger (2022, p. 119) faz referência, ainda, a critérios oriundos do direito comparado, que podem auxiliar o intérprete brasileiro, por ocasião de colisão entre esses direitos.

Considerando todo esse contexto, foram, por fim, analisadas as inovações trazidas pela Emenda Constitucional 115, quais sejam, a inserção da proteção de dados pessoais na relação de direitos fundamentais; na relação de competências materiais exclusivas da União; e nas competências legislativas privativas da União.

Também foram destacadas questões relacionadas à Lei do Governo Digital que podem afetar sua contribuição, incluída, por certo, a ampliação da transparência ativa.

Quanto à emenda, foi possível chegar à conclusão de que a inclusão da proteção de dados pessoais por intermédio de emenda, tal como ocorreu com a proteção de dados pessoais, não dota esse instituto de maior expressão do que aquela já presente no texto constitucional original, como cláusula pétrea, a exemplo do direito de acesso à informação pública.

No tocante à inclusão dentre as competências legislativas privativas da União, entretanto, foi possível perceber que o fato de a transparência pública, ou mesmo o acesso à informação em sentido mais amplo, não constar dentre tais matérias pode gerar uma desigualdade entre os direitos de acesso à informação e de proteção de dados pessoais, vulnerabilizando a transparência ativa em diversas unidades federativas não aderentes à Lei do Governo Digital.

Nesse caminho, observou-se que a isonomia de tratamento entre direitos fundamentais é de suma importância, para que se possa efetivamente proteger cada um deles, de forma equânime.

Essa conclusão ganhou força ao ser observado que a Lei do Governo Digital (que, como já visto anteriormente, passou a regular a transparência ativa na esfera federal) não prevê sua adoção compulsória por parte dos Estados, Municípios e Distrito Federal, dependendo de adoção por meio de norma local.

Vale dizer: por mais salutar que tenha sido a valorização da proteção de dados pessoais no sistema jurídico brasileiro, por intermédio da Emenda Constitucional 115, na intenção de equalizar esse direito em relação ao acesso à informação e à transparência – inclusive federalizando essa proteção –, o legislador, de certa forma, frustrou essa tentativa de nivelamento com a criação, pouco tempo antes e por meio da Lei do Governo Digital, de sistema não nacional (ou seja, descentralizado), de duvidosa eficácia, de proteção da transparência ativa. Prestigiou-se a proteção de dados, mas se desprestigiou a transparência.

Faltou, é de se supor, coordenação entre os dois intentos.

Na bibliografia consultada, de fato, notou-se desconfiança quanto à efetividade dessa opção legislativa, no que se refere à Lei do Governo Digital. É posta em dúvida a possibilidade de real aprimoramento do serviço público brasileiro sob tais moldes.

Não menos grave, verificou-se que a indisponibilidade de dados públicos referentes à avaliação de ações públicas federais que tenham, por destinatários ou parceiros, Estados e Municípios alheios ao modelo preconizado pela Lei n. 14.129/2021, prejudicará o acesso à informação no próprio plano federal, bem como implicará uma falta de transparência no uso de recursos públicos federais. Ou seja, o sistema parece defeituoso mesmo em relação à União.

Concluiu-se também que essa situação poderia ser evitada caso o acesso à informação passasse a figurar como matéria de competência legislativa exclusiva da União, fazendo com que o tratamento mais abrangente conferido à transparência ativa pela Lei do Governo Digital – ou por outra norma, autônoma – vinculasse os demais entes federativos, firmando-se como novo parâmetro normativo.

Também foi constatado que o argumento, identificado pela bibliografia consultada, segundo o qual a Lei do Governo Digital não abrange os demais entes federados em razão de potenciais dificuldades de adaptação, parece não ser forte o suficiente no que se refere à transparência ativa, já que a adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais também representa grande dificuldade, havendo inclusive quem considere esses desafios maiores do que os que correspondem à ampliação do acesso à informação.

Foi, além disso, verificada a existência de pesquisa segundo a qual o êxito de normas nacionais que tutelam o acesso à informações depende diretamente

de sua conexão com iniciativas de desenvolvimento dos preceitos do governo eletrônico, em conjunto com o uso das denominadas Tecnologias da Informação e Comunicação, o que recomenda ainda mais a implementação do modelo de transparência da Lei do Governo Digital – assim como a própria Lei do Governo Digital em sua inteireza – em norma de alcance realmente nacional.

Diante de todas essas informações, pode-se concluir que a Emenda Constitucional 115, ao inserir a proteção de dados pessoais no texto constitucional, embora não interfira diretamente na relação entre o dever de transparência ativa da Administração Pública brasileira e a proteção de dados pessoais, gera uma disparidade de tratamento entre esses institutos, caso se leve em conta que a transparência ativa – ou mesmo o acesso à informação – não figura dentre as matérias de competência legislativa privativa da União, e que já há lei federal – Lei do Governo Digital – que amplia consideravelmente a transparência ativa vinculando apenas a União. Essa situação é objeto de crítica, até mesmo porque, sob essa sistemática, a própria União perde transparência, levando em conta que não são abrangidos dados referentes a ações da União que têm por destinatários ou beneficiários entes federados que não aderiram à Lei de Governo Digital.

Diante dessas conclusões, pertinentes as seguintes considerações finais.

O fato de a proteção de dados digitais ter recebido maior prestígio no sistema jurídico brasileiro merece ser celebrada. O vertiginoso avanço das tecnologias de comunicação vulnerabilizou sobremaneira seus usuários, e o legislador levou tempo considerável para preencher, de algum modo, essa lacuna. E ainda há muito a ser feito nesse campo.

Nesse sentido, a Emenda Constitucional 115, complementando e dando atualidade ao direito fundamental à privacidade, conferiu ao direito à proteção de dados pessoais o mesmo status. A aceleração digital é, ao que parece, fenômeno irreversível, e o ordenamento jurídico não pode permanecer alheio às transformações sociais.

Essa valorização, contudo, não pode ocorrer em detrimento de outros direitos de importância, no mínimo, equivalente. A proteção de dados pessoais na esfera pública se relaciona a problemas específicos, sendo um deles a necessidade de harmonização dessa proteção com o direito de acesso à informação pública, que tem por consectário o dever de transparência ativa.

A transparência ativa, aliás, é ferramenta de comprovada importância no combate a corrupção, por ser indispensável ao controle da Administração Pública.

E esse aparente contraponto entre direitos fundamentais gera muitas controvérsias na gestão pública brasileira. Informações de caráter público têm tido seu acesso negado à população, sob o pretexto de proteger dados pessoais – pretexto que, como dispõe a própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, não justifica, via de regra, a ocultação de informações públicas.

Levando em conta esse cenário, mostrou-se pertinente avaliar de que maneira as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 115 e pela Lei do Governo Digital poderiam impactar a relação entre o dever de transparência ativa da Administração Pública brasileira e a proteção de dados pessoais.

O possível impacto averiguado por meio deste estudo, como já se indicou, é indireto, e vem da inserção da proteção de dados pessoais no rol de competências legislativas privativas da União, posto que o direito de acesso à informação não recebeu igual favorecimento quando da edição da também recente Lei do Governo Digital – que ampliou consideravelmente a transparência pública, mas apenas no âmbito federal, salvo adesão de outros entes (que pode, em muitos casos, nunca vir a ocorrer).

A opção legislativa de não fortalecer – e mesmo fragilizar – o acesso à informação enquanto fortalece em alto grau a proteção de dados pessoais é de valor discutível, ainda mais considerando que o motivo alegado para não ter sido regulada a matéria em âmbito nacional foi, conforme apurado, a dificuldade de implementação do novo sistema.

Isto porque a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais também constitui imenso desafio para os entes federativos, não tendo sido identificado elemento concreto a indicar que se trata de tarefa mais fácil do que a ampliação da transparência pública.

Transparência pública que, vale lembrar, já foi implementada pela Lei de Acesso à Informação há mais de dez anos, e ainda vem sendo negligenciada pelos gestores públicos. É razoável supor que já houve tempo suficiente para se preparar para essa considerável demanda social.

E contra-argumentar no sentido de que a transparência ativa é apenas uma das seções da Lei do Governo Digital, ou mesmo sugerir que a atribuição de

caráter nacional a essa lei não seria constitucional, não torna menos pertinente a crítica, já que a transparência poderia ter sido expandida por intermédio de diploma legal autônomo e de abrangência nacional, tal como é a própria Lei de Acesso à Informação.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo; SILVA, Paula Guedes Fernandes da; MARTINS, Pedro Bastos Lobo. Intersecções e relações entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI): análise contextual pela lente do direito de acesso. **Cadernos Técnicos da CGU**, Brasília, v. 1, p. 8-19, 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/issue/view/39/46. Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL. **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 n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.

[htm](#). Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021**. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei n. 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei n. 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 12 de maio de 2022.

COSTA, Juliana. LGPD: Os desafios no setor público. *In.*: PINHEIRO, Patricia Peck (Coord.). **Direito Digital Aplicado 5.0: Especial Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. *Kindle*.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *Kindle*.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *Kindle*.

FORTINI, Cristiana; AMARAL, Greycielle; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. LGPD X LAI: sintonia ou antagonismo? *In.*: PIRONTI, Rodrigo (Coord.). **Lei geral de proteção de dados no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

FORTINI, Cristiana. Inep, CGU e ANPD: o falso embate entre LAI e LGPD. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 de mar. de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-17/interesse-publico-inep-cgu-anpd-falso-embate-entre-lai-lgpd>. Acesso em: 12/05/2022.

HEINEN, Juliano. Acesso à informação e seus “dois maridos”: duas leis em um mesmo tema – transparência e tratamento dos dados públicos. *In.*: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Governo Digital e a busca por inovação na Administração Pública: a Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *Kindle*.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação: Lei n. 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LARA, Rodrigo Pugliesi. Os desafios da LGPD no setor público. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de out. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/rodrigo-lara-desafios-lgpd-setor-publico>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência**: informação pública em rede – a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIMBERGER, Têmis. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação Pública (LAI): um diálogo (im)possível? As influências do direito europeu. **Revista De Direito Administrativo**, [s.l.], v. 281, n. 1, p.113-144, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85654>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia; COLOMBO, Bruna Armonas. Tecnologias cívicas na interface entre direito e inteligência artificial: Operação Serenata de Amor para gostosuras ou travessuras? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 83-103, abr./jun. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1100>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva, 2020. *Kindle*.

SALGADO, Eneida Desirre. **Lei de Acesso à Informação**: Lei 12.527/2011. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *Kindle*.

SARLET, Ingo. Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 de set. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protECAo-dados-cf>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 40. ed.

São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA, Anderson Batista de. Direito fundamental de acesso à informação pública, improbidade administrativa e os desafios do Ministério Público. **Revista do CNMP**, Brasília, DF, n. 5, 2015. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/250-revistas/8540-revista-do-cnmp-5-edicao-2015>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A Lei do Governo Digital no Brasil: Análise das contribuições à transparência pública e à concretização do exercício do controle social. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 26, n. 3, p. 788-814, set./dez, 2021. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18326>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

TEÓFILO, Caroline; CASTRO, Natalia Rodrigues Calixto de. Proteção de dados pessoais e a Lei de Acesso à Informação. In: PINHEIRO, Patricia Peck (Coord.). **Direito Digital Aplicado 5.0** - Especial Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. *Kindle*.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2019**. [Berlin, Alemanha], [2019]. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governo digital: realidade próxima ou exercício de retórica? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-07/interesse-publico-governo-digital-realidade-proxima-ou-exercicio-retorica>). Acesso em: 12 de maio de 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Por um Direito ainda relevante na vida digital. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-10/interesse-publico-direito-ainda-relevante-vida-digital>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. GOVERNO DIGITAL: MAPEANDO POSSÍVEIS BLOQUEIOS INSTITUCIONAIS À SUA IMPLANTAÇÃO. *In*: Vanice Regina Lírio do Valle, Fabrício Motta (Coords.). **Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública**: a Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *Kindle*.