



LIZIANE MENEZES DE SOUZA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO LEI
DO MAIS FRACO: A VIRTUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL À
LUZ DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA.**

CANOAS, 2021

LIZIANE MENEZES DE SOUZA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO LEI
DO MAIS FRACO: A VIRTUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL À
LUZ DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para aprovação na banca de defesa do Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração “Direito e Sociedade”, linha de pesquisa “Sociedade e Fragmentação do Direito”, da Universidade La Salle, necessária para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Renata Almeida da Costa
Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori

CANOAS, 2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S729d Souza, Liziane Menezes de.

O direito fundamental à proteção de dados pessoais como lei do mais fraco: a virtualização da execução penal no Brasil à luz do constitucionalismo garantista [manuscrito] / Liziane Menezes de Souza. – 2021.

123 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2021.

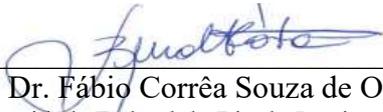
“Orientação: Prof^a. Dra. Renata Almeida da Costa”.

LIZIANE MENEZES DE SOUZA

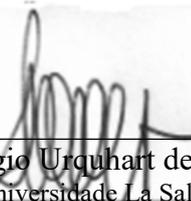
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle.

BANCA EXAMINADORA

p/


Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira
Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ


Prof. Dr. Salo de Carvalho
Universidade La Salle


Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori
Universidade La Salle


Prof.^a Dr.^a Renata Almeida da Costa
Orientadora e Presidente da Banca - Universidade La Salle

Área de concentração: Direito e Sociedade

Curso: Mestrado Acadêmico em Direito

Canoas, 14 de dezembro de 2021.

AGRADECIMENTOS

Dedico esta dissertação ao meu pai, que partiu durante a sua elaboração.

Por muito tempo mantive em mente a frase “*no cuento más que con mi empeño*”, contida na canção de um cantor uruguaio que aprecio muito.

Hoje, contudo, vejo o quanto esta frase se desconecta de minha realidade.

Sempre contei com o empenho de cada pessoa que, a seu modo e a seu tempo, lutou pela educação brasileira e pela manutenção de programas de inclusão social – o que, aliás, me permitiu cursar este Mestrado com uma bolsa de estudos concedida pela Capes/Prosuc.

Conto, ademais, com o afetuoso e resistente apoio de inúmeras pessoas que me rodeiam: a elas, portanto, o meu sincero agradecimento.

À Renata Almeida da Costa, minha orientadora, que, no curso deste Mestrado, me ensinou a ensinar e me ensinou a aprender – as lições mais valiosas que poderia ter dado.

A Sérgio U. de Cademartori, meu coorientador, pela acolhida carinhosa e comprometida e por ter compartilhado comigo sua indiscutível genialidade.

À Unilasalle e ao Programa de Pós-Graduação em Direito, espaços catalisadores de conhecimento e fraternidade.

Aos meus pais, Luiz e Vera, pelo amor incondicional, pela confiança sempre depositada em mim e pelos desmedidos esforços empregados, durante toda a minha vida, para garantir o meu acesso à educação. Sempre conscientes da potência transformadora da educação, nunca sugeriram impedimentos ou barreiras para prosseguir; ao contrário, construíram para mim um caminho fundado no encorajamento, no incentivo e na esperança de tempos promissores.

Aos meus amados irmãos, Alessandro e Leonardo, pelo apoio sólido e contínuo, jamais acompanhado de qualquer condicionante.

Ao meu amor, Matheus, a única constante possível em um mundo de incertezas, pelo amparo amoroso e pela lembrança incessante de que lutas e sonhos não se abandonam.

À Angelita Woltmann: a professora definitiva. Aquela que acompanhou a minha primeira publicação de artigo científico e que primeiro me incluiu em grupos de pesquisa e de extensão, abrindo para mim uma imensidão de possibilidades que me eram, até então, desconhecidas. Aquela sem a qual eu não teria permanecido na jornada acadêmica e com quem sempre compartilharei meus êxitos.

Ao meu amigo Lucas Kuhn, pesquisador valoroso e comprometido que admiro mais a cada dia e que, com sorte, há de ser meu companheiro de pesquisa até o fim de nossos dias.

Aos integrantes do grupo de pesquisa “Garantismo e Constitucionalismo Popular”, por todas as inspiradoras discussões virtuais realizadas em tempos pandêmicos.

A todos aqueles que apoiaram, diariamente, a construção deste trabalho, o que faço pelo nome das colegas Nicolle e Ana, pesquisadoras singulares e necessárias.

Y si es cierto que a corto plazo no podemos hacernos ilusiones, también lo es que los derechos no caen del cielo, y que un sistema de garantías efectivas no se construye a priori, ni en pocos años y ni tan siquiera en pocas décadas. Así fue en el caso del Estado de derecho y en el de nuestras aún frágiles democracias, implantadas por medio de largas batallas ideales y de luchas sangrientas. No sería razonable [...] dejar de comprometernos con el papel que nos corresponde.

(Luigi Ferrajoli in “Derechos y garantías: la ley del más débil”)

RESUMO

O advento das novas tecnologias e a *datatificação* asseveraram a complexidade que envolve a disciplina da proteção de dados pessoais, sobretudo quando pensados os grupos de titulares que já se encontram em situação de vulnerações de ordem social. A instigação trazida pelo massivo tratamento de dados e seus efeitos, especialmente quanto aos titulares em situação de cumprimento de sanção penal no Brasil, trouxe à pesquisa o intento de avaliar a legitimidade do tratamento de dados conferido pelo Estado no exercício desta atividade, à luz de uma perspectiva do constitucionalismo garantista e do direito vivo, por se entender que esta análise demanda, também, a adoção de um ponto de vista sociológico sobre um problema de ordem *glocal*, a justificar a sua adequação à área de concentração “Direito e Sociedade” e à linha de pesquisa “Sociedade e Fragmentação do Direito”. O tema abordado demandou limitação do objeto à busca por respostas a três questionamentos norteadores: Há suficiência ou *deficit* de garantias necessárias à efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais de pessoas sob tutela penal do Estado no Brasil? Há garantias suficientes à proteção dos dados pessoais enquanto *bens fundamentais personalíssimos* indisponíveis ante o Estado? O tratamento de dados pessoais conferido pelo Estado aos titulares de dados que estão sob sua tutela penal é legítimo ou promove indevida exposição? As hipóteses traçadas mostram que certos grupos de titulares de dados pessoais estão em situação de déficit de garantias aptas a salvaguardar o direito fundamental à proteção de dados pessoais, momento em que este direito pode ser tomado como *lei do mais fraco* na inexistência de garantias fortes; que a insuficiência de garantias, aptas a salvaguardar os dados pessoais enquanto bens fundamentais personalíssimos, coloca-os sob risco de conversão em bens patrimoniais; e, por fim, a hipótese derradeira de que o Estado, quando torna visível dados pessoais de apenados, viola direito fundamental e os expõe à situação de vulnerabilidade digital. A pesquisa, realizada integralmente durante a pandemia da Covid-19 e com fomento de bolsa de estudos concedida pela Capes/Prosuc, conta com investigações bibliográficas e com a análise de dados empíricos coletados junto aos PECs, dando à pesquisa o cunho qualitativo e exploratório. Esta dissertação é dividida em três capítulos, que compreendem as reflexões teóricas próprias do constitucionalismo garantista, perpassando pela análise das disposições de garantias ao direito fundamental à proteção de dados pessoais e, por fim, expondo a pesquisa empírica, voltada à análise da virtualização da execução penal no país, que tratou de confirmar as hipóteses centrais do estudo.

Palavras-chave: Constitucionalismo garantista; direitos fundamentais; execução penal; direitos fundamentais; proteção de dados pessoais.

ABSTRACT

The advent of new technologies and *datatification* have enhanced the complexity that involves the study of personal data protection, specially when regarding groups of owners that are already in situations of vulnerations of social order. The impulse originated from the massive treatment of data and its effects, specially in regards to owners currently under criminal sanctions in Brazil, brought to this research the aim of evaluating the legitimacy of data treatment done by the State during sanctioning, with a guaranteeist perspective and of living law, understanding that this analysis demands, also, the adoption of a sociological standpoint about a problem of *glocal* order, that justifies its adequacy to the concentration area “Law and Society” and to the research line “Society and Fragmentation of Law”. The issue discussed demanded limiting the research object to the search for answers for three guiding questions: Is there sufficient guarantees or a deficit, regarding the effectiveness of the fundamental right to personal data protection of people under criminal sanctions from the State in Brazil? Is there enough guarantees regarding the protection of personal data as *personal fundamental assets* unavailable to the State? The treatment of personal data by the State to data owners under criminal sanction is legitimate or promotes undue exposure? The hypothesis is that certain groups of owners are in a situation of a guarantee deficit, a reason that the fundamental right to personal data protection can be considered *law of the weakest* with the inexistence of strong guarantees, that the lack of guarantees, strong enough to protect personal data as personal fundamental assets puts them under risk of being converted into patrimonial assets, and that the State, when it renders personal data from felons under criminal sanctions, violates a fundamental right and exposes them to a situation of digital vulnerability. The research, done in its entirety during the *Covid-19* pandemic and with grants from Capes/Prosuc, is composed of bibliographical investigations and an analysis of empirical data collected from PECs (Criminal Sanction Proceedings), giving the research a qualitative and exploratory angle. This dissertation is divided in three chapters, that comprehend the theoretical endeavors that are inherent to the guaranteeist constitutionalism, going through the analysis of the guarantees currently existing in regards to the fundamental right to personal data protection and, lastly, showing the empirical research, that analyses the virtualization of criminal sanctions in Brazil, confirming the central hypothesis of this study.

Keywords: Guaranteeist Constitutionalism; fundamental rights; penal execution; fundamental rights; personal data protection.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|--|-----|
| Figura 1 – Levantamento nacional de informações penitenciárias: período de 1º a 6/2020 (presos em unidades prisionais no Brasil) | 97 |
| Figura 2 – Levantamento nacional de informações penitenciárias: período de 1º a 6/2020 (presos em unidades prisionais no Rio Grande do Sul) | 98 |
| Figura 3 – Página inicial do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) | 102 |
| Figura 4 – Página de consulta pública de processos do SEEU | 103 |
| Figura 5 – Página inicial após acesso de Processo de Execução Criminal (PEC) eletrônico no SEEU via <i>login</i> com cadastro de advogado (a) | 104 |
| Figura 6 – Dados processuais contidos em relatório de execução criminal gerados pelo SEEU | 113 |
| Figura 7 – Carteira de visitante emitida pela Susepe | 124 |
| Figura 8 – Certificado de conclusão do Ensino Fundamental e Médio de apenado | 127 |
| Figura 9 – “Ficha do detento” emitida pela Susepe | 135 |

LISTA DE GRÁFICOS E TABELA

| | |
|--|-----|
| Gráfico 1 – Número de incidência de cada tipo de dado pessoal por processo de execução criminal analisado | 118 |
| Gráfico 2 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à cor/raça dos apenados | 121 |
| Gráfico 3 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à naturalidade dos apenados | 122 |
| Gráfico 4 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos ao estado civil dos apenados | 125 |
| Gráfico 5 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à faixa etária dos apenados | 126 |
| Gráfico 6 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos ao nível de escolaridade dos apenados | 127 |
| Gráfico 7 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à religião dos apenados | 129 |
| Gráfico 8 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à informações de saúde do titular | 131 |
| Gráfico 9 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos às características fisionômicas dos apenados | 134 |
| Tabela 1 – Numeração dos processos analisados e indicação de seu local de tramitação ... | 112 |

LISTA DE SIGLAS

| | |
|----------|---|
| ADI | Ação direta de inconstitucionalidade |
| ADPF | Arguição de descumprimento de preceito fundamental |
| BNMP | Banco Nacional de Monitoramento de Prisões |
| BPGIC | Bancos de Perfis Genéticos para fins de Investigação Criminal |
| Capes | Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| CNPD | Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade |
| CP | Código Penal |
| CPF | Cadastro de Pessoas Físicas |
| Datajud | Base Nacional de Dados do Poder Judiciário |
| DMF | Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário |
| DOU | Diário Oficial da União |
| DTI | Departamento de Tecnologia da Informação |
| EJA | Educação de Jovens e Adultos |
| EU | União Europeia |
| GPDR | <i>General Data Protection Regulation</i> |
| LAI | Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) |
| LEP | Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) |
| LGPD | Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) |
| MCI | Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) |
| Mercosul | Mercado Comum do Sul |
| MP | Medida Provisória |
| PEC | Processo de Execução Criminal |
| PEC | Proposta de Emenda à Constituição |
| PNSPDS | Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social |
| PNUD | Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento |
| PPGD | Programa de Pós-Graduação em Direito |
| Prosuc | Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Educação Superior |
| RG | Registro Geral |
| Seac | Serviço de Autenticação Cadastral |
| SEEU | Sistema Eletrônico de Execução Unificado |

| | |
|------------|--|
| SGT13 | Subgrupo de Trabalho Número Treze |
| Sistac | Sistema de Audiência de Custódia |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| Susepe | Superintendência dos Serviços Penitenciários |
| Susp | Sistema Único de Segurança Pública |
| TI | Tecnologia da Informação |
| TJ/RS | Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul |
| TJ/SP | Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo |
| TSE | Tribunal Superior Eleitoral |
| Unilasalle | Universidade Lasalle |
| URL | Uniform Resource Locator |

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|--------------------|-------------------|
| 1° | Primeiro |
| 2° | Segundo |
| 4° | Quarto |
| 5° | Quinto |
| 6° | Sexto |
| Abr. | Abril |
| Ago. | Agosto |
| Art. | Artigo |
| Des. | Desembargador(a) |
| Dez. | Dezembro |
| Dr. | Doutor |
| Ed. | Edição |
| Fev. | Fevereiro |
| Inc. | Inciso |
| Jan. | Janeiro |
| Jul. | Julho |
| Jun. | Junho |
| Mar. | Março |
| Min. | Ministro |
| N° | Número |
| Nov. | Novembro |
| Org. | Organizador |
| Out. | Outubro |
| Prof. | Professor |
| Prof. ^a | Professora |
| Rel. | Relator |
| RS | Rio Grande do Sul |
| Set. | Setembro |
| V. | Volume |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 17 |
| 2 | GARANTISMO E GARANTIAS: DO CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-GUERRA À TEORIA DOS DIREITOS E BENS FUNDAMENTAIS | 26 |
| 2.1 | O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-GUERRA NA LEITURA GARANTISTA ... | 27 |
| 2.2 | OS DIREITOS E AS GARANTIAS NA ABORDAGEM FORMAL GARANTISTA | 37 |
| 2.3 | DOS BENS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA À DEFINIÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO BENS FUNDAMENTAIS PERSONALÍSSIMOS | 46 |
| 3 | O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO LEI DO MAIS FRACO | 56 |
| 3.1 | PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL | 57 |
| | 3.1.1 Da privacidade à proteção de dados pessoais | 58 |
| | 3.1.2 Proteção de dados no Brasil e um histórico de garantias fracas | 64 |
| 3.2 | TRATAMENTO DE DADOS PELO PODER PÚBLICO E LGPD: GARANTIAS PARA QUEM? | 74 |
| | 3.2.1 Os titulares excluídos do âmbito de aplicação da LGPD e as lacunas indevidas | 77 |
| | 3.2.2 Tratamento de dados pelo Poder Público, interoperabilidade de sistemas e os poderes selvagens | 84 |
| 3.3 | DA LGPD À DISCUSSÃO SOBRE PODER MÍNIMO E PODER MÁXIMO: OS DIREITOS COMO LEIS DO MAIS FRACO E A ESFERA DO INDECIDÍVEL ... | 89 |
| | 3.3.1. Os direitos fundamentais dos titulares de dados pessoais como leis do mais fraco | 90 |
| | 3.3.2. A indisponibilidade dos dados pessoais e a esfera do indecidível | 92 |
| 4 | ESTADO DE NATUREZA DIGITAL: ANÁLISE EMPÍRICA DE PROCESSOS DE EXECUÇÃO CRIMINAL DE APENADOS SOB TUTELA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL | 96 |
| 4.1 | A VIRTUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL | 97 |

| | | |
|--------------|---|-----|
| 4.1.1 | Panorama numérico de titulares de dados pessoais que cumprem sanção criminal no Brasil e no Rio Grande do Sul | 97 |
| 4.1.2 | Adesão ao Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) e a disposição de dados pessoais na plataforma digital | 100 |
| 4.2 | DO ACESSO E DO RECORTE DOS DADOS PESQUISADOS | 109 |
| 4.2.1 | Da metodologia utilizada para a realização da pesquisa empírica . | 110 |
| 4.2.2 | Da obtenção e da limitação dos dados colhidos | 111 |
| 4.3 | DOS DADOS PESSOAIS DE APENADOS EM SITUAÇÃO DE TRATAMENTO E EXPOSIÇÃO PELO ESTADO EM SISTEMA ELETRÔNICO (SEEU) | 117 |
| 4.3.1 | Apresentação e categorização dos dados pessoais manipulados pelo Estado | 118 |
| 4.3.1.1 | Nome completo, filiação e alcunha | 120 |
| 4.3.1.2 | Cor, raça e naturalidade | 122 |
| 4.3.1.3 | Estado civil e dados pessoais do grupo familiar | 123 |
| 4.3.1.4 | Data de nascimento (faixa etária) e nível de escolaridade | 127 |
| 4.3.1.5 | Informações de cunho religioso | 130 |
| 4.3.1.6 | Dados de saúde: diagnósticos, exames e laudos médicos | 131 |
| 4.3.1.7 | Dados fisionômicos e estéticos: da descrição física à impressão digital | 134 |
| 4.3.2 | Manipulação e exposição de dados pessoais tratados pelo Poder Público | 137 |
| | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 141 |
| | REFERÊNCIAS | 150 |
| | ANEXO – Ofício enviado à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul | 161 |

1 INTRODUÇÃO

A complexidade sobre a qual se desenvolve o sistema prisional brasileiro indica, de forma concreta e verificável por meio dos números¹, que a massa carcerária, existente no país, representa uma problemática de ordem social. A esta complexidade junta-se, atualmente, mais uma vertente: o desenvolvimento tecnológico e o massivo tratamento de dados pessoais em inúmeras atividades da vida humana, inclusive no que diz respeito à execução criminal.

Partindo-se desta perspectiva, nota-se que, assim como as pessoas em situação de cumprimento de sanção penal, muitas outras, que compõem grupos de titulares de dados pessoais à margem da sociedade de risco, à luz de um direito vivo, aspiram por direitos e garantias que lhes promovam uma proteção adequada dos dados pessoais, da privacidade e da autodeterminação informativa.

A globalização e o avanço tecnológico sobre os quais se desenvolvem as relações humanas na atualidade, trouxeram a um patamar de relevo as discussões acerca não apenas da existência da atividade de manipulação de dados pessoais de forma massiva e universal, mas, também, da imprescindibilidade de se avaliar *os meios* de tratamento destes dados.

A inquietação ao redor da disciplina da proteção de dados pessoais e suas respectivas formas de tratamento – que podem ser conferidas tanto pela esfera pública quanto pela privada –, por certo compreende reflexões desde o ponto de vista sociológico e, para além dele, ético, funcional, operacional e jurídico. Esta constatação evidencia que o tema é, incontornavelmente, de ordem *glocal*².

A expansão da temática ao redor do mundo revela que a preocupação com a definição do que se considera um tratamento legítimo de dados pessoais, dentro do Estado Nação e em âmbito internacional, é uma problemática que interessa, igualmente, a toda a *humanidade*³ – especialmente porque toda a pessoa humana é titular de dados pessoais e,

¹ Como denota-se do panorama numérico de titulares de dados pessoais que cumprem sanção criminal no Brasil e no Rio Grande do Sul, trazido no subcapítulo “4.1.1”.

² O termo “*glocal*” foi cunhado por Roland Robertson (1992), por meio do qual o autor argumenta que o *local* e *global* não excluem um ao outro; pelo contrário, complementam-se, a medida que o local deve ser tomado como um meio de compreensão do global. Já globalização, por sua vez, passa a promover um encontro de localismos.

³ A humanidade, de acordo com Miranda e Cademartori (2018, p. 13), apresenta uma série de problemas comuns, nos quais “*se observam discursos exaltados nos tempos atuais revelando nacionalismos populistas e isolacionismos em nome do bem da sociedade local. Esses discursos promovem um tipo de cegueira a partir de uma visão de que a sociedade local de hoje deixará de se envolver com o que acontece no mundo. A ampliação dos espaços de convivência e cooperação em termos mundiais se tornou algo quase que inevitável com o aumento da tecnologia, independentemente de barreiras levantadas em relação ao outro*”. Argumentam os autores que a globalização e a crise da soberania intensificaram as críticas tanto sobre a natureza do direito internacional quanto sobre as leis dos Estados-Nação, desde o ponto de vista sociológico até a perspectiva ético-funcional.

portanto, demanda a criação de direitos e de respectivas garantias que lhe promovam a salvaguarda destes bens fundamentais.

A crescente e ágil velocidade⁴ com que a manipulação de dados ocorre na atualidade, trata de basilar as noções de *risco* inerentes às formas de tratamento de dados pessoais, tornando visível a (potencial) situação de vulnerabilidade digital de determinados grupos de titulares de dados pessoais – o que demanda uma análise detalhada, desde o ponto de vista sociológico, alinhado com o dogmático, acerca de como se dispõem, em âmbito nacional, direitos e garantias relativas a esta disciplina.

Diante do intento de se promover uma análise desde uma perspectiva do constitucionalismo jurídico sobre os direitos e as garantias voltados à salvaguarda dos dados pessoais, sem, contudo, deixar de adotar um enfoque sociológico quanto ao crescente desenvolvimento de meios de manipulação de dados na sociedade de risco, optou-se por desenvolver a presente pesquisa junto de um Programa de Pós-Graduação que tem, em seu cerne, uma forte ligação com a sociologia do direito.

O Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade da Universidade La Salle, ao promover e fomentar pesquisas com ênfase nas relações entre a sociedade e o Direito, com olhos nos métodos sociológicos e nas particularidades jurídicas, consiste em lugar ideal para o desenvolvimento de um estudo que, além de jurídico, toma parte das visões e posturas sociológicas garantistas acerca da criação de um sistema de direitos e garantias voltado ao tratamento de dados pessoais, sobretudo de pessoas titulares em situação de encarceramento.

Ao transcender, também, a histórica ênfase da pesquisa jurídica nos aspectos teóricos, superados por um olhar dialético entre teoria e empiria, a área de concentração faz com que o intento sociojurídico não seja uma mera abordagem teórica distinta ou um simples jeito diferente de realizar pesquisas abstratas, mas, sim, uma inteira concepção distinta de ciência jurídica, concreta, exequível e indispensável.

A linha de pesquisa adotada “Sociedade e Fragmentação do Direito”, mostra-se adequada a esta dissertação, tendo em vista o objeto de pesquisa, qual seja, a análise crítica acerca dos direitos e das garantias aptas a salvaguardar os dados pessoais enquanto bens fundamentais indisponíveis, o que não consiste, exatamente, em mera análise do (*déficit* de garantias presentes no) ordenamento jurídico brasileiro, ou, até mesmo, da lógica retributiva e

⁴ Ruth Gauer (2016, p. 37) destaca que a aceleração da velocidade do tempo gerou um “novo tempo”, cuja densidade tratou de reduzir o espaço, complexificando a forma de fazer história. Segundo a historiadora, a nova velocidade do tempo vem diminuindo espaços com uma grande rapidez, “o que nos possibilita pensar que caminhamos para o ‘fim’ dos espaços vazios”.

da segregação de titulares de dados, mas, sim, de como esse objeto pode demonstrar um ponto de fragmentação do Direito a partir da sociedade, trabalhando o local – acesso estatal a dados de pessoas acusadas em processos criminais – e o global – os problemas relativos aos dados pessoais e sua (potencial) exposição em plataformas digitais.

A presente pesquisa justifica-se, teoricamente, pela postura crítica que a teoria garantista assume enquanto dogmática e pelo caráter questionador que oferece ao Direito. Pretende-se abordar questões voltadas às formas de tratamento de dados pessoais conferidas pelo Poder Público especialmente para as finalidades que se encontram fora do âmbito de aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), analisando, assim, quais são as garantias existentes aptas a proteger o titular destes dados de um eventual exercício arbitrário do poder estatal durante a manipulação de seus dados.

É manifesta a necessidade atual de se lograr interpretações quanto à expressão de uma espécie de violência digital que possa se fazer criar ou desenvolver, sobretudo, por intermédio da adoção de uma visão garantista, vinculada, em sua essência, a direitos fundamentais e não a um caráter meramente entusiasta em relação ao grau de eficiência da virtualização processual – o que ora se propõe, dadas as possibilidades de exposição de dados pessoais por aqueles que os detêm em prejuízo daqueles que os dispõem.

Justifica-se a presente pesquisa, para além disso, pelo intento de se voltar à análise não apenas do direito vigente, mas também do direito vivente, este pensado por Ferrajoli (2019) enquanto direito interpretado e concretamente aplicado, isto é, aquele consistente em um conjunto aberto de significados normativos associado pelo entendimento jurisprudencial e pela ciência jurídica por meio da interpretação operativa e da argumentação do próprio direito em vigência. Trata-se, portanto, do propósito de se utilizar do direito vivo para a construção crítica acerca do desenvolvimento e da conjunção entre uma área da tecnologia e o ambiente da execução criminal.

A abordagem da teoria garantista para o desenvolvimento do trabalho mostra-se oportuna diante da necessidade de, em tempos atuais, se retomar incisivamente o cerne crítico da própria ideia de crítica. Entende-se que, partindo-se desta perspectiva, será viável desenvolver uma análise crítica das racionalidades vigentes, de suas razões – inclusive temporais – e dos argumentos que propiciam sua legitimidade, isso, aliás, com o fim de se distanciar da razão vulgar e das razões ardilosas que a sustentam e a legitimam (TIMM DE SOUZA, 2016).

Atenta-se para a premissa de que a construção de um modelo jurídico de garantias pressupõe que se internalize a ideia de que o exercício do poder leva à prática de

determinados abusos, e que o direito, por sua vez, deve ser entendido como uma ferramenta de tutela do cidadão diante dos poderes (selvagens e) ilimitados do Estado. É oportuna, pois, a realização de uma análise sobre as formas pelas quais o Estado tem utilizado ferramentas tecnológicas como meio de garantir certos direitos fundamentais, isto, aliás, tendo em vista que o ato de *garantir* está essencialmente vinculado à defesa dos direitos como limite ao poder punitivo, o que se dá por intermédio de técnicas capazes de minimizar arbitrariedades de ordem judicial e administrativa (CARVALHO, 2008).

Pela perspectiva social, deve-se tomar como base que o trabalho aborda um tema base que compreende fenômenos voltados não somente ao desenvolvimento tecnológico relacionado ao tratamento intensivo de dados e de plataformas virtuais como ferramentas de auxílio nas atividades dos poderes estatais, tais como o Judiciário, como também àqueles voltados à pauta global da disciplina da proteção de dados pessoais.

Trata-se de um tema que, apesar de contemporâneo no que se refere aos fenômenos inerentes ao desenvolvimento tecnológico e ao tratamento massivo de dados, trazem à tona problemáticas já vinculadas ao ordenamento jurídico quanto às *indevidas lacunas* de garantias, à presença de meras garantias *débeis* a determinados direitos ou, ainda, a problemáticas relativas ao processo de execução criminal, porém, aqui, analisadas sob um novo ângulo. É precisamente por isso a importância de se construir, sob uma perspectiva garantista, uma análise das novas faces de um problema constante.

É neste íterim que se analisará a condição de *bem fundamental personalíssimo* na qual se enquadram os dados pessoais. Isso deve-se ao apontamento de que *os bens fundamentais personalíssimos* são objetos, essencialmente, vinculados a direitos individuais negativos. Isto é afirmar, precisamente, que se tratam de expectativas negativas às quais correspondem, como garantias, os limites fundamentais especificados pelas respectivas proibições de lesão.

Dessa forma, o direito fundamental à proteção de dados pessoais – estes últimos compreendidos, para fins dessa pesquisa⁵, como bens fundamentais personalíssimos – situa-se

⁵ A escolha do constitucionalismo garantista como marco teórico nuclear da pesquisa e a adoção da noção de “dados pessoais” como “bens fundamentais personalíssimos” como pressuposto, decorre, também, de uma resposta dada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli a um questionamento das autoras da presente dissertação. No evento intitulado “XI Congresso Internacional da ABraSD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito”, no painel nominado “olhares sociojurídicos sobre a atual crise sanitária”, realizado no dia 20 de outubro de 2020, foi encaminhado a Ferrajoli o seguinte questionamento: “*Lei ritiene sufficiente il linguaggio delle garanzie per affrontare la questione della privacy e protezione dei dati, o forse no, forse il “big data” è nel campo dell’espansione del costituzionalismo del diritto privato e fuori dai confini dello stato nazione?*”. Na oportunidade, o jurista expressou o seu posicionamento no sentido de que os dados pessoais, atualmente, se enquadram na condição de *bens fundamentais*, dada a sua relevância e o seu valor na sociedade atual, demandando, portanto, a elaboração de garantias passíveis de proteção destes enquanto tais,

na posição de determinar a expectativa negativa de *não lesão* aos direitos fundamentais primários (subjctivos) à proteção de dados pessoais, à autodeterminação informativa, à privacidade, à intimidade e ao livre-desenvolvimento da personalidade.

A leitura de um sistema de garantias permite a análise do tema ora delimitado, sobretudo, porque o garantismo demanda a vinculação do juiz – e, é possível afirmar, do próprio Poder Judiciário – à lei como uma obrigação não apenas de cunho jurídico, mas também político, visando a que se impeça a violação do próprio modelo constitucional adotado.

Não obstante o tema abordado apresentar uma vastidão de ramificações passíveis de investigações autônomas e detalhadas, busca-se, nesta dissertação, obter respostas de um conjunto específico de três questionamentos próprios da discussão relativa ao sistema de direitos e garantias dentro de um Estado de Direito Constitucional que visa a limitar o exercício arbitrário dos poderes, neste caso, dos agentes de tratamento de dados. Tais indagações consistem em um meio de verificar se o direito fundamental à proteção de dados pessoais pode, na falta de garantias fortes, ser tomado como *lei do mais fraco*, como sugere, aliás, o título deste trabalho.

Assim, apresenta-se o conjunto de perguntas centrais norteador da pesquisa: Há suficiência ou *déficit* de garantias necessárias à efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais de pessoas sob tutela penal do Estado no Brasil? Há garantias suficientes à proteção dos dados pessoais enquanto bens fundamentais personalíssimos indisponíveis ante o Estado? O tratamento de dados pessoais conferido pelo Estado aos titulares de dados que estão sob sua tutela penal é legítimo ou promove uma indevida exposição?

Tais questionamentos permitem que se identifique, ademais, se os meios de tratamento de dados conferidos pelo Poder Público, atualmente, possuem garantias suficientes à limitação de seu poder quando este se revelar arbitrário, fazendo cessar qualquer hipótese de desenvolvimento de um poder selvagem por parte do Estado. Além disso, as respostas obtidas a partir destas perguntas permitem que se identifique se, na falta de garantias ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, este pode ser tomado como *lei do mais fraco*.

A partir dos questionamentos previamente definidos, a presente pesquisa parte, portanto, de três hipóteses centrais: (i) primeiramente, a de que, atualmente, determinados

especialmente porque consistentes em bens *indisponíveis* e de preocupação global. A riqueza da resposta dada pelo jurista traz à presente pesquisa a inequívoca compreensão de que a temática relacionada à proteção de dados pessoais, especialmente enquanto bens fundamentais personalíssimos, pode ser analisada a partir de uma perspectiva do constitucionalismo garantista, pensando-se nela a partir da concepção de um sistema de direitos e garantias.

grupos de titulares se encontram em situação de *deficit* de garantias ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, razão pela qual este pode ser tomado como *lei do mais fraco* quando inexistem garantias fortes aptas a proteger os dados pessoais de titulares desassistidos; (ii) em segundo lugar, a de que a insuficiência de garantias aptas a salvaguardar os dados pessoais enquanto *bens fundamentais personalíssimos*, coloca-os sob risco de conversão em bens patrimoniais, na medida em que passam a ser disponibilizados ao mercado e ao Estado; e (iii) por fim, a derradeira hipótese de que o Estado, ao promover (indevida) exposição de dados pessoais de apenados em plataforma eletrônica, viola do direito fundamental à proteção de dados pessoais e coloca estes titulares de dados em condição de (potencial) vulnerabilidade digital.

Quanto ao tratamento metodológico no presente estudo, ao buscar-se um diálogo entre a sociologia e o Direito desenvolvem-se investigações bibliográficas e a análise de dados durante a elaboração de uma investigação empírica, a dar à pesquisa o cunho qualitativo e exploratório. Adota-se a pesquisa bibliográfica, com a realização de consultas em livros, artigos científicos, legislações e demais documentos pertinentes, além da análise de dados colhidos junto a processos de execução criminal brasileiros, cuja obtenção e coleta é descrita, detalhadamente, no capítulo “4”.

Aponta-se, por oportuno, que a presente pesquisa foi, integralmente, realizada durante o período de isolamento social causado pela pandemia provocada pela Covid-19, o novo coronavírus, tendo o Brasil declarado⁶, em 2020, estado de calamidade pública. Esta condição excepcional, inegavelmente, imprime, neste trabalho científico, os efeitos e as adversidades provocadas neste período também aos pesquisadores. Muitas são as adversidades enfrentadas, podendo-se citar, a título de exemplificação, a impossibilidade de realização de viagens para coleta de material de estudo; a restrição total de presença física, por um longo período, em bibliotecas públicas e privadas; a inviabilização do convívio acadêmico presencial em aulas e eventos, dentro inúmeros outros.

De um modo particular e majoritariamente digital, entretanto, a presente dissertação foi desenvolvida durante o distanciamento, com acesso a aulas virtuais, ministradas pelos docentes do PPGD da Universidade Lasalle, com a participação em eventos digitais, acesso a livros e bibliotecas eletrônicas. A excepcionalidade do meio, em que pese a apresentação de dificuldades e limitações, contudo, não obsteu a realização do trabalho.

⁶ O Decreto Legislativo nº 6 (BRASIL, 2020f) reconheceu, oficialmente, o estado de calamidade pública no Brasil em razão da pandemia provocada pelo vírus Sars-CoV-2 ou Covid-19 e seu grau de contágio.

Destarte, visando a responder ao conjunto de questionamentos inicial e testar as hipóteses correspondentes, a presente dissertação é dividida em três capítulos. Primeiramente, no capítulo “2”, faz-se a introdução teórica necessária à construção da investigação sobre a disciplina da proteção de dados, partindo-se de uma perspectiva garantista. Assim, de pronto, realiza-se uma apresentação do modelo garantista de estado constitucional pensado por Ferrajoli (1995, “parte V”, 2011a).

No capítulo inicial faz-se uma contextualização acerca do constitucionalismo do pós-guerra na leitura garantista, de modo a apresentar para o leitor as noções garantistas de distinção entre “vigência” ou “existência” e “validade” ou “invalidade” substancial, perpassando, ainda, pelas noções que compreendem a esfera do indecível e a separação entre direito e moral. Também, promove-se uma análise das estruturas e das classificações de direitos e bens fundamentais desde a perspectiva do constitucionalismo garantista, de modo que seja possível aferir quais são os meios de sua proteção e de sua aplicabilidade real mediante garantias fortes.

De modo a encerrar o capítulo “2”, uma vez apresentadas as noções sobre direitos fundamentais e garantias, passa-se à diferenciação de “bem” e “coisa”, para, então, se chegar à teoria dos *bens fundamentais*. Traz-se ao leitor, assim, a classificação dos bens fundamentais como assentado na teoria garantista, de forma a viabilizar a análise crítica da adequação da conceituação dos “*dados pessoais*” como “*bens fundamentais personalíssimos*” dentro do marco nuclear adotado.

Nessa direção, feitas as definições e as argumentações teóricas imprescindíveis para a realização da análise das normas e das garantias existentes sobre o tema aqui discutido, no capítulo “3” adentra-se nas noções sobre a disciplina da proteção de dados. O capítulo tem por objetivo central verificar se, atualmente, no Brasil, existem garantias suficientes à salvaguarda das expectativas de não lesão ao dados pessoais de titulares, à luz de toda a construção teórica realizada no capítulo “2”, especialmente, quanto a um Sistema de direitos fundamentais, e suas respectivas garantias, posicionados como base do modelo de Estado Constitucional de Direito.

Na parte inicial do capítulo promove-se uma análise da evolução do direito à privacidade até o assentamento do direito à proteção de dados pessoais e, em território nacional, o desenvolvimento das elaborações normativas ao longo dos anos, demonstrando-se um histórico de garantias fracas. Parte-se, assim, para a análise crítica do escopo de aplicação da LGPD, trazendo-se para o foco da discussão aqueles grupos de titulares excluídos do

âmbito de previsão de garantias existentes na lei geral, para, assim, visualize os efeitos dessa exclusão.

Examina-se, a partir disso, os meios de tratamento de dados pessoais conferidos pelo Estado no desenvolvimento das atividades excluídas do âmbito de aplicação da lei geral vigente, de forma a avaliar se existem ou não *lacunas indevidas* de garantias, passando-se pelas noções de integração e interoperabilidade entre sistemas do Poder Público e da (potencial) proliferação de poderes selvagens na esfera pública ante a inexistência de efetivas limitações ao exercício arbitrário de poder diante do mais fraco, neste caso do titular de dados desassistido de garantias fortes e específicas.

Assim, após a realização da análise sobre a disposição de direitos e garantias aos titulares de dados no Brasil, bem como sobre a viabilidade de se tomar o direito fundamental à proteção de dados como *lei do mais fraco* quando da inexistência de garantias fortes e aptas a proteger determinados titulares, discute-se sobre a aplicação das regras contidas na LGPD partindo-se das noções sobre *poder mínimo* e *poder máximo*, tratando sobre a *esfera do indecidível* e da vedação ao retrocesso.

No capítulo “4”, por fim, discutem-se os resultados da pesquisa empírica realizada para fins de testagem das hipóteses e de resposta aos questionamentos realizados. Toma-se como objeto de análise os dados pessoais dos titulares pertencentes a um dos grupos que, por força da exclusão da atividade de persecução penal do escopo de aplicação da LGPD, estão desassistidos das garantias nelas constantes, aguardando a elaboração de lei específica voltada à sua proteção. Para fins de pesquisa empírica, portanto, analisam-se os dados de pessoas em situação de cumprimento definitivo de sanção penal, isto é, pessoas situadas no polo passivo de ações de execução criminal do Brasil.

Desta forma, a parte inicial do capítulo apresenta ao leitor informações precípuas sobre a (virtualização da) execução criminal no Brasil, indicando como tramitam esses processos eletrônicos; descreve-se, ademais, *como* e por quais razões realizou-se este recorte de objeto da pesquisa empírica, delimitando-a e indicando os meios de obtenção, acesso e coleta dos dados analisados.

Somente depois desta contextualização é que se passa, portanto, à descrição propriamente dita dos dados colhidos, demonstrando, na leitura, *quais* são os dados pessoais destes titulares que, atualmente, estão em situação de tratamento pelo Estado, como podem ser categorizados e, sobretudo, qual é o seu nível de exposição ao público.

Desta análise busca-se depreender, a partir de uma leitura da teoria garantista, se é possível considerar que o tratamento conferido aos dados se dá de forma *legítima* ou não; se

há *exposição indevida* de dados pessoais ou não; se os titulares de dados investigados estão diante de suficiência ou de *deficit de garantias*; se o Estado, enquanto agente de tratamento de dados, possui limites ao exercício de seu poder ou não; se estão desenvolvidos poderes selvagens pela esfera pública; e, por fim, se os apenados estão na condição de (potencial ou efetiva) vulnerabilidade digital.

Finalizando o trabalho, são apresentadas as considerações finais relativas ao tema com os resultados da pesquisa realizada e as referências bibliográficas empregadas para o desenvolvimento da pesquisa.

2 GARANTISMO E GARANTIAS: DO CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-GUERRA À TEORIA DOS DIREITOS E BENS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo, que se configurou nos ordenamentos estatais democráticos por força da generalização das constituições rígidas, e, em patamar internacional, a partir da sujeição dos Estados às elaborações normativas tecidas sobre direitos humanos, tratou de trazer à atualidade um novo sistema advindo da alteração do paradigma *paleopositivista*.

Neste cenário, as problemáticas trazidas pela contemporaneidade, que compreende o acelerado desenvolvimento das tecnologias e dos meios de circulação de *coisas, bens* e informações, abrangem discussões relacionadas não apenas com a bioética, a ciência da computação e a segurança da informação, mas, para além disso, com a própria manutenção das noções de legitimidade de um Estado Constitucional assentado sobre as bases da democracia substancial.

Assim, mostra-se essencial desenvolver uma análise da disposição dos direitos e dos bens fundamentais a partir de uma perspectiva trazida pelo constitucionalismo garantista, desde a aceção puramente formal daqueles até as noções de proibição de disponibilidade destes. Esta abordagem repousa na inversão do paradigma assentado no postulado do positivismo jurídico clássico (princípio da [mera] legalidade formal), resultando na separação entre *direito* e *moral* ou entre *validade* e *justiça*, diante do caráter artificial e convencional do direito existente (FERRAJOLI, 2011c, p. 43).

Isso, afinal, porque Ferrajoli, enquanto garantista, como descrito por Ibáñez (*apud* FERRAJOLI, 2014, p. 9), é, além de um filósofo analítico do Direito, um *normativista* crítico e realista, “*capaz de dar cuenta a la compleja naturaleza del derecho actual, incluidas las divergencias entre su realidad empírica y el deber ser jurídico-constitucional al que ésta debería ceñirse*”.

Deste modo, tomando-se o garantismo como abordagem, mostra-se viável delinear o vínculo existente entre o “Estado Constitucional” e a efetividade de direitos fundamentais como meio de legitimidade do Estado e, bem assim, da democracia substancial sobre a qual este se desenvolve. Parte-se, portanto, da noção precípua de que o modelo garantista de estado constitucional trata não somente da subordinação da política ao próprio Poder Legislativo, mas também, como aponta Ferrajoli (2014, p. 56), da política a princípios e direitos positivados, consistentes na razão de ser do ordenamento jurídico em sua integralidade.

Apontando-se os dados pessoais como bens fundamentais personalíssimos dentro deste contexto, por fim, explicita-se, neste capítulo, de que maneira e onde estes se situam na

classificação de bens fundamentais formulada na teoria geral do garantismo e, para além disso, de que forma podem (ou devem), efetivamente, ser protegidos enquanto objetos de direitos fundamentais primários⁷ – reflexão esta que perpassa, necessariamente, pelas considerações relativas à sua (in)disponibilidade.

2.1. O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-GUERRA NA LEITURA GARANTISTA

No contexto ocidental contemporâneo, o Direito, enquanto ferramenta utilizada por pessoas que compõem múltiplas maneiras de se relacionarem em sociedade, toma a forma de constitucionalismo jurídico ou, pode-se conceituar, “Estado Constitucional”. O constitucionalismo contemporâneo decorre, como observa Ferrajoli (2018, p. 66-67), dos impactos suportados e das lições aprendidas pela Europa após a Segunda Guerra Mundial com a libertação de regimes fascistas, o que desencadeou a alteração paradigmática tanto do Estado de Direito quanto da política.

Esta alteração paradigmática, da qual originou-se o constitucionalismo, constituiu-se a partir de dois fatores: primeiro, desde uma política constituinte vertical, alicerçada na fundação de democracias constitucionais em países ocidentais; e, segundo, de uma nova ordem internacional que passou a pactuar e elaborar cartas de direitos com o intento de convivência pacífica.

O constitucionalismo garantista – caracterizado por Ferrajoli (2018, p. 67) como um reforço e um aperfeiçoamento do positivismo jurídico – trouxe consigo uma relevante modificação na relação entre política e direito, precisamente ante a imposição de constituições rígidas introduzidas nos Estados.

Esta alteração, produzida a partir do direito positivo mediante ato constituinte, deu-se de forma a rechaçar as tragédias impostas pelas duas grandes guerras – o que, diretamente, se impôs por meio da constitucionalização do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais, presentes nas constituições rígidas, do princípio da paz global e dos direitos humanos, previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), e posteriores elaborações normativas vinculadas à promoção de direitos fundamentais.

⁷ Na divisão estabelecida sob o critério do fundamento de legitimidade, os direitos fundamentais primários, ou substanciais, conectam-se à dimensão substancial da democracia, e os secundários, ou instrumentais, à dimensão formal da democracia. Para o garantismo, os direitos fundamentais diferenciam-se dos direitos patrimoniais por um critério formal: a titularidade de direitos fundamentais é universal, posto que tais direitos são insuprimíveis e inalienáveis. Partindo-se da perspectiva adotada por Ferrajoli (2011a, p. 734), o constitucionalismo garantista mostra que os bens fundamentais são objetos de direitos fundamentais primários (ou substanciais), cuja proibição de disponibilidade consiste, em suma, em uma essencial garantia de não lesão aos direitos fundamentais respectivos.

Com o advento das constituições rígidas, portanto, a partir de uma concepção garantista, o Estado Constitucional passa a se fundar em vinculações e limites não mais restritos às construções procedimentais, mas, sim, de forma a abranger os conteúdos substanciais. Neste sentido, segundo Cademartori (2007, p. 25), a legitimidade democrática dos governos contemporâneos “passa assim a ser medida pelo respeito e pela implementação desses direitos por meio de mecanismos de legalidade, erigida esta em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais que estão plasmados por meio daqueles”.

Depreende-se que, se o direito, em momento anterior ao Estado Constitucional, se submetia à política como fonte primária de produção, neste plano contemporâneo de constituições rígidas e democracias substanciais, é a política que se subordina ao direito, à medida que a sua rigidez é emanada do vínculo existente entre si e a efetivação do projeto político alicerçado e positivado na constituição (FERRAJOLI, 2018, p. 67).

Neste cenário inaugura-se uma nova acepção do positivismo jurídico, assentado na construção do *constitucionalismo garantista*, que, segundo Cademartori e Kuhn (2020), p. 611), renova e avança de forma crítica sobre as bases do positivismo moderno.

A teoria geral do garantismo foi pensada por Luigi Ferrajoli, em 1989, na obra *Diritto e Ragione*, traduzida em língua espanhola no ano de 1995, que tinha o intento inicial de desenvolver uma teoria do garantismo penal. Como denota-se, contudo, da parte final de *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal* (1995, “Parte V”), Ferrajoli apresenta uma teoria geral do garantismo não mais vinculada, em específico, às garantias que assistem a pessoas em situação de acusação criminal pelo Estado ou sob sua tutela penal, mas assentada na tutela das liberdades do indivíduo ante às múltiplas formas de exercício arbitrário do poder – o que, então, se expande, não restringindo sua aplicabilidade somente ao ramo do direito penal.

Enquanto componente do movimento da Magistratura Democrática, ainda no contexto dos anos setenta, na Itália, Ferrajoli passou a desenvolver uma crítica a respeito da ausência de distinção entre conceitos de “validade” e de “vigência” da norma na teoria positivista kelseniana, bem como acerca da visão de sentido avalorativo da ciência jurídica. Acreditava, pois, ser impraticável a avaloratividade ante a necessidade de se pensar na crítica à lei ilegítima, que, de acordo com seu posicionamento, deve se comportar como objeto de análise tanto pelas disciplinas jurídicas positivas quanto pela jurisdição.

Deste modo, Ferrajoli (2012, p. 19) passa a explorar a divergência deôntica entre o “*dever ser*” constitucional do Direito e o “*ser*” desse mesmo Direito; isto é, promover a

diferenciação entre validade substancial e vigência puramente formal das leis – distanciando-se, desde o princípio do desenvolvimento da sua teoria geral, da concepção puramente formal da validade das leis vinculada à noção de vigência alheia às noções de conteúdo da norma.

As concepções de direito, de democracia, de ciência jurídica e de teoria jurídica decorrem, pois, da alteração dos paradigmas constitucionais posta pelo segundo pós-guerra e pela construção de constituições rígidas, cujas teses teórico-políticas não mais estavam vinculadas unicamente à validade formal das normas e da democracia. Na presença de limites e vínculos substanciais – e não somente procedimentais – das decisões, a não distinção entre vigência formal e validade substancial passou a ser insustentável (FERRAJOLI, 2012, p. 28).

Tem-se, assim, que a característica principal da democracia constitucional (e substancial) a partir da teoria geral do garantismo se assenta, em boa parte, no intento de legitimação de garantias a direitos fundamentais, o que demanda a apreciação do conteúdo presente nas previsões normativas não somente no que diz respeito ao procedimento formal adotado para sua elaboração, mas, também, no que diz respeito à sua validade substancial.

Esta diferenciação foi pensada por Ferrajoli (2012, p. 35) desde sua constatação de que Kelsen, apesar de ter verificado que o conteúdo da norma é relevante para a construção de um juízo de validade⁸, deixou de realizar uma distinção entre o ato normativo e a norma, de modo a inviabilizar a articulação e a decomposição da noção de “*existência*” da norma a partir de múltiplas referências empíricas. Deste modo, não poderia Kelsen distinguir, com a devida (e necessária) precisão, “*vigência*” e “*existência*” de “*validade*” (ou invalidade) substancial.

Chega-se, assim, na noção de legalidade estrita substancial, de modo que as normas que regulam a produção de atos pelo Estado – portanto, as decisões – não mais se vinculam de modo exclusivo à observância da forma e do procedimento de elaboração, transcendendo a mera legalidade⁹ para chegar à consideração do conteúdo. E esta discriminação enseja, diretamente, a produção da esfera do *decidível*, limitado pelo dissenso democrático; e do *indecidível*, limitado pelos direitos fundamentais (KUHN, 2019, p. 66).

⁸ De acordo com Ferrajoli (2012, p. 34), Kelsen, ao defender a tese de que a lei inconstitucional é plenamente “válida” e de que a anulação de uma norma geral consiste na sua privação de validade (inclusive, com efeito retroativo, a se consubstanciar em uma lei derogativa), introduz a necessidade de consideração do conteúdo da norma para o estabelecimento de um juízo de validade. Sua “*concepción simplificada no solo de la validez sino del entero fenómeno normativo*”, contudo, não realizou uma distinção entre a existência empírica ou regularidade formal do ato normativo e a norma substancial.

⁹ Acerca dos efeitos do paradigma constitucional sobre o princípio da legalidade, ensina Ferrajoli (2014, p. 57) que esta passa a assumir as vestes de outra complexidade, porquanto deixa de se colocar apenas como princípio normativo, figurando, concomitantemente, como princípio lógico: onde existir poder (público ou privado, estatal ou supraestatal) deverá existir normas primárias (formais e substanciais) capazes de regular e impor os devidos limites ao exercício deste poder, constituindo garantias primárias correlacionadas tanto com os direitos quanto com os interesses constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2014).

Os direitos fundamentais, quando constitucionalmente vinculados a garantias expressas suficientes à sua efetivação, consubstanciam-se em conexões para formação da estrita legalidade. Neste sentido, assevera Ferrajoli (1995, p. 857) que *“la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial”*.

A este respeito, Cademartori (2007, p. 216) observa que as teorias tradicionais de legitimação foram objeto de transformação pelo garantismo – e não de aceitação ou concordância – porque teriam se reduzido em ideologias de legitimação. Ou seja, passaram a existir não como parâmetros para a *práxis*, mas como fontes de legitimação de sistemas políticos, de modo que a significação de *“democracia”*, *“socialismo”* e *“liberalismo”* transitaram de funções ideais do estado para funções reais; isto é, transmutaram de *dever-ser* para o *ser* de fato de poderes institucionais.

O garantismo, segundo Cademartori (2007, p. 103), *“se enquadra dentro do positivismo próprio do Estado moderno, caracterizado pela forma estatal do Direito e pela forma jurídica do Estado”*. Apesar, contudo, de tal enquadramento, há contornos próprios ao redor da supramencionada distinção entre normas válidas, vigentes e eficazes – de modo que, enquanto teoria jurídica, ao embasar uma pesquisa, o garantismo proporciona o desencadeamento de uma crítica do Direito vigente desde uma perspectiva interna, não somente externa, porque pressupõe a análise de ineficácia e invalidade das normas, ainda que estas sejam consideradas vigentes.

Do mesmo modo, é importante considerar que Ferrajoli (1995, p. 849-850) apresentou três acepções de garantismo. A primeira equivale a um modelo normativo de direito que, em um plano epistemológico, se caracteriza como um sistema cognoscitivo de poder mínimo; em um plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade; e, por fim, em um plano jurídico, como um sistema de limitações ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos; a segunda acepção consiste na teoria do direito e na crítica do direito enquanto teoria da *“validade”* e da *“efetividade”* como elementos distintos (entre si e, também, no tocante à existência e à vigência das normas); e a terceira acepção denota o garantismo como filosofia do direito e crítica à política, local onde, precisamente, residem as noções de separação entre direito e moral e validade e justiça.

Acerca desta terceira acepção, observa Ferrajoli (1995, p. 854-855) que a separação entre direito e moral se trata do principal pressuposto metodológico de uma teoria geral do garantismo, mostrando que este distanciamento deve ser considerado em alcance epistemológico, teórico e político, de modo a viabilizar sua aplicação em pesquisas que tenham por objeto múltiplos planos de análise jurídica: “*el meta-jurídico de la relación entre derecho y valores éticopolíticos externos, el jurídico de la relación entre principios constitucionales y leyes ordinarias y entre leyes y sus aplicaciones, y el sociológico de la relación entre derecho en su conjunto y prácticas efectivas*”.

Estas três acepções de garantismo compreendem os elementos necessários à construção da então teoria geral do garantismo, assim relacionados:

el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él. Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento” (FERRAJOLI, 1995, p. 854).

Destes elementos depreende-se que o intento primeiro de Ferrajoli (2012, p. 21) ante as estruturas das democracias formadas após as duas grandes guerras, foi realizar uma reflexão teórica sobre as divergências entre as promessas constitucionais e as ilegítimas violações destas no direito vigente, reconhecendo que algumas destas divergências podem ser consideradas inevitáveis e fisiológicas, sem passarem a ser, contudo, sistemáticas e patológicas.

O garantismo, assim, redefine o conceito de democracia, sendo chamado de “democracia substancial” o Estado de Direito “*munido de garantías específicas, tanto liberales, quanto sociales*” (CADEMARTORI, 2007, p. 212), de modo que a democracia social e o estado social de direito, assentados na perspectiva garantista, devem, ao mesmo tempo, compor um estado liberal mínimo no que diz respeito a restrições das liberdades e um estado social máximo, naquilo em que é relativo às expectativas sociais de todos e aos deveres de satisfazê-las pelo Estado.

Segundo Ferrajoli (2012, p. 29), a constitucionalização dos direitos fundamentais equivale à imposição de limites e vínculos substanciais aos poderes políticos das maiorias: “*limites gerados por los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar validamente; vínculos generados por los derechos sociales, que cualquier mayoría tiene la obligación de satisfacer*”.

Assim, se estabelece um indubitável vínculo entre o Estado Constitucional e a noção de efetividade dos direitos fundamentais, sendo certo que, sob uma perspectiva garantista, nesta conexão se trata do ponto de partida vital para a legitimidade do Estado, este enquanto detentor do dever de barrar ilegítimas violações aos direitos fundamentais por ele constitucionalmente positivados.

Afinal, o garantismo, quando caracterizado *como filosofia do direito e crítica à política* (FERRAJOLI, 1995, p. 853), impõe ao Direito e ao Estado o dever de desenvolvimento, por intermédio das elaborações normativas e da atuação de seus poderes, de um posicionamento normativo e de uma prática atrelados à tutela e à garantia dos direitos fundamentais sobre os quais se edificam suas bases (CADEMARTORI, 2007, p. 107).

Trata-se do *ponto de vista externo*, tomado por Ferrajoli (1995, p. 854) como aquele que objetiva legitimar ou deslegitimar o Direito e o Estado desde uma ótica ético-política, configurando-se em meio idôneo para fundamentar doutrinas políticas que admitem justificações não absolutas ou totais, mas contingentes, parciais, *a posteriori*, e condicionadas.

A política submete-se à análise desde dois pontos de vista, porquanto ancorada em espaços territoriais dos estados nacionais, a partir dos quais desenvolvem-se tanto o Estado de Direito quanto a democracia política. A distinção entre os dois pontos de vista é determinada pela separação entre direito e moral, ou seja, entre o *ser* do Direito e o *dever ser* deste mesmo direito. Do *ponto de vista interno* da política, é esta própria quem produz o direito positivo, enquanto, por outro lado, do *ponto de vista de externo* – reformador e revolucionário –, a política consiste no direito por produzir (FERRAJOLI, 2018, p. 65).

O ponto de vista externo (*ex parte populi*), segundo Ferrajoli (1995, p. 854), expressa os interesses e as necessidades naturais, sejam estas individuais ou coletivas, cuja satisfação representa a justificação ou razão de ser dessas coisas *artificiais*. A artificialidade apontada, por sua vez, consiste naquela referida por Thomas Hobbes no *Leviatã* (2003, p. 181), ao referir-se ao “*homem artificial*” ao qual se atribuiu a condição de Estado¹⁰.

Assim, evidencia-se que uma das características primeiras da teoria geral do garantismo se trata do caráter vinculado do poder público no Estado de Direito – isto quer dizer que, ante o constitucionalismo jurídico construído sob a base garantista, deve o Estado

¹⁰ Assim assevera Hobbes (2003, p. 181): “*Mas, do mesmo modo que os homens criaram um homem artificial, a que chamamos república, para alcançar a paz e com isso sua própria conservação, também criaram laços artificiais, chamados leis civis, os quais eles mesmos, mediante pactos mútuos, prenderam numa das pontas à boca daquele homem ou assembléia a quem confiaram o poder soberano, e na outra ponta aos seus próprios ouvidos. Ainda que esses laços sejam fracos pela sua própria natureza, é no entanto possível mantê-los, pelo perigo, embora não pela dificuldade de os romper*”.

atuar dentro dos limites impostos pelas respectivas proibições de lesão a direitos fundamentais, o que se materializa em uma rígida vinculação à necessidade de garantia de tais direitos, sob pena de aferimento de sua ilegitimidade enquanto Estado de Direito.

Observa-se, contudo, que existe uma clara distinção entre “democracia política” e “Estado de Direito”. Como aponta Cademartori (2007, p. 208), as condições formais de validade, no tocante às regras procedimentais, consistem na definição e na verificação acerca de “*quem*” pode e “*como*” se deve decidir, de modo que estas se referem à forma de governo; por outro lado, as condições substanciais de validade da norma, conectadas com seu conteúdo, dizem respeito a “*o que*” se pode ou não decidir, razão pela qual sua natureza não define a forma de direito (se democrático, monárquico, oligárquico ou burocrático), mas, sim, o caráter de direito do sistema jurídico.

O Estado de Direito, concebido pelo pensamento liberal, portanto, mostra-se rígido em relação à previsão de proibição de lesão a direitos fundamentais dos indivíduos; logo, tais proibições se consubstanciam em garantias de não lesão a bens pré-políticos e *naturais* – tais como a vida, a liberdade, a propriedade e, consoante tópico “2.3”, a privacidade, a personalidade e os dados pessoais. Trata-se, portanto, de um dever público de não fazer (prestações negativas).

Estes deveres de não lesão, isto é, estas *garantias liberais* ou *negativas*, indicam que, com a alteração das bases da legitimação do Estado – agora assentadas no intento de tornar efetivos os direitos fundamentais –, não se busca tão somente não piorar as condições de vida do cidadão (como no Estado de Direito liberal), mas, também, no Estado de Direito social, de melhorá-las (CADEMARTORI, 2007, p. 210).

Esta constatação deve-se ao fato de que o Estado liberal se atenta à produção de garantias que promovam a efetiva proteção das condições *naturais* de existência, tais como a vida, a liberdade, os dados pessoais e a não nocividade de recursos naturais; já as garantias sociais dizem respeito à pretensão ou aquisição de condições sociais de vida, como a saúde, a educação e o trabalho.

Como observa Cademartori (2007, p. 211), estas duas formas de garantias – *liberais* (preservação das condições naturais) e *sociais* (pretensão ou aquisição de condições naturais) – não são excludentes e não se implicam reciprocamente, ao contrário do que pregam determinadas contraposições *luhmanianas*¹¹ entre liberdade individual e justiça social e determinadas argumentações marxistas baseadas na indissolubilidade entre igualdade perfeita e liberdade plena.

¹¹ Ferrajoli (1995, p. 895) mostra que a noção de incompatibilidade entre os tipos de garantias (liberais e sociais) e entre o próprio estado de direito e o estado social, pode ser verificada na obra de LUHMANN, Niklas. *Il Welfare State come problema politico e teorico*. In: FANO, E.; MARRAMAO, G.; RODOTÀ, S. (ed.). **Transformazioni e crisi del Welfare State**. Bari: De Donato, 1983. p. 349-359.

Ao sustentar uma malfadada contraposição entre a liberdade individual e a justiça social, Luhmann (1983, p. 351) aponta para uma dupla tese:

a) tutti i conflitti devono essere in ultima istanza decisi in sede politica compresi quelli che concernono la salute dell'anima o l'uso dell'energia atomica; b) al potere statale sovrano a ciò necessario deve essere impedita ogni forma di esercizio arbitrario. Nella teoria e nella realtà politica dello Stato costituzionale moderno contraddittorie, sono state di fatto realizzate.

Sob a perspectiva do constitucionalismo garantista, contudo, o argumento de que, ainda que suprimíveis, existem demandas contraditórias advindas do exercício da liberdade individual e da justiça social, não se sustenta. Afinal, inexistem desarmonias pendentes de supressão quando se toma como ponto de partida da análise o fato de que, no estado constitucional, a atuação que visa a cessar o exercício de poderes arbitrários por intermédio de proibições de lesão a direitos fundamentais, ocorre tanto por meio da ação política quanto da atribuição de efetividade ao próprio Direito enquanto *dever ser*.

Se, por um lado, o estado liberal de direito define sobre o que *não se pode decidir* e, por outro, o estado social atenta para o que *não se pode deixar de decidir*, tem-se, no constitucionalismo garantista, uma possibilidade de congraçamento entre demandas populares, de modo que, na chamada democracia substancial ou social, coexistem harmoniosamente garantias liberais e sociais.

Com isso, partindo-se para um aprofundamento da análise da legitimidade do Estado proposta pelo constitucionalismo garantista, tem-se que este se encontra assentado sobre a premissa de que o direito e o estado são instrumentos a serviço de interesses externos.

Do garantismo depreende-se a existência de uma conexão dos poderes estatais com os direitos fundamentais, de modo a promover as relações (de baixo pra cima) entre cidadãos e Estado, adotando-se a concepção da pessoa humana como valor e mantendo-se o livre-desenvolvimento dos interesses externos de cada cidadão, sobre o que está assentado o princípio da tolerância.

Neste sentido, destaca Ferrajoli (1995, p. 906) que a moderna tolerância consiste no respeito a todas as possíveis identidades pessoais e de todos os pontos de vista a elas correspondentes, das quais é corolário o conhecido princípio da inadmissibilidade de normas penais constitutivas. Trata-se da atribuição de idêntico valor a cada indivíduo, de forma que a *intolerância* consiste na desvalorização de determinada pessoa em virtude de uma identidade específica. Já o *intolerável* é aferível a partir de violação das pessoas por meio de lesões *intolerantes* de suas identidades pessoais.

Este valor atribuído ao cidadão, em virtude da adoção de um ponto de vista externo e, assim, a construção do valor da igualdade, dá luz àquilo que Ferrajoli (1995, p. 906) chama de *igualdade jurídica*, que consiste em

un principio complejo, que *incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales*. En un primer sentido, en efecto, la igualdad reside en el valor asociado de manera indiferenciada a todas las personas, es decir, “sin distinción”. [...] En un segundo sentido, por el contrario, la igualdad radica en el desvalor asociado a otro género de diferencias: a todas aquellas “de orden económico y social de las que provienen, como dice el art. 3,2.” de la Constitución italiana, los obstáculos que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana (grifou-se).

Percebe-se, pois, que, para Ferrajoli (1995, p. 907), a igualdade jurídica apresenta-se em dois sentidos: o primeiro, referente à *igualdade formal ou política*; e o segundo, relativo à *igualdade substancial ou social*.

A *igualdade formal ou política* a coloca de modo a não atribuir valor às pessoas de modo distinto, mas de forma idêntica em relação a cada uma – isso, portanto, diz respeito a não distinção relacionada a questões de sexo, de raça, de posicionamento religioso e político, de língua e cultura, além, ainda, de liberdade de desenvolvimento da personalidade, de gozo da privacidade e meios legítimos de gerir os seus próprios dados pessoais. As igualdades e as diferenças, neste sentido, não apenas não são contraditórias, como se implicam reciprocamente.

Já a *igualdade substancial ou social*, por outro lado, aponta para as diferenças que já não cumprem relação com distinções de identidade, mas que, em verdade, se convertem em *privilégios* ou *discriminações* sociais que tratam, propriamente, de viabilizar a deformação da identidade e o desencadeamento da *desigualdade* destas pessoas – razão pela qual são entendidas como *intoleráveis*.

Em se considerando que as desigualdades jurídicas são *intoleráveis* e tratam de obstaculizar a vida, as liberdades, a sobrevivência e o desenvolvimento das pessoas em um meio ambiente sadio, tem-se que um dos maiores desafios da filosofia jurídica e política consiste, precisamente, na identificação do limite do *tolerável* em termos quantitativos e qualitativos (FERRAJOLI, 1995, p. 907).

Deste modo, o direito à igualdade consiste em um metadireito tanto no que se refere à liberdade quanto em relação à fraternidade decorrente da efetivação de direitos sociais. Atua, precisamente, na construção de direitos de liberdade enquanto igualdade formal inerente às distinções pessoais, e, também, de direitos sociais, enquanto igualdade substancial voltada às condições de sobrevivência. Redefinem-se os *direitos fundamentais* como, segundo

Ferrajoli (1995, p. 908) “*aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad*”.

Dito isto, como observa Bobbio (*apud* FERRAJOLI, 1995, p. 19), deve-se considerar que, paradoxalmente, até mesmo o mais perfeito sistema, assentado em garantias, demanda a intervenção ativa, tanto de indivíduos quanto de coletivos, de maneira a atuar em defesa de direitos, mesmo que estes já tenham sido expressamente declarados, porque, mesmo que já componham uma normativa, podem ainda não comportar a efetividade esperada. Não se trata, portanto, de um sistema que encontra suas garantias em si mesmo, mas que aspira por atuação direta e efetiva dos titulares de direitos.

Para Cademartori (2007, p. 218), a difícil tarefa de plasmar garantias e torná-las efetivas não se trata de uma questão puramente jurídica, mas fática e política, relacionada diretamente com a predisposição dos poderes para atender o princípio da centralidade das pessoas e da dignidade a ela inerente.

Esta tarefa, segundo Ferrajoli (1995, p. 941), também diz respeito à lealdade dos poderes públicos com as instituições, à maturidade democrática das forças políticas e sociais e, por fim, à sociedade enquanto detentora de potencial para reivindicação destas garantias por meio da luta por direitos – apoiada, sobretudo, no sistema normativo das garantias oposto às vocações antigarantistas de todos os poderes, públicos e privados, desde um *ponto de vista externo* (de baixo para cima).

Precisamente, do reconhecimento dos demais enquanto pessoas que possuem o mesmo valor que se associa a si mesmos, é que deriva a disponibilidade de cada um à sua inserção na luta pela defesa e efetivação dos direitos vitais próprios e alheios. Somente a luta pelos direitos por intermédio da defesa contra qualquer obstáculo, ameaça ou violação, pode garantir a sua posse efetiva, porque, como assevera Ferrajoli (1995, p. 945), a efetividade dos direitos nunca está garantida de uma vez por todas, mas decorre de constantes e caras conquistas diárias. Neste contexto, assim alude o autor:

Las luchas por los derechos no son sólo un instrumento de defensa de los derechos violados. Son también lugar y momento de elaboración y reivindicación de nuevos derechos para la tutela de nuevas necesidades individuales y colectivas. Puede afirmarse tranquilamente que, en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son fruto de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos: primero el derecho a la vida y la garantía del *babeas corpus*, después la libertad de conciencia y de religión, sucesivamente la libertad de opinión y de prensa, más recientemente la libertad de asociación y de reunión y más tarde el derecho de huelga y los derechos sociales (FERRAJOLI, 1995, p. 946).

Nesta perspectiva, a consolidação de um sistema constitucional apto a assegurar a efetividade de direitos normativamente proclamados, demanda a elaboração de garantias suficientes à neutralização do poder e do direito ilegítimo, para que, deste modo, ainda que muito avançada em termos de previsões de princípios e direitos, não passe de um papel dependente de técnicas coercitivas (FERRAJOLI, 1995, p. 850). Para além da construção destas garantias, demanda, igualmente, que a luta pelos direitos – estejam eles em situação de violação ou na pendência de normatização – seja constante e desenvolvida não apenas no campo jurídico, mas, também, no campo fático e político.

O constitucionalismo garantista trouxe consigo, então, a modificação paradigmática da democracia, que implicou, da mesma forma, a alteração de sentido da soberania popular. Como assevera Ferrajoli (2014, p. 81), ao se promover a elevação das normas supraordenadas em relação às demais regras do ordenamento jurídico, resta conferido aos titulares destes direitos uma posição igualmente supraordenada ao conjunto de poderes vinculados e funcionalizados por intermédio de suas garantias, sejam públicos ou privados. Deste modo, a soberania popular permanece sendo de titularidade do povo e só dele (garantia negativa), e, para além disso, reflete a totalidade de direitos fundamentais inerentes, igualmente, a todas as pessoas (garantia positiva).

Mostra-se fundamental, portanto, que sejam analisadas as estruturas e as classificações de direitos e bens fundamentais desde a perspectiva do constitucionalismo garantista, de modo que seja possível aferir quais são os meios de sua proteção e de sua aplicabilidade real mediante garantias fortes, o que se faz a seguir.

2.2. DIREITOS E BENS FUNDAMENTAIS: A ABORDAGEM FORMAL GARANTISTA

O constitucionalismo garantista traz consigo reflexões que podem vir a ser aderidas de modo a transformar a estrutura normativa do poder do Estado, que deixa, com a rigidez constitucional, de se limitar negativamente por proibições de impedir e por *direitos de*, para, além disso, compreender obrigações positivas de satisfazer *direitos a*. Esta constatação indica a modificação dos próprios meios de legitimação do estado e das ações do poder público: estas, agora, podem ser produzidas por intermédio da elaboração de garantias suficientes não apenas à cessação da mitigação da efetividade dos direitos fundamentais, mas, também, para melhorar sua aplicabilidade no campo fático e político.

A definição teórica puramente formal dos direitos fundamentais, proposta por Ferrajoli (2011a), assim classifica todo direito subjetivo que diz respeito, de maneira

universal, a todo o ser humano dotado do *status* de cidadão ou de pessoa com capacidade de fato. Os direitos fundamentais, então, traduzem-se em expectativas positivas ou negativas que correspondem a deveres (prestacionais) ou proibições (de lesão) –, sendo estas as garantias primárias –, além de deveres de reparar ou sancionar judicialmente as violações destas – portanto, garantias secundárias.

Cabe salientar que, como direito subjetivo, tomam-se, na presente pesquisa, aqueles subdivididos por Ferrajoli (2011a, p. 601) em quatro categorias: (i) direitos-potestativos, compreendidos por aqueles que podem ser exercidos por meio de negociações ou trocas, tais como os direitos de propriedade; (ii) direitos-faculdade ou de comportamento, vinculados às liberdades fundamentais, como expressão e associação; (iii) direitos-imunidade, que demandam expectativas negativas de não violação, como a vida, a integridade e, ainda, a proteção de dados pessoais (enquanto expectativa de não violação, inclusive, a privacidade, da intimidade e da personalidade); e (iv) direitos-pretensões, que compreendem expectativas de prestação positiva, como direitos de crédito e direitos sociais.

O ponto que unifica todas as quatro categorias de direitos subjetivos consiste no caráter de suas expectativas, que são positivas no caso dos direitos-pretensão e negativas em relação aos demais, a partir do que se torna possível pensar as garantias a eles correspondentes. A este respeito, observa Ferrajoli (2011a, p. 604) que “*reconocer y garantizar a alguien un derecho quiere decir, en todos los casos, asegurar su tutela – de su integridad, de las necesidades subyacentes al mismo, o de su esfera de acción o decisión – a través de la prohibición o de la obligación de un comportamiento ajeno*”.

Assim, direitos fundamentais, na concepção de Ferrajoli (2011a p. 705), são os direitos subjetivos, isto é, interesses juridicamente protegidos no formato de expectativas, que podem ser positivas ou negativas. Podem, ademais, ser caracterizados como *sociais* ou *individuais*, posto que aqueles são os que comumente são vistos como “direitos positivos”, que demandam uma prestação do estado – como saúde e educação –, e estes são os direitos de liberdade e de autonomia, isto é, o direito “*de*” agir de determinada maneira; de liberdade “*frente a*” eventual abuso, ou, ainda, “*para*” agir em busca de uma finalidade particular.

A tradição liberal apresenta um estado de direito liberal que detém, precisamente, *garantias negativas* (deveres públicos de não fazer, isto é, de deixar viver e de deixar fazer), compreendidas por *direitos de* e, mais, prestações negativas; o estado de direito social, por sua vez, caracteriza-se pela incorporação, também, de obrigações que demandam a prestação positiva do Estado em favor da garantia dos direitos sociais.

Neste contexto, assenta Ferrajoli (1995, p. 862) que os dois tipos de garantias e os dois modelos não se excluem ou colidem entre si, podendo coexistir em Estados, ao menos normativamente, tanto liberais, quanto sociais, porquanto enunciam garantias a direitos fundamentais por meio de prestações positivas e negativas. Deste modo, o modelo garantista compreende o intento tanto de promover garantias negativas que visam à conservação de direitos “*naturais*” de existência (como a vida e as liberdades) quanto de apresentar garantias positivas que aspiram por condições sociais de vida (como a subsistência, a saúde e a educação).

No que diz respeito às garantias, Ferrajoli (2011a, p. 654) promove a distinção entre as *garantias primárias*, isto é, aquelas que comportam diretamente a nulidade das decisões, a minimização da discricionariedade dos poderes e a supressão dos poderes de disposição imprópria, cujo exercício é fonte de abusos, e as *garantias secundárias*, naquelas que preveem a responsabilidade em forma de sanções a serem aplicadas em decorrência de desvios cometidos em prejuízo dos indivíduos.

Destarte, a própria normatização das garantias secundárias, relativas à previsão de sanções cuja aplicação se dará em desfavor daquele que atuar em sociedade de modo a violar obrigações de não lesão a direitos fundamentais alheios, depende, igualmente, da existência de garantias primárias fortes (FERRAJOLI, 1995, p. 594).

Nesse sentido, Ferrajoli (2014, p. 43) assevera que:

Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.

Tem-se, portanto, que a norma de direito fundamental deve conter elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, sendo certa a existência de normas constitucionais que, sem garantias correspondentes, não são suficientes para uma efetiva aplicação e, sim, que carecem da interposição do legislador para que produzam os efeitos integrais esperados. Trata-se de normas jurídicas em si que, entretanto, demandam a elaboração de garantias que lhe atribuam efetividade (FERRAJOLI, 2011a).

Isto, aliás, é o que Ferrajoli (2014, p. 58) descreve como postulado da *plenitude deôntica*. QuerÉ dizer que, ainda que se tenha a previsão destes direitos, estes devem ser aplicados e, para além disso, devem ser criadas garantias suficientes à sua plena efetivação. Segundo este princípio, onde existirem direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias, devem ser pensadas, também, garantias primárias, isto é, “*poderes-deveres*” (suficientemente) correspondentes.

Neste contexto, partindo-se da concepção sobre direitos fundamentais adotada pelo constitucionalismo garantista, exemplifica-se que a proteção de dados pessoais consiste em um direito negativo, isto é, um direito de liberdade “*frente a*” possíveis abusos, como a exposição e o indevido compartilhamento de dados pessoais de titulares em prol de finalidades não consentidas ou não suficientemente determinadas em momento prévio ao tratamento de dados. Já o direito à duração razoável do processo consiste em direito positivo, que demanda uma ação positiva do estado para sua efetividade e que deve ser garantido, sem, entretanto, infringir outros direitos de liberdade.

Acerca da necessidade de coexistência de garantias vinculadas a direitos sociais e individuais, sem que se vislumbre uma equivocada impossibilidade de fazê-lo, se tomará como exemplo, neste capítulo, a imposição de se garantir a efetividade do direito à proteção de dados e, ao mesmo tempo, a celeridade processual, sem que as garantias de um se desdobrem em detrimento das garantias vinculadas ao outro.

Em se tratando do direito à proteção de dados pessoais de um direito fundamental positivado, percebe-se que, efetivamente, o Estado concebeu, por intermédio da elaboração legislativa de regras e de deveres de não lesão, uma garantia primária deste direito, o que se deu por meio da vigente Lei Geral de Proteção de Dados – a Lei nº 13.709/2018. Já a possibilidade de atribuição de multas administrativas e de ajuizamento de ação correspondente junto ao Poder Judiciário, pela qual se pode buscar a aplicação de sanções legais e previamente estabelecidas, trata-se, precisamente, da garantia secundária relacionada a este direito.

Já no que se refere ao direito à duração razoável do processo, são muitas as garantias primárias estabelecidas pelo Estado, dadas por intermédio de elaborações legislativas, como é o caso da possibilidade de elaboração de calendário de prazos pelas partes¹²; da viabilidade de citação da parte adversa por carta¹³; além das formas alternativas de resolução de conflitos e a priorização da designação de audiências conciliatórias em âmbito processual civil¹⁴.

¹² O artigo 191 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2002) estabelece que, de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais quando for o caso. Esta garantia pode viabilizar maior agilidade processual, à medida que as partes podem reduzir determinados prazos a fim de conferir rapidez, por exemplo, da instrução probatória.

¹³ O artigo 248 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) permite que, pelo correio, o escrivão ou o chefe de Secretaria remeta ao citado cópias da petição inicial e do despacho do juiz e, desta forma, comunique o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.

¹⁴ Os artigos 166 e 334 et seq. do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) trazem a conciliação e a mediação como ferramentas para a resolução de conflitos, estritamente ligadas aos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Também a Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021 (BRASIL, 2021), trata da possibilidade (e preferência) de citação de empresas por meio eletrônico, por intermédio de endereços de e-mail que passarão a compor um banco de dados do Poder Judiciário de acordo com o que dispõe o artigo 246 do diploma legal.

As reformas judiciárias internas, da mesma maneira, consistem em políticas públicas desenvolvidas pelas instituições visando, dentre outros objetivos, à busca por maior celeridade processual. Quanto às mencionadas políticas, importa considerar que a administração do Judiciário se trata de função de governo que, embora deva ser limitada pelo texto constitucional, permite discricionariedade, sendo viável a definição de políticas internas, realização de concursos públicos e adoção de ferramentas. O ato de julgar, entretanto, permanece sendo uma função de garantia (FERRAJOLI, 2011a, p. 532).

Políticas administrativas adotadas por outras esferas de poder, igualmente, buscam propiciar a garantia primária do direito à celeridade processual, como é o caso da adoção, pelo Poder Judiciário, de plataformas de processo eletrônico que viabilizam, de fato, a virtualização de determinados atos processuais, como é o caso da intimação eletrônica¹⁵.

O problema, no entanto, surge no momento em que, para promover a garantia do direito à duração razoável do processo, outras garantias são colocadas em situação de inobservância, mitigação, ou mesmo inexistência (elaboração normativa *de lege ferenda*).

Na dinâmica do Estado Constitucional pode-se tomar como incompatível que o poder público, por meio de seus poderes, visando a conferir efetividade ao direito à duração razoável do processo, realize ações dotadas de qualquer potencial de vulneração ao direito à proteção de dados pessoais e às suas garantias de não lesão deste próprio direito.

Se assim o fizer, estará o poder público atuando em desconformidade com o dever de harmonizar a salvaguarda de todos os direitos fundamentais positivados, sejam liberais, sejam sociais, sem que a garantia de um resulte na prostração do outro. Neste ponto, de acordo com Cademartori (2007), a lesão dos direitos fundamentais por parte dos Poderes põe em risco a própria legitimidade do Estado Constitucional de Direito.

Ademais, a atividade do tratamento e da manipulação de dados pessoais demanda o desenvolvimento de instrumentos que a harmonizem com parâmetros de proteção da pessoa humana presentes nos direitos fundamentais e instrumentos regulatórios capazes de possibilitar aos indivíduos um controle efetivo a respeito de seus dados pessoais, garantindo o acesso, a veracidade, a segurança e o conhecimento da finalidade para a qual serão utilizados por parte dos titulares (DONEDA, 2019, p. 24)

Postas as condições de garantia dos direitos levantados neste estudo e, por conseguinte, evidenciada uma distinção entre os conceitos de direito e de garantia, frisa-se

¹⁵ O artigo 270 do Código de Processo Civil explicita que as intimações, sempre que possível, serão realizadas por meio eletrônico, o que ocorre na forma da Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

que a eventual inexistência de garantias suficientes à salvaguarda de um direito fundamental (como ventila-se ser o caso do direito à proteção de dados pessoais, como será abordado no capítulo “3”) comporta a presença de *lacuna indevida*, enquanto a violação de direitos pela atuação dos poderes públicos pode ser considerada *indevida antinomia*¹⁶, à qual se deve sancionar como ato ilícito ou anular como ato inválido.

Acerca do caráter *potestativo*¹⁷ da sujeição do juiz à lei; e, ainda, *valorativo* da ciência jurídica, Ferrajoli (1995, p. 876) observa que somente uma lei considerada válida pelo juiz comporta uma obrigação de sua própria aplicabilidade, uma vez que tal aferimento de validade não se limita à análise de sua previsão normativa formal, mas demanda a verificação de, além de *vigência* formal, *validade* substancial. Comporta, portanto, a valoração operativa do juiz – que, diga-se, em nada se vincula à noção de discricionariedade criativa.

Abre-se parêntese para indicar que Ferrajoli (2019, p. 42) apresenta uma clara distinção entre valoração operativa da norma e discricionariedade criativa, indicando a inaceitabilidade da tese de criatividade da jurisdição, tanto em sentido próprio ou forte (poder do juiz de criar um novo direito) quanto em sentido impróprio ou fraco (vinculado à noção de discricionariedade argumentativa), e, ainda, apontando que “*per questo l’ultima cosa di cui si sente il bisogno è autorizzarli altresì a creare nuovo diritto, smarrendo il confine tra legittima discrezionalità interpretativa e illegittima creazione giudiziaria e così minando le basi della loro legittimazione*”.

Voltando-se às definições de vícios que marcam o exercício de um poder ilegítimo dentro de um estado de direito, Ferrajoli (1995, p. 878) esclarece que as chamadas *antinomias* constituem violações consistentes em ações tomadas pelo poder público enquanto este não promove a anulação de normas que se encontram indevidamente vigentes. Já as *lacunas*, por sua vez, fundamentam-se em violações consistentes em omissões, que assim atuarão até que elaboradas as normas que, indevidamente, não se encontram vigentes.

Quanto às *lacunas*, observa Ferrajoli (2012, p. 48) que estas *expectativas* por ele analisadas dizem respeito, precisamente, ao que chama de *lacunas estruturais*, pois promove

¹⁶ Ao desenvolver formulação para a aplicabilidade teórica à fundamentação decisória ante a aferição dos vícios em questão (lacunas e antinomias), Ferrajoli, no primeiro volume da obra *Principia Iuris* (2011a, p. 644), definiu “*antinomia*” como “*vicio sustancial producido por la indebida adopción de una norma en contraste con una norma sustantiva sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma en contraste*”; e “*lacuna*” como “*vicio producido por la indebida omisión de la adopción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma ausente*”.

¹⁷ Este caráter *potestativo*, isto é, impositivo, da sujeição do magistrado às regras positivadas, persiste quando se está diante de uma lei consonante com a Constituição vigente, não se tratando de lei inconstitucional. Assim, portanto, sua aplicabilidade não se trata de uma questão passível de discricionariedade criativa por parte do juiz.

uma distinção entre estas e as denominadas *lacunas aparentes* (que podem ser revolvidas por intermédio da analogia). Tem-se, deste modo, que as *lacunas estruturais* ensejam uma obrigação de garantir, e tais garantias são introduzidas por uma lei, portanto, decorrem de uma ação legislativa do poder público.

São as antinomias e as lacunas, assim, inobservâncias, seja por incoerência, seja por falta de plenitude, de normas sobre a própria produção de normas. Isso porque a validade substancial de toda decisão supõe a coerência de seus significados com os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos como normas substantivas sobre elaborações normativas (FERRAJOLI, 2011a, p. 858), e, sendo substancialmente ilegítimas – porque incoerentes em relação ao que é supraordenado –, seus significados e efeitos também o são, sob pena de violação da legitimidade do próprio estado constitucional e da democracia substancial como um todo.

Acerca das antinomias e lacunas, ademais, assevera-se que:

Estos vicios y las consiguientes aporías, sin embargo, pueden ser, si no del todo eliminados, cuando menos reducidos con la activación y la ampliación de los mecanismos de auto-corrección del ordenamiento dirigidos a asegurar la efectividad de los principios garantistas. Pero esto requiere la crítica sin prejuicios de las leyes, no sólo desde fuera sino, antes todavía, desde dentro (FERRAJOLI, 1995, p. 878).

Partindo-se de uma perspectiva positivista do tipo crítico, a tarefa do jurista, segundo Ferrajoli (1995, p. 879), é explicitar a *incoerência* e a falta de *plenitude*¹⁸ das normas contidas no ordenamento jurídico, de modo a demonstrar seu juízo de invalidade em relação às inferiores e de inefetividade no que diz respeito às superiores. Trata-se, pois, de uma função “*descriptiva de sus antinomias y de sus lagunas y al mismo tiempo prescriptiva de su auto-reforma, mediante la invalidación de las primeras y la integración de las segundas*”.

Quer dizer, portanto, que a atuação estatal que não observa ou, mais que isso, que viola um direito fundamental, é dotada de invalidade, podendo esta atuação ser tomada como ato ilícito – e este, precisamente por esta razão, deve se tornar explícito. Consistem, afinal, em imperfeições que geram para o intérprete um problema de aplicação das normas, sendo este problema de aplicação insolúvel sem a modificação do ordenamento normativo e, assim, de impossível resolução pela pessoa do juiz a partir do direito vigente (FERRAJOLI, 2011a, p. 650).

Nesta perspectiva, exemplifica-se que a eventual adoção de mecanismos, pelo Estado, que atuem de modo a violar um direito fundamental válido, tem potencial de se

¹⁸ Segundo Ferrajoli (1995, p. 878, 896, nota 30), *coerência* e *plenitude* consistem em ideais limites do direito *válido*, que se refletem no *dever ser* normativo (substancial) no que diz respeito às normas superiores.

comportar ou como ato ilícito ou como ato inválido. Ventila-se que a configuração de ato estatal como ilícito ou inválido pode vir a ocorrer com o advento da virtualização dos processos com base em elaborações normativas (talvez, indevidamente) vigentes, quando esta virtualização se der em detrimento da proteção de dados pessoais, ainda que executada sob a justificativa de garantia de outro direito fundamental (como o da celeridade processual).

No que diz respeito à eventual dificuldade de, no campo fático ou político, garantir a coexistência da salvaguarda de direitos que apresentam expectativas divergentes, a única ação que não deve ser tomada, como aponta Ferrajoli (1995, p. 880), é a ocultação das eventuais antinomias e lacunas que parem sobre o tema, ou, ainda, sustentar (a partir de uma atuação dogmática avaliativa e contemplativa das leis) a validade simultânea tanto das normas que permitem quanto das normas que proíbem um mesmo comportamento.

Deste modo, cabe considerar que a legitimidade da democracia constitucional está vinculada, em boa medida, ao atendimento das expectativas normativas e representativas emanadas do ordenamento jurídico, sem que haja criações de soluções consistentes em retrocessos em matéria de direitos humanos, como ressaltam Cademartori e Strapazzon (2012, p. 225):

A atuação judicial que concretiza expectativas normativas fundamentais (garantias primárias), quando provocada por institutos jurídicos garantidores (garantias secundárias) criados pelo sistema constitucional positivo, e desde que não institua soluções retrocessivas em matéria de direitos humanos, não afronta a legitimidade do Estado Constitucional Democrático, nem a representatividade do Poder Legislativo; bem ao contrário, decorre dela e a fortalece na medida que assegura *responsividade* a todo o sistema republicano.

Também por isso, como assevera Ferrajoli (2018, p. 50), urge a necessidade da separação e independência dos poderes de governo e de uma autonomia financeira, a fim de assegurar que a garantia de direitos seja, de fato, a verdadeira e absoluta prioridade, incondicionada a qualquer elemento de outra ordem.

Até porque, no estado de direito, os poderes não são absolutos, não consistem em uma faculdade de decidir em qualquer caso, de qualquer forma e qualquer coisa, mas, sim, em situações complexas que têm por objeto atos antecipadamente previstos e regulados, em relação à sua forma e ao seu conteúdo, por normas formais e substanciais sobre sua produção (FERRAJOLI, 2011a, p. 564).

Ressalta Ferrajoli (2012, p. 30) que, com a mudança estrutural do objeto de investigação produzido pelo constitucionalismo rígido, não pode mais o jurista se limitar à análise do direito vigente, sendo necessário que este assumira uma posição a respeito da sua possível ilegitimidade – o que consiste em um enfoque científico e *juspositivista* do direito

imposto pela diferença entre o *dever ser jurídico* (constitucional) e o *ser* do Direito (legislativo). Percebe-se, assim, a necessidade de não ocultar – e, mais, de precisamente denunciar – as antinomias e lacunas estruturais consistentes nas normas indevidamente existentes ou indevidamente ausentes.

Como *é* e como *será* o direito, afinal, depende não apenas da política e de sua capacidade de desenvolver os princípios do texto constitucional, como também de como é pensada e projetada a cultura política a partir da análise e da crítica acerca da ilegitimidade do exercício dos poderes, pensando-se, no plano teórico, técnicas de garantia capazes de impedir a atuação ilegítima ou, pelo menos, reduzi-la (FERRAJOLI, 2012, p. 22).

Em relação a esta necessidade de não atuação ilegítima é que se apontam as regras (que comportam direitos, garantias primárias e garantias secundárias) previstas na lei geral de proteção de dados – tomadas aqui como exemplo – como elementos que se consubstanciam em um meio limitador do poder, sendo, portanto, relevantes para a construção da própria legitimidade da atuação estatal e da manutenção do constitucionalismo substancial.

Afinal, a previsão de regras relacionadas à obrigação de definição prévia de finalidade e adequabilidade para a realização da coleta e do armazenamento de dados, para além de sua condição de garantia primária do direito à privacidade, em certo nível, funciona, também, como meio de controle, de vinculação e de limitação do poder estatal.

Trata-se, portanto, de um meio limitador do *poder invisível* pensado por Bobbio, especificamente, na sua tipologia relacionada ao poder invisível como instituição do Estado, sendo certo que tal limitação consiste em elemento de notória importância para o desenvolvimento do constitucionalismo garantista, à medida que o desenvolvimento deste poder invisível, aliado à privatização do público e à ingovernabilidade, estabelece aspectos notórios da crise da Democracia (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2011).

Nesse contexto, como observa Ferrajoli (1995, p. 931), a função garantista do direito consiste na *minimização do poder* quando este se manifesta por intermédio da adoção da força física, da exploração econômica e do abuso interpessoal dos poderes públicos por via de arbitrariedades políticas e em abusos policiais e, ainda, mediante exposição digital e exploração de dados pessoais, como se aborda nos capítulos “3” e “4” desta dissertação. A efetivação desta minimização se dá por meio da maximização dos direitos fundamentais e da correlativa limitação do poder.

A efetiva elaboração de garantias primárias e secundárias suficientes à maximização dos direitos fundamentais e conseqüente limitação do poder invisível, busca, para além do objetivo intrínseco à própria limitação mencionada, também a inviabilização da formação de

micropoderes ou *macropoderes selvagens*, capazes de subverter os poderes jurídicos e a própria ordem global do estado de direito, enquanto consistem em poderes *de fato*, cuja existência se faz presente em momentos de prevalência da força sobre o direito (FERRAJOLI, 1995, p. 932).

Aponta-se, contudo, para a problemática da introdução e aplicação de tais garantias. Observa Ferrajoli (2011c, p. 117) que, muito além da separação clássica montesquiana entre os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), há uma urgente necessidade de se repensar a esfera pública de modo a promover uma separação, também, *das funções e instituições de governo* em relação às *funções e instituições de garantia*. Aquelas, afinal, compreendem a dimensão formal e política da democracia; estas, por sua vez, asseguram a sua dimensão substancial.

Aspira-se, portanto, pela criação de *funções e instituições de garantia*, estas não consistentes somente em *garantias secundárias* (jurisdicionais, que objetivam combater as violações a direitos fundamentais), mas, sobretudo, em *garantias primárias*, que visem à tutela e à satisfação direta dos direitos fundamentais.

A construção destas *funções e instituições de garantia*, então, deve ocorrer por intermédio de uma esfera pública distinta, heterônoma em relação às esferas privadas do mercado e da economia, como meio de impedir violações, inclusive, a bens fundamentais que, tais como os direitos fundamentais, são subtraídos à lógica do mercado, como o ar, a água e, ainda, os órgãos do corpo humano e os dados pessoais, o que mais bem se apresenta no próximo subcapítulo.

2.3 DOS BENS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA À DEFINIÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO *BENS FUNDAMENTAIS PERSONALÍSSIMOS*

O constitucionalismo assentado nas constituições rígidas, que deu ensejo ao próprio Estado de Direito enquanto limitador da atuação (por vezes, arbitrária) do poder estatal, trouxe consigo a definição do que se entende por *bens fundamentais* para nominar estes objetos de direitos fundamentais primários, cuja proibição de disponibilidade consiste, em suma, em importante garantia de não lesão aos direitos a eles inerentes.

Inicialmente, todavia, importa que se tenha aclarada a distinção entre “*coisa*” e *bem*”: aquela diz respeito a tudo que pode ser tomado como útil ou utilizável por qualquer pessoa, enquanto este, por sua vez, consiste naquilo que não pode ser tomado por *coisa* por não se

tratar de objeto direto de comportamentos humanos, mas de direitos. Apresentam-se, ademais, os “*bens imateriais*”, como as marcas, as patentes e os objetos de direitos autorais e, ainda, os “*bens materiais*”, como o ar e a água, que são utilizáveis por todos e consistem em possíveis objetos de situações jurídicas, ou seja, de direitos (de uso ou de disposição) e de proibições (de alienação, de produção, de posse ou de troca) (FERRAJOLI, 2011a, p. 201).

Disto depreende-se que a diferenciação feita entre “*coisa*” e “*bem*” não reside tão somente na análise acerca da sua condição de usabilidade pelos demais, mas, sim, na possibilidade de se aferir ou não sua condição de objeto de direitos ou de proibições. Por isso, a água, o ar, o solo, os órgãos do corpo e os dados pessoais são considerados bens: ainda que, de certo modo, sejam “utilizáveis” por qualquer sujeito para determinados fins individuais e sociais, estes são objetos de direitos primários e demandam, portanto, previsão de garantias positivas e negativas para sua salvaguarda.

Por esta razão, Ferrajoli (2011a, p. 201) define as *coisas* como parte da teoria deôntica¹⁹, enquanto os *bens* compreendem a teoria do direito, situando-se, portanto, em partes distintas da teoria geral do garantismo pontualmente, por não se confundirem entre si.

Apesar de tal distinção, contudo, assevera Ferrajoli (2011a, p. 201-202) que a caracterização de um objeto como “*coisa*” ou como “*bem*”, assim como de um “*bem*” como “*bem fundamental*” ou “*bem patrimonial*” associa-se sempre a um fato histórico (e/ou cultural) e socialmente determinado, porque

Una historia social y jurídica de las cosas y de los bienes mostraría que a lo largo del tiempo, en virtud del progreso tecnológico y por otra parte de la progresiva valorización de las cosas, una cantidad creciente de objetos de la naturaleza se han convertido en “cosas”, al haberse descubierto o haberse hecho técnicamente posible su utilización (piénsese en muchas materias primas); que una cantidad creciente de cosas se han convertido (o mejor, sería deseable que se convirtieran) en bienes, al haber cesado su disponibilidad ilimitada (piénsese en las tierras sin cultivar y en sus frutos); y que una cantidad creciente de cosas y de bienes, muchos de ellos patrimoniales, se han convertido (o sería justo que se convirtieran) en bienes fundamentales, al haberse puesto de manifiesto su vulnerabilidad y su carácter irreproducible y por consiguiente la necesidad de sustraerlos a la apropiación privada y de garantizar su disfrute a todos (piénsese en el agua y el medio ambiente), o, por el contrario, sólo a los sujetos a los que pertenecen (como las partes del cuerpo humano) (FERRAJOLI, 2011a, p. 201-202).

¹⁹ Como visto anteriormente, o *princípio da plenitude deôntica*, consistente de um postulado do modelo garantista adotado por Ferrajoli (2014, p. 58), aponta para a imprescindibilidade de introdução de poderes-deveres (na condição de *garantias primárias*) correspondentes a regras positivadas sempre que existirem direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias. Trata-se, diretamente, da proibição de lesão e da obrigação de tutela e de satisfação a cargo de instituições de garantia primárias; estas, por sua vez, alheias a outro poder (posto que o constitucionalismo garantista aspira pela separação entre as funções de garantia primária e as funções do poder público governamental).

Neste sentido, pode-se compreender que, com o decorrer do tempo, a disponibilidade natural de muitos objetos, como a água potável e o ar não poluído, passou a demandar garantias que abranjam a todos, dada sua (possível) escassez, o que só se viabiliza a partir de sua conversão em bens fundamentais – o que ocorre, aliás, em relação às partes do corpo humano que, na contemporaneidade, se tornam cada vez mais passíveis de disponibilização na forma de compartilhamento de dados pessoais²⁰.

Assim, para correlacionar os direitos fundamentais primários com os *bens fundamentais*, primeiramente importa retomar a noção de diferenciação entre os direitos fundamentais primários e os secundários. A partir de um critério do fundamento de legitimidade, os direitos fundamentais primários (ou substanciais) são aqueles que se conectam à dimensão substancial da democracia, isto é, relativos à matéria constitucional; e os secundários, ou instrumentais, conectam-se à dimensão puramente formal da democracia.

O que caracteriza os *bens fundamentais* é que, ao contrário dos *bens patrimoniais* (objetos de direitos patrimoniais), estes são objetos de direitos fundamentais (primários) – e por isso se expõe que ligados à dimensão democrática substancial.

Passa-se, assim, ao modo como Ferrajoli (2011a, p. 734) classifica os direitos primários em: a) liberdades “*frente a*”; b) liberdades “*de*”; e c) direitos sociais; de modo que os *bens fundamentais* passam a ser subdivididos em: a) *bens personalíssimos*, objetos de liberdades *frente a*; b) *bens comuns*, objetos de liberdades *de*, isto é, de direitos vinculados à viabilidade de gozar de algo (como o clima); e c) *bens sociais*, objetos de direitos sociais, cuja prestação pública garante a sobrevivência da população, como a água, a alimentação básica e os medicamentos essenciais.

Os *bens personalíssimos* e os *bens comuns* diferem dos *bens sociais* no que se refere às suas estruturas. Segundo Ferrajoli (2011a, p. 735), enquanto os *bens personalíssimos* são objetos de direitos individuais negativos, vinculados a expectativas negativas que correspondem a garantias de imposição de limites fundamentais consistentes em proibições *erga omnes* de não lesão²¹, os *bens sociais*, por sua vez, são objeto de direitos positivos, vinculados a expectativas positivas que ensejam obrigações prestacionais públicas *erga omnes* de garantir, satisfatoriamente, os direitos fundamentais primários positivos a eles inerentes.

²⁰ Quanto à definição de “dado pessoal”, ressalta-se que estes são assim considerados, para fins desta análise, como aqueles que tornam viável a identificação de uma pessoa (frise-se, de *qualquer* pessoa), o que pode compreender desde o nome completo e o registro geral até o material genético, como o registro de DNA e as impressões digitais.

²¹ Em relação a esta menção às expectativas negativas de não lesão, Ferrajoli (2011a, p. 735) destaca que, para fins desta classificação, deve-se compreender “lesão”, também, na forma de sua autônoma disposição fática em decorrência da indisponibilidade jurídica de seus respectivos direitos.

Isto posto, coloca-se o foco sobre outra distinção essencial para a análise da abordagem garantista acerca dos bens: de um lado têm-se os *bens patrimoniais*, correlatos a múltiplos direitos reais, tais como a posse e a propriedade; e, de outro, os *bens fundamentais*, estes correlatos a direitos fundamentais, que, como supramencionado, se subdividem em bens comuns, bens personalíssimos e bens sociais.

Esta distinção reside, de acordo com Ferrajoli (2011a, p. 202), na convergência dos *bens patrimoniais* com a esfera privada do mercado à qual estes estão destinados, pois compreendem não apenas valor de uso, mas, também, valor de troca, enquanto os *bens fundamentais*, ao contrário, não se limitam à presença de possuidores exclusivos, mas são utilizáveis por todos e permanecem (ou, pelo menos, devem permanecer) na esfera pública.

Não se está, entretanto, diante de uma distinção exaustiva, uma vez que “bem” é definido por Ferrajoli (2011a, p. 733) como aquele que, ao menos potencialmente, não é apenas um objeto de direito, mas também objeto de uma situação jurídica. Deste modo, a noção de “bem fundamental”, muitas vezes ignorada pelo léxico jurídico, é essencial para a compreensão da teoria garantista do direito, posto que sua principal característica consiste na sua indisponibilidade: porquanto objeto de direitos fundamentais, além de dotado de capacidade de figurar como pressuposto de direitos secundários, deve ter sua disponibilidade vedada, de forma que tal proibição consista em garantia de não lesão a estes direitos.

Esta condição de indisponibilidade, ademais, compreende a impossibilidade de se dispor de tais bens tanto ao mercado (porque não se trata de bens patrimoniais aos quais se vinculam direitos reais), quanto, também, ao próprio Estado – uma vez que um dos objetivos fundamentais da teoria garantista do direito trata, precisamente, de limitar o poder estatal de modo a evitar o exercício arbitrário deste em desfavor de direitos fundamentais, sobretudo os primários, o que se faz por intermédio de garantias suficientes à sua salvaguarda.

Desta definição de indisponibilidade apurada na teoria garantista, é possível extrair-se a compreensão de que os bens fundamentais são, de fato, *indisponíveis* quando verificada a impossibilidade de se aferir condições para seu uso pelo Estado ou pelo mercado por intermédio de atribuição de valor de troca; por outro lado, a condição de indisponibilidade não está presente quando a sua manipulação envolve, puramente, atividades que viabilizam o próprio exercício do direito correlato ao respectivo bem fundamental.

Ao tratar de *bens fundamentais comuns*, Ferrajoli (2018, p. 38) ressalta que, por estes terem se tornado escassos e, por isso, dotados de valor de troca perante o mercado em razão das devastações produzidas pelo capitalismo desregulado, vieram, no campo fático, a se converter em mercadorias (portanto, bens patrimoniais) ao invés de estarem devidamente

garantidos a todos, sem distinção (inclusive, no que respeita ao poder de compra), enquanto bens fundamentais. No mesmo sentido, quanto aos *bens fundamentais personalíssimos*, a exemplo dos dados pessoais, pode-se afirmar que hoje, igualmente, foram convertidos em bens patrimoniais, uma vez que dotados de elevado valor de troca junto ao mercado por meio do compartilhamento e da venda de bancos de dados em patamar global²² – o que tende a consistir em uma direta violação do caráter indisponível de tais bens.

Isto quer dizer que, no caso dos dados pessoais, enquanto *bens fundamentais personalíssimos*, não é permitido ao Estado ou ao mercado promover o seu *uso* como se *bens patrimoniais* fossem. Seus titulares, contudo, podem promover ações que envolvam o tratamento de seus dados pessoais quando estas se mostrarem relacionadas com o próprio exercício dos direitos fundamentais a eles vinculados – sendo viável que o titular de dados pessoais proponha, por exemplo, a doação de seus órgãos ou realize procedimentos estéticos se assim desejar.

Não há (ou, pelo menos, não deveria haver) meio de disponibilização, todavia, quando se está diante de ações correlatas a direitos reais, como troca ou alienação destes bens, ou, ainda, exercício de direitos como o de posse e o de propriedade, passíveis de limitar ou mitigar o exercício dos direitos fundamentais. Neste caso, partindo-se de uma leitura garantista, entende-se por proibida a disponibilização, sob pena de se estar promovendo a conversão dos bens fundamentais em bens de natureza patrimonial.

A inevitável consequência de eventual atribuição de correlação de direitos reais a bens fundamentais – tal como ocorre em relação aos bens patrimoniais – é a indesejada criação de prejuízo à produção de garantias vinculadas à tutela dos direitos fundamentais primários inerentes aos bens fundamentais, sobretudo aos *personalíssimos*.

Isso porque, como observa Ferrajoli (2011a, p. 736), a indisponibilidade dos *bens fundamentais personalíssimos* deve-se ao fato de que estes constituem o próprio corpo da pessoa titular, assim como os *bens fundamentais comuns* constituem patrimônio comum da humanidade – o que, neste último caso, se estende a todos e não somente à figura do titular.

²² Conforme aponta Silveira (2017), “a compra e venda dos dados pessoais é uma prática antiga. Inúmeros registros nos Estados Unidos demonstram que há muito tempo as agências de informação de crédito coletavam dados sobre os agentes econômicos. Em meados do século XIX, a primeira dessas agências, a R. G. Dun and Co. chegou a ter 40 mil assinantes que compartilhavam informações entre atacadistas, importadores, bancos e companhias de seguros”. Segundo o autor, atualmente existem conglomerados que têm como fonte principal de rendimento a compra e a venda de dados pessoais àqueles que buscam definir e manipular perfis de consumo, direcionando para o mercado de venda de perfis de navegação, acesso e comportamento *on-line*, além de venda de domínios futuros, de públicos segmentados e audiências semelhantes (*lookalikes*).

Neste sentido, Ferrajoli (2011a, p. 736) aponta para a existência de uma distinção entre a indisponibilidade dos bens fundamentais e a indisponibilidade de direitos.

Iniciando-se pelos direitos, importa analisar a diferenciação entre a indisponibilidade dos direitos fundamentais e a disponibilidade dos direitos patrimoniais: os primeiros são indisponíveis porque universais; os segundos são disponíveis porque singulares. Por outro lado, a indisponibilidade dos *bens personalísimos* é de tipo deontico, vinculada ao fato de que sua disposição não é viável em decorrência de uma proibição absoluta *erga omnes*, não estando vinculada, exclusivamente, à sua condição de universalidade.

Os direitos fundamentais pertencem universalmente a todos que ocupam a condição de pessoas, cidadãos ou daqueles capazes de fato; por outro lado, os direitos patrimoniais pertencem a indivíduos singulares, excluindo os demais. Precisamente por isso, eventual disponibilização de um direito fundamental consiste em ação inexistente, porquanto a existência desta norma mantém-se independentemente da vontade e dos atos de seus titulares.

Afinal, se tais direitos fossem tomados como disponíveis, segundo Ferrajoli (2011a, p. 736/737), "*dejarían de ser universales, o sea, reglas, y con ello dejarían de ser también derechos fundamentales*". Por esta razão é que não há que se falar em alienação de um direito fundamental próprio mediante consentimento prestado a atos que ensejem a sua supressão ou a sua mitigação, pois tais atos são tomados como inexistentes (porque ineficazes como negócio) ou, para além disso, como ilícitos.

Já os *bens fundamentais personalísimos*, diferentemente do que se verifica em relação aos direitos, são entidades materiais que, por natureza, são acessíveis e utilizáveis e, consoante Ferrajoli (2011a, p. 737), "*materialmente apropiables, intercambiables, alterables, deteriorables, destruibles*". Por este motivo, isto é, porque materialmente acessíveis e disponíveis, é que sua proteção demanda a proibição de sua disposição como bens disponíveis, de modo a viabilizar a suficiente tutela dos direitos fundamentais dos quais são objeto.

A proibição de disponibilidade dos *bens fundamentais* consiste, portanto, na garantia de não lesão dos respectivos direitos fundamentais primários a eles inerentes, desde a proibição de instituição de um mercado para comércio de órgãos e de desenvolvimento de exploração econômica da prostituição, como exemplifica Ferrajoli (2011a, p. 373), até as proibições voltadas à comercialização de dados pessoais por intermédio de manipulação indevida de dados pessoais de titulares que, por vezes, sequer têm conhecimento das atividades de manipulação dos seus dados e não participam diretamente de sua gestão.

Retoma-se que os direitos primários podem consistir em liberdades “*frente a*” eventuais lesões. Os *bens fundamentais personalíssimos*, por sua vez, comportam-se como objetos de liberdades “*frente a*” determinados fatores, isto é, imunidades *erga omnes*, podendo compreender a proteção física do corpo e a integridade humana, cuja tutela corresponde a um interesse individual e personalíssimo. Por esta razão, é possível pensar os dados pessoais como bens fundamentais, porquanto diretamente relacionados com a liberdade “*frente a*” não violação de sua privacidade por intermédio de, por exemplo, uma situação de compartilhamento ou exposição indevida.

O compartilhamento indevido de dados pessoais, neste sentido, representa uma violação ao direito fundamental primário à proteção destes dados pessoais: primeiramente, porque esta forma de disponibilidade do bem personalíssimo, seja pelo Estado, seja pela iniciativa privada, converte-se em ato ilícito ante a proibição desta disponibilidade (consiste em garantia *erga omnes* de não lesão ao direito a ele inerente); e, em segundo lugar, porque a ação de compartilhamento de dados, seja junto ao mercado, seja entre entes estatais, se dá de modo a apresentar correlação com o exercício de direitos reais (de troca ou de venda), promovendo a indevida e prejudicial conversão dos bens fundamentais em bens patrimoniais.

Ademais, o exercício de compartilhamento (isto é, disponibilização) indevido de dados pessoais pode vir a ocorrer sem conhecimento e sem consentimento do titular – ao contrário do que acontece com os bens patrimoniais, correlatos a direitos reais que permitem alienação ou troca, posto que a negociação que se debruça sobre eles ocorre (ou, pelo menos, deve ocorrer) a partir de consenso de pactuar. Isto é, mesmo que os dados pessoais pudessem ser disponibilizados como os bens patrimoniais, tal ação ainda demandaria concordância em exercer o direito de participar de um negócio jurídico e de escolher parâmetros de negociação.

A condição de bem fundamental personalíssimo, na qual se enquadram os dados pessoais, deve-se ao apontamento de que os bens personalíssimos – assim como os bens comuns – são objetos, essencialmente, vinculados a direitos individuais negativos. Ou seja, precisamente, que se trata de expectativas negativas às quais correspondem, como garantias, os limites fundamentais especificados pelas respectivas proibições de lesão (*erga omnes*) (FERRAJOLI, 2011, p. 733).

O direito à proteção de dados pessoais, enquanto direito fundamental de ordem primária vinculado a uma expectativa negativa de não lesão, demanda a elaboração de garantias primárias e secundárias que viabilizem a sua efetividade. Em razão da relevância – e mesmo da dificuldade – da salvaguarda dos dados pessoais na contemporaneidade, é que estes passam, então, a figurar como *bens fundamentais personalíssimos*, então objetos do direito

fundamental primário de proteção de dados pessoais, portanto, indisponíveis. A indisponibilidade, por si, pode ser tomada como meio de garantir a defesa dos dados ante a potenciais lesões.

Os dados pessoais, *enquanto bens fundamentais personalíssimos*, objetos de direito fundamental de ordem primária, vinculam-se, essencialmente, ao direito à proteção de dados pessoais e, além dele, aos direitos fundamentais (igualmente, primários) à privacidade, à intimidade, ao desenvolvimento livre da personalidade e à autodeterminação informativa.

Neste sentido, destaca-se que a proteção de dados pessoais compreende pressupostos ontológicos bastante parecidos com aqueles inerentes à própria segurança do direito à privacidade, de forma que é possível considerar que a proteção de dados consiste, de fato, em uma “continuação por outros meios” desta, e, ao se consubstanciar nesta continuidade, passa a possuir o dever de abranger inúmeros outros interesses relevantes em uma sociedade pós-industrial. Acaba, desta maneira, produzindo características próprias para atender à necessidade de proteção não apenas da privacidade, mas de outros valores e direitos fundamentais (DONEDA, 2019).

Ademais, como observa Danilo Doneda (2019, p. 46), a privacidade é dotada de uma dimensão coletiva – que perpassa a conotação política do controle do indivíduo e pelo imperativo da não discriminação das minorias – e, também, da própria interdependência da tutela da privacidade com o livre-desenvolvimento da personalidade. Precisamente, é a partir desta dimensão coletiva que a proteção da privacidade se manifesta por intermédio da proteção de dados pessoais, deixando de se relacionar somente com um imperativo de ordem individualista, para, então, convergir interesses ligados à personalidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana, englobando relações da própria personalidade com o mundo exterior.

Os bens personalíssimos, como objetos de outros direitos negativos, são bens cuja garantia reside na indisponibilidade. Tal indisponibilidade, como observa Ferrajoli (2011a, p. 736), deve-se à própria conexão com a forma humana. Afinal, considerando que o ser humano não se trata de “objeto” e nem de “coisa”, não pode transferir a outros ou ser privado do direito de liberdade e de autonomia – caso em que tais direitos disponíveis, neste caso, deixariam de ser universais (ou seja, de ser tomados como regras), deixando, também, de ser direitos fundamentais.

Diante desta problemática acerca da (proibida) disponibilidade dos bens fundamentais personalíssimos, é que se mostra incontornável, com a contemporaneidade e o desenvolvimento industrial e tecnológico, a identificação dos limites fundamentais em

garantia destes bens. Assevera Ferrajoli (2011a, p. 738) que, pela primeira vez na história, está estabelecido um conflito entre direitos e tecnologia – ou, pior ainda, entre direitos e ciência – de modo que, nos sistemas constitucionais atuais, a definição de tais limites e garantias consiste em providência inadiável.

Assim, de modo a propiciar soluções normativas que estejam de acordo com a lógica do Direito e que sejam aptas à minimização dos poderes e garantia dos direitos e dos bens fundamentais, Ferrajoli (2011a, p. 738) propõe a instituição de uma *Carta constitucional dos bens fundamentais* que apresente um novo contrato natural motivado à tutela dos bens personalíssimos e comuns, assim como à distribuição dos bens sociais, impondo limites rigorosos ao mercado e à política.

Depreende-se, portanto, que a alternativa diante dos conflitos contemporâneos impostos, inclusive, pelo advento da tecnologia em constante crescimento – o que resulta, até mesmo, em um problema para a bioética no que diz respeito aos bens personalíssimos –, aponta para a necessidade de elaboração de um instrumento normativo que, no campo fático, muito além de promover garantias, possa, em uma mesma medida, prever expressas limitações de ordem internacional tanto à atividade de mercado quanto à atuação política que vise à apropriação e o uso indiscriminados de bens fundamentais indisponíveis.

A criação destas limitações, de acordo com Ferrajoli (2018, p. 41), perpassa pela “*más importante y urgente pero también la más difícil e improbable*” forma de expansão do paradigma constitucional garantista, que consiste na elaboração de um constitucionalismo global que apresente mecanismos que viabilizem a elaboração de garantias de não lesão de ordem supranacional.

Neste sentido, Ferrajoli (2018, p. 53) mostra que somente com uma esfera pública supranacional é que seria possível estabelecer uma dinâmica em que o papel da política e do governo se desenvolvesse sobre a economia e não submissa a ela, uma vez que, hoje, assimetricamente, tem se notado que o caráter global dos mercados atua com prevalência sobre a política e o direito. Importaria, assim, que, de modo a reagir à crise da democracia, se pense em um modelo de governo supranacional da economia constituído por instituições voltadas não somente ao favorecimento da estabilidade monetária e do livre-comércio, mas, também, do crescimento do emprego e do desenvolvimento da economia de países subdesenvolvidos.

Já no que se refere à necessidade de salvaguarda dos dados pessoais enquanto *bens fundamentais personalíssimos*, a existência de garantias suficientes à sua não lesão em patamar supranacional tende a se mostrar essencial diante da crescente situação de

compartilhamento internacional de dados pessoais tanto entre organizações privadas²³ quanto entre Estados-Nação²⁴, a demonstrar que, mesmo o tratamento de dados conferido pelo Estado, demanda a imposição de limites ao exercício de seu poder.

Desenvolve-se, portanto, na presente pesquisa, uma análise dos instrumentos normativos vigentes no Brasil voltados à proteção de dados pessoais, de modo a avaliar, criticamente, se aptos ou não à salvaguarda destes *bens fundamentais personalíssimos* e à garantia dos direitos fundamentais primários dos quais os bens são objeto – isso, ademais, partindo das noções de proibição de disponibilização apresentadas pelo constitucionalismo garantista, o que se fará no próximo capítulo.

²³ As situações de compartilhamento internacional de dados pessoais são, hoje, amplamente reconhecidas, uma vez que determinados países já incluíram em suas elaborações legislativas regras expressas que visam a apontar de que modo esta transferência de informações poderá ser realizada de forma considerada “legítima”. No Brasil, a LGPD traz, no artigo 33 (BRASIL, 2018a), nove hipóteses de permissão de transferência internacional de dados, sendo visível, no inciso “II” e alíneas, a permissão de compartilhamento entre organizações privadas no caso de adoção de cláusulas contratuais específicas e atendimento de normas corporativas globais que visem à proteção destes dados. No mesmo sentido, a GPDR, vigente na União Europeia, regulamenta, mediante os artigos 44 a 50, a transferência de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais.

²⁴ Quanto à transferência internacional de dados pessoais entre Estados-Nação, cumpre apontar previsão contida na LGPD, vigente no Brasil, que prevê expressa permissão de compartilhamento “*quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional*” e “*quando a transferência for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público*” (BRASIL, 2018a).

3 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO LEI DO MAIS FRACO

À luz do constitucionalismo garantista, é importante avaliar se, atualmente, no Brasil, existem garantias aptas a salvaguardar as expectativas de não lesão de titulares de dados pessoais. A fim de realizar esta análise para fins deste trabalho, parte-se da noção de existência e viabilidade de manutenção de um sistema de direitos fundamentais e garantias que têm por objetivo não apenas tornar eficazes os direitos subjetivos, inclusive, os de liberdade – e, portanto, imunidades –, mas, também, de se posicionar como base para um Estado Democrático de Direito.

Deste modo, ao se examinar quais são as condições de existência e de acessibilidade às garantias hábeis à efetivação do direito à proteção de dados em território nacional, realiza-se, neste capítulo, uma análise crítica da evolução do direito à privacidade até a solidificação das noções atuais acerca da proteção de dados pessoais do indivíduo. Diante disso, reflete-se sobre o desenvolvimento das garantias vinculadas a este direito, observando-se suas condições de efetividade no Brasil.

Em seguida, desde a descrição do processo de evolução deste direito, bem como da análise acurada do escopo de aplicação da LGPD, parte-se para o reconhecimento de quais são os grupos de titulares de dados excluídos do seu âmbito de funcionalidade, visando a perceber quais são os efeitos e os impactos desta exclusão. Busca-se averiguar, assim, o que resulta da presença de lacunas indevidas nas elaborações normativas existentes até o presente momento acerca do tema da proteção de dados pessoais, a partir da aferição precisa e objetiva acerca de quem é e de quem não é sujeito de direito sob a perspectiva da lei geral vigente.

Assim sendo, passa-se ao exame dos meios de tratamento de dados adotados pelo Poder Público para manipulação de dados pessoais, sobretudo dos indivíduos expressamente excluídos do escopo da LGPD e sobre os quais pairam as então mencionadas lacunas indevidas, isto a respeito da elaboração de garantias específicas ao direito subjetivo em questão. Perpassa-se, além disso, por apontamentos acerca das noções de integração e interoperabilidade entre sistemas e bandos de dados do Estado.

Tais explorações são fundamentais para que, no próximo capítulo (“4”), seja possível observar, empiricamente, a situação de tratamento de dados conferida pelo Poder Público brasileiro, por intermédio do Poder Judiciário, aos dados pessoais de titulares em situação de cumprimento de pena, isto é, situados no polo passivo de ações de execução criminal que tramitam em meio eletrônico.

Neste capítulo, a partir de uma comunicação teórica com a noção de *lei do mais fraco* (FERRAJOLI, 2014), busca-se observar como são (ou não) introduzidas as garantias vinculadas ao direito à proteção de dados pessoais de titulares e de que forma os direitos fundamentais passam a se instrumentalizar como meio de tutela da pessoa digitalmente vulnerável.

Para isso, tanto a definição de “pessoa digitalmente vulnerável” quanto a aplicabilidade da teoria ao tema, parte da noção de que os dados pessoais são, em suma, bens fundamentais personalíssimos dotados de indisponibilidade, demandando a elaboração de garantias fortes e específicas capazes de conferir efetividade ao direito fundamental primário à proteção de dados pessoais do qual são objeto.

Realiza-se, portanto, uma análise crítica dos aspectos gerais dos instrumentos normativos vigentes que tratam do direito à proteção de dados pessoais no Brasil à luz do garantismo constitucional, partindo-se da hipótese de que a atuação deste direito como “lei do mais fraco” pode se dar em dois sentidos: primeiro, maximizando as condições de atuação do Estado e viabilizando o desenvolvimento de políticas públicas apropriadas; segundo, assentando o elemento central do constitucionalismo, na medida em que limita o poder estatal em uma relação na qual os sujeitos estão propensos a arbítrios.

3.1 PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Com a *datatificação*²⁵ de diversas ações humanas e a evolução das formas de tratamento e utilização dos dados pessoais, adotadas para o exercício de inúmeras atividades desempenhadas pelas pessoas em geral, os dados pessoais passam a se consubstanciar, dia a dia, em elemento essencial para a movimentação humana de forma autônoma, com uma livre-expressão de sua personalidade dentro do que se denomina Sociedade da Informação²⁶.

As múltiplas formas de manipulação de dados pessoais, que compreendem desde os meios de coleta e de armazenamento até os meios de transferência e de eliminação, sobretudo quando realizadas de forma automatizada e exercidas por entes estatais ou por grandes

²⁵ O termo “*datatificação*”, empregado por Stefania Milan e Emiliano Treré (2019) ao abordar o *data sul*, é utilizado de modo a referenciar o movimento de transformação das ações humanas ante a tecnologia, no sentido de automatizá-las ou digitalizá-las.

²⁶ Segundo Daniel Bell (1999, p. 71), a “*sociedade da informação*” pode ser definida como um ambiente no qual a informação é elemento central para o desenvolvimento das novas formas de organização, compondo, em parte, a noção de sociedade pós-industrial. O autor, entretanto, esclarece que o termo ainda é parcial e que a ideia de uma sociedade pós-industrial não é uma previsão futurística, mas uma construção especulativa baseada em características emergentes, contra as quais a realidade sociológica pode ser medida décadas depois para que, ao comparar as duas, se possa determinar fatores operativos na efetivação da mudança social.

organizações privadas, tendem a apresentar considerável risco²⁷. Deste modo, é preciso observar quais são as bases da disciplina da proteção de dados, como esta evoluiu ao longo do tempo e quais são, atualmente, as garantias factuais que esta possibilitou criar.

3.1.1 Da privacidade à proteção de dados pessoais

A disciplina de proteção de dados pessoais emerge, ao longo do tempo, a partir das noções de proteção da privacidade. Afinal, o direito passou a adotar uma perspectiva sobre privacidade no momento em que houve evidente transformação da percepção do que se entende por pessoa humana nos ordenamentos jurídicos, quando se verificou a *jurificação* de inúmeros elementos de seu cotidiano. Este processo, cunhado por Habermas (1999) em sua teoria da ação comunicativa, indica a introdução desta tutela para além de sua concretização como direito fundamental, demonstrando sua condição de novo elemento do Estado.

Assume a privacidade, por isso, um papel de influência na sociedade democrática, à medida que se constitui como requisito básico e fundamental para que se tornem efetivas outras liberdades e direitos fundamentais a ela vinculados.

A privacidade²⁸ consiste, na concepção de Stefano Rodotà (1995) no direito de todo cidadão a manter o controle sobre as informações a ele relacionadas e de determinar, por si mesmo, as modalidades de construção da própria esfera privada.

Diante disso, como bem descreve Danilo Doneda (2019, p. 44), após a Segunda Guerra Mundial noções de privacidade passaram a ser apontadas em inúmeras declarações internacionais de direitos, sendo certo que os conflitos das grandes guerras trouxeram, sobretudo às grandes potências, a percepção de que havia se tornado necessário resguardar a liberdade de desenvolvimento da personalidade e da identidade. Foi mencionada, pela primeira vez, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), em seguida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral

²⁷ De acordo com Doneda (2011, p. 92), este “risco” se concretiza na possibilidade de o tratamento conferido aos dados resultar em uma situação de exposição ou de uso indevido ou abusivo de dados pessoais, na hipótese de tais dados, obtidos pelos agentes de tratamento, não serem exatos ou representarem erroneamente o seu titular, ou, ainda, no caso de utilização por terceiros sem conhecimento prévio da pessoa que é, por intermédio deles, identificada ou identificável. Salienta Doneda (2011) que, deste risco, provém a necessidade de instituição de mecanismos capazes de possibilitar ao titular meios de conhecimento e controle sobre seus próprios dados.

²⁸ Quanto às noções de privacidade, cumpre lembrar que Paulo José da Costa Jr. (1995, p. 32), há mais de cinco décadas, a definia como “o direito de estar só”, na obra originalmente publicada em 1970; e, ao tratar da tutela penal da intimidade, mostrou que aquela “consiste no direito de impedir que a atividade de terceiro venha a conhecer, ou descobrir, as particularidades da vida privada alheia”, abordando, ademais, questões relativas à *esfera do segredo*, por ele definida como aquela que compreende parcela de vida do titular que é objeto de especial proteção contra a indiscrição, dada a intensidade de sua intimidade. Ressalta, ainda, que a expressão exata a ser utilizada deveria ser “privatividade” e não “privacidade”, porquanto decorre de “privativo”.

das Nações Unidas, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), na Convenção Americana dos Direitos do Homem (“Carta de San José”, 1969) e, mais recentemente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

Em relação à União Europeia, destaca-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (*Universal Declaration of Human Rights*) – UHDR –, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, fez menção ao conceito de privacidade como sendo o direito de ter respeitada a sua vida privada e familiar, sua casa e sua correspondência.

Já em relação à evolução que pôs a privacidade na condição de direito fundamental, cumpre observar que, de modo geral, o processo de reconhecimento de direitos considerados “fundamentais”, inerentes à pessoa humana, deve-se à estreita conexão com as transformações da sociedade, estas estritamente ligadas aos fenômenos de concepção, desenvolvimento e universalização de “novos” direitos (BOBBIO, 1992, p. 54). As transformações, no que se refere à privacidade, tornaram-se visíveis diante da necessidade de garantia do isolamento e da tranquilidade do indivíduo e do uso massivo das novas tecnologias.

Como aponta Wolkmer (2013, p. 17), são as mudanças e as evoluções relacionadas à forma de viver, produzir e consumir adotadas pelos seres humanos, além do modo como estes relacionam-se entre si enquanto indivíduos, grupos e classes, que determinam os anseios e os interesses que, muitas vezes, transcendem os limites e as possibilidades do sistema, fazendo surgir, assim, o desenvolvimento de direitos – muitas vezes caracterizados como “novos direitos” – consistentes em exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente.

Diante das transformações sociais impostas pelos tempos de circulação elevada de dados e informações sobre as pessoas e a vida humana, tornou-se incontornável conferir à proteção da privacidade a viabilidade de funcionalização, razão pela qual esta deu origem à disciplina de proteção de dados pessoais.

A disciplina jurídica de proteção de dados pessoais, em que pese tenha sido altamente difundida e discutida a partir dos anos 2000 diante da emergência das redes sociais, foi construída há, pelo menos, cinco décadas. Frosini (1983, p. 43) relembra que, já no ano de 1948, Norbert Wiener publicou seu livro intitulado “*Cybernetics*”, cujo título buscava dar nome a uma nova ciência por ele definida como “*ciência do controle e da comunicação nos animais e nas máquinas*”, dando início a uma nova vertente de literatura científica, por intermédio da qual passou a ser possível analisar-se a relação entre o homem e a máquina a partir de um aspecto que era, até então, desconhecido pela civilização.

Relembra Frosini (1983, p. 44), também, que, em 1949, o jovem professor Lee Loevinger, por meio do estudo nominado “*Jurimetrics, the next step forwar*” foi quem, pela primeira vez, estabeleceu uma relação entre a nova orientação científica da cibernética e o campo jurídico. Já em 1968 o próprio Frosini publicou o livro “*Cibernética, diritto e società*”, consistente na primeira obra dedicada às relações entre o direito e os computadores.

Ainda neste sentido, aponta Doneda (2021, p. 3) que, em 1970, já se identificava o primeiro diploma normativo que tratou, de maneira específica, de tal disciplina, qual seja, a Lei de Proteção de Dados do *Land* alemão, de Hesse, que tinha por objetivo direto regular o tratamento automatizado de dados governamentais; e, ainda na segunda metade da década de 60 do século 20, traçaram-se debates fundamentais para que, atualmente, pelo menos 140 países apresentem legislações específicas sobre o tema.

Desde então, a disciplina da proteção de dados vai tomando contornos mais concretos, o que decorreu, propriamente, da elevação no volume e na relevância do tratamento conferido aos dados pessoais para a sociedade, esta que, de sua parte, passou a adotar tecnologias movidas pelo tratamento intensivo e pela retroalimentação de dados.

A partir de 1960, portanto, o avanço tecnológico, que era determinante para a definição dos limites do direito à privacidade, passou a ser informático. Esta transformação contribuiu para a modificação dos próprios postulados da matéria, com a concentração do seu objeto cada vez mais nos dados pessoais propriamente ditos do que no caráter subjetivo das considerações quanto à violação da privacidade, tamanha passou a ser a preocupação com o crescimento do processamento automatizados de dados pessoais e com os bancos de dados informatizados nos Estados Unidos (DONEDA, 2021, p. 6).

De acordo com Doneda (2019, p. 324), a transição das noções de privacidade às noções de proteção de dados pessoais, além de obedecer a critérios metodológicos que buscaram promover a funcionalidade de determinados valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, sublinhou a necessidade de se confrontar com elementos e domínios não tão correntes diante da disciplina da proteção de dados pessoais. Afinal, perante de uma longa tradição patrimonialista, o objeto agora tratado (dados pessoais) divergia do que era habitual.

Ao longo dos anos desenvolveram-se quatro gerações²⁹ do direito à proteção de dados pessoais. Segundo Danilo Doneda (2019, p. 175), as iniciativas legislativas,

²⁹ Quanto à noção de “gerações do direito”, importa salientar que, já na obra *A era dos direitos*, cuja primeira versão foi publicada em 1990, Bobbio (1992, p. 8) apresentava uma divisão de quatro gerações do direito como um todo, divididas em direitos de liberdade (primeira geração); direitos sociais e de igualdade (segunda geração); direitos de gozo de um meio ambiente equilibrado (terceira geração); e direitos que compreendem a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo (quarta geração). De modo específico, neste trabalho

relacionadas ao tema, tiveram início ainda na década de 1970 do século 20, de forma que as precursoras, além da Lei do *Land* alemão, foram a *Datalagen*³⁰ – a primeira lei nacional de proteção de dados da Suécia, de 1973 – e o *Privacy Act* norte-americano, de 1974. Estas iniciativas consistiram, portanto, na primeira geração do direito, que refletia concepção de que os direitos e as liberdades fundamentais se encontravam em evidente ameaça, ocasionada pela coleta massiva e ilimitada de dados pessoais, sem a previsão de bases legais para tanto e, até então, realizada majoritariamente pelo Estado.

Já a segunda geração, que surgiu na segunda metade da década de 70 do século 20 com a funcionalidade de bancos de dados informatizados, tem como fruto principal a lei protecionista francesa *Informatique et Libertés*³¹, datada de 1978, então baseada na perspectiva de que a privacidade e a proteção de dados dão luz a uma liberdade negativa, a ser exercitada pelos próprios cidadãos, isto é, pelos titulares de dados pessoais.

A terceira geração, surgida nos anos 1980, é caracterizada pela evolução das condições protecionistas de dados, tendo atribuído a estas maior grau de abrangência e atuação. A partir de então, a proteção de dados passou a compreender não apenas a liberdade de escolher fornecer ou não os seus dados pessoais a outrem, mas expressar-se acerca das garantias de efetividade dessa liberdade.

Por fim, a quarta geração é a atual, compreendendo as legislações existentes em inúmeros países, visando a suprir desvantagens da individualização. A saber, a base normativa da proteção de dados pessoais foi bastante desenvolvida na construção do modelo europeu, que deu origem ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679 (*General Data Protection Regulation*) aplicável a todos os indivíduos na União Europeia e Espaço Econômico Europeu, vigente desde 2018, além do modelo norte-americano compreendido pelas noções de *Right to Privacy* e da própria LGPD já vigente no Brasil.

trata-se de desenvolvimento de gerações relacionadas, exclusivamente, com o direito à proteção de dados. É possível apontar que a especificidade desta divisão decorre da noção de que, atualmente, se vive uma nova era, na qual o tratamento de dados acontece de forma massiva. Destarte, assim como Raffaele de Giorgi (2015, p. 141) referiu que o século XX foi caracterizado como a “a era dos direitos”, considerando-se que a modernidade complexa trouxe ao direito elementos como a artificialidade e a contingência, pode-se pensar, atualmente, na vigência de uma “era dos dados pessoais”.

³⁰ A *Datalag*, Lei nº 289 de 11 de maio de 1973 (STOCKHOLMS SLOTT, 1973), refere-se expressamente à proteção de dados pessoais e às obrigações atribuídas aos agentes de tratamento de dados. Disponível em: https://www.lagboken.se/Lagboken/start/ordning-och-sakerhet/lag-2007258-om-behandling-av-personuppgifter-i-forsvarsmaktens-forsvarsunderrattelseverksamhet-och-militara-sakerhetstjanst/d_2589111-sfs-1973_289. Acesso em: 12 out. 2021.

³¹ A *Informatique et Libertés*, Lei nº 78-17, de 6 de janeiro de 1978, já em sua versão inicial, era relativa ao processamento de dados, arquivos e liberdades (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1978). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000886460/1978-07-07/>. Acesso em: 12 out. 2021.

Percebe-se que, por se tratar de preocupação comum entre inúmeras nações, a proteção de dados pessoais passou, ao longo dos anos, a assumir certa medida de harmonização nas elaborações normativas postas sob construção, apresentando gramática comum e estruturas assemelhadas. Neste sentido, Colin Bennett (*apud* DONEDA, 2021, p. 3) observa o desenvolvimento de uma tendência à convergência das políticas públicas relacionadas à proteção de dados pessoais, não se tratando esta de uma uniformização, mas de um processo compreendido pela dialética e pelas diferenças de abordagem que aponta para a identificação de uma base de conteúdo comum.

Diante da complexidade que foi sendo, ao longo dos anos, conferida às atividades de tratamento de dados pessoais desde a fundação desta disciplina, ela foi, de maneira contínua, incorporando elementos que permitem a promoção de garantias efetivas à tutela integral da pessoa. Assim, como aponta Doneda (2021, p. 4), desde quando a regulação e o controle direto dos bancos de dados pessoais foi viável, a atenção voltou-se ao necessário fortalecimento de garantias individuais ante a multiplicação de bancos de dados e, assim, de riscos³² de dano a titulares de dados em patamar global. Tais garantias, aliás, aptas à salvaguarda de *direitos de não lesão* (FERRAJOLI, 2011a, p. 33) de titulares de dados.

Atualmente, ao se analisar o teor das regras contidas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e no Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (GDPR), é possível verificar a forte influência da noção de existência de vínculo da tutela da privacidade ao progresso tecnológico, advinda de elaborações regulatórias desenvolvidas, antes, nos Estados Unidos – país que apresenta, em seu ordenamento, consolidada menção ao direito à privacidade, o que decorre de discussões cujo marco inicial se deu com o artigo “*The right to privacy*”³³, de Samuel Warren e Louis Brandeis (1890) (DONEDA, 2021, p. 5).

Um marco no desenvolvimento da disciplina de proteção de dados, portanto, consiste na Diretiva 95/46/CE, que constituiu o texto de referência, em âmbito europeu, em matéria de

³² Segundo Doneda (2021, p. 5), as recentes legislações na área de proteção de dados incorporaram instrumentos que visam a atender às novas demandas relacionadas com a automatização das atividades de tratamento de dados. Nestas legislações, conforme o autor, é perceptível que a inserção de instrumentos individuais de garantia se vincula, cada vez mais, a uma abordagem regulatória baseada no risco.

³³ A definição originária da privacidade como o “direito de ser deixado em paz”, foi cunhado por Samuel Warren e Louis Brandeis (1890), e, posteriormente, a ela se agregou a inovação de Alan Westin, que definiu a privacidade como o direito a controlar o uso que os outros fazem das informações que os afetam (RODOTÀ, 2014). Percebe-se, assim, que, desde a definição trazida por Warren e Brandeis (1890), houve evidente evolução da definição, que deixou de ser limitada à concepção individualista, ligada à inexistência de estabelecimento de uma relação comunicativa, para ser, mais tarde, acrescida da visão de que a privacidade é elemento imprescindível para a construção da personalidade humana. Dentre as evoluções de conceituação havidas nas últimas décadas, uma importante transformação é a apontada por Stefano Rodotà (1955, p. 102) no sentido de o direito à privacidade não mais se estruturar em torno do eixo “*pessoa-informação-segreto*”, no paradigma *zero-relationship*, mas, sim, no eixo “*informação-circulação-controle*”.

proteção dos dados pessoais, promulgada em 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre-circulação desses dados.

Frise-se que a Diretiva 95/46/CE, ainda que consista em relevante instrumento de proteção de dados, que fez menção direta à proteção dos direitos e às liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, “*através da adoção dos critérios essenciais que conferem licitude ao tratamento e dos princípios relativos à qualidade dos dados*” (UNIÃO EUROPEIA, 2016), por outro lado não representa marco de garantia integral à proteção da liberdade informacional de todas as pessoas, uma vez que excluiu de seu escopo determinados grupos de titulares de dados ao noticiar inaplicabilidade da lei em caso de tratamento de dados não sujeitos à aplicação do direito comunitário, como a segurança pública, a defesa e a segurança do Estado³⁴.

Ainda assim, o reflexo da construção de elaborações normativas de tamanha relevância e abrangência trouxe, para o Brasil, discussões relativas à regulamentação do tratamento conferido aos dados pessoais de titulares em âmbito nacional, mesmo que, por muito tempo, a proteção de dados pessoais tenha, no país, sido associada, de forma limitadora e pouco específica, ao direito à privacidade – conquanto, essencialmente, seja dotada de objetos que extrapolam as noções atribuídas ao direito de não lesão à privacidade.

O direito à privacidade no Brasil, inserido como regra de não lesão contida no texto constitucional (artigo 5º, inciso X) e mencionado de forma específica no artigo 21 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2002), apesar de ter vinculado a si um rol de garantias que busca lhe conferir efetividade, não consiste em meio suficiente de salvaguarda de todos os objetos passíveis de proteção com o advento de novas tecnologias, dentre eles os dados pessoais.

Como aponta Doneda (2019, p. 263), há um hiato que segrega a tutela da privacidade, esta constitucionalmente protegida, da tutela dos dados pessoais, posto que este distanciamento viabiliza a perigosa interpretação de que pode o julgador levar em consideração tão somente os danos relacionados a violações da privacidade e da intimidade da pessoa, sem se atentar para a

³⁴ A Diretiva 95/46/CE assim definiu, em seu artigo 3º, §2º, quanto ao âmbito de aplicação: “2. A presente directiva não se aplica ao tratamento de dados pessoais: – efectuado no exercício de actividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário, tais como as previstas nos títulos V e VI do Tratado da União Europeia, e, em qualquer caso, ao tratamento de dados que tenha como objecto a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado (incluindo o bem-estar económico do Estado quando esse tratamento disser respeito a questões de segurança do Estado), e as actividades do Estado no domínio do direito penal – efectuado por uma pessoa singular no exercício de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas.” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

violação relacionada à abusiva utilização de suas informações pessoais situadas em banco de dados.

Ainda a este respeito, Doneda (2021, p. 11) assevera que, com estas novidades, o direito à privacidade restou entrincheirado em seu caráter individualista e subjetivo, pois, apesar de ter introduzido no ordenamento “*uma série de valores fortemente presentes também na proteção de dados, a dinâmica do desenvolvimento desta última acaba dialogando relativamente pouco com o direito à privacidade e, quase sempre, de forma retórica*”.

Por esta razão é que, o Brasil, em consonância com a movimentação global³⁵ no sentido de regular os meios de tratamento de dados pessoais e de uso ético da inteligência artificial³⁶, passou a se atentar à necessidade de progredir na criação de garantias vinculadas não mais somente ao direito à privacidade, mas, também, ao específico e autônomo direito à proteção de dados pessoais.

3.1.2 Proteção de dados no Brasil e um histórico de garantias fracas

Em âmbito interno, percebeu-se a necessidade de se avançar nos textos normativos referentes à proteção da privacidade e, mais que isso, à específica matéria de proteção de dados pessoais. As regras criadas para a promoção da salvaguarda deste direito, desde as mais incipientes no país, contudo, não apresentavam – e, como se discutirá a seguir, em parte, ainda não apresentam – fortes garantias de não lesão a estes direitos.

Antes de se abordar a evolução, em âmbito interno, do direito à proteção de dados pessoais e de suas respectivas garantias, desenvolvidas ao longo dos anos, é importante apresentar definições do que se entende, neste trabalho, por *garantias fortes* e *garantias fracas* – o que se faz à luz do garantismo constitucional.

Para compreensão do que se entende por garantias fortes e fracas, antes de tudo é preciso conceber a existência de uma obrigação de elaboração de garantias vinculadas aos direitos fundamentais, sobretudo quando no caso de lacunas de garantias. Segundo Ferrajoli

³⁵ A Comissão Nacional de Informática e Liberdades francesa (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) publicou o mapeamento “*Data protection around the world*”, pelo qual se pode analisar o nível de desenvolvimento de regras relativas à proteção de dados em cada país do globo, sendo possível obter informações sobre todas as Autoridades de Proteção de Dados ao acessar cada geoposição da imagem. O mapa está disponível em: <https://www.cnil.fr/en/data-protection-around-the-world>. Acesso em: 12 out.2021.

³⁶ A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) deu início à elaboração do primeiro instrumento mundial de definição de padrões sobre a ética da inteligência artificial. O instrumento em elaboração, no documento oficial disponibilizado pelo grupo de especialistas, foi definido como “*Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*”, e no sítio institucional da Unesco é intitulado “*Legislação Global de Inteligência Artificial*”. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/consulta-online-primeira-versao-da-recomendacao-etica-da-inteligencia-artificial>. Acesso em: 12 out. 2021.

(2011a, p. 654), o dever de “legislação ativa” que as normas constitucionais impõem ao legislador é identificado como um *principium iuris tantum*, cuja existência serve para sustentar (também no plano empírico-descritivo e não somente no normativo) a implicação entre direitos e garantias.

Deste modo, em uma instituição monodinâmica, como aponta Ferrajoli (2011a, p. 768), as garantias existem enquanto positivamente introduzidas por específicos atos normativos. Assim, quando se denota a ausência desta previsão positiva nos instrumentos normativos, ainda perdura a obrigação de fazê-lo, o que constitui uma “*garantia débil*” ou “*garantia fraca*”, equivalente a uma “promessa” de efetivação do direito fundamental subjetivo a que se vincula.

Já as *garantias fortes*, consoante Ferrajoli (2011a, p. 865), consistem nas garantias primárias e secundárias concretamente introduzidas pelo legislador no ordenamento jurídico em correspondência com os direitos constitucionalmente reconhecidos. Tratam-se, pois, de “*garantías constitucionales implícitas*³⁷ en la propia estipulación constitucional de principios o derechos fundamentales”.

Como já apontado no capítulo “2” deste trabalho, as garantias primárias, conforme Ferrajoli (2011a, p. 769), são aquelas que produzem, operativamente, o funcionamento fisiológico das instituições públicas, realizando suas funções sociais e viabilizando os fins para os quais foram instituídas. Já as garantias secundárias tratam-se, em suma, da satisfação das expectativas de se condenar os atos ilícitos e de se anular os atos inválidos que violam as normas e as garantias primárias correlativas a direitos subjetivos.

Dito isso, procura-se, neste subcapítulo, analisar, de forma crítica e partindo-se das definições oferecidas pelo constitucionalismo garantista, como foram desenvolvidas as garantias vinculadas ao direito à proteção de dados pessoais em âmbito interno, desde as suas primeiras previsões.

No Brasil, em momento anterior à Constituição Federal vigente, já se teve notícia do Projeto de Lei nº 2.796/80³⁸, por intermédio do qual se buscava “*assegurar aos cidadãos*

³⁷ Neste ponto anota-se que Ferrajoli (2011a, p. 866) ressalta, também, a existência de garantias constitucionais *explícitas*, consistentes nas obrigações de anular as normas constitucionalmente inválidas e de derrogar as normais constitucionais.

³⁸ O Projeto de Lei nº 2.796/80, de autoria da então Deputada Cristina Tavares (PMDB-PE), trazia, em sua justificativa, o apontamento de que “*a informática deve estar a serviço de cada cidadão; não deve constituir ameaça nem à identidade humana, nem aos direitos de cada um, nem à vida privada, nem às liberdades individuais ou públicas. Importa que a informática respeite quatro séries de valores, dois tradicionais: os direitos do homem e as liberdades individuais ou públicas; e dois mais propagados atualmente: a vida privada e a identidade humana*” (BRASIL, 1980). O PL está disponível no *website* oficial da Câmara dos Deputados, em:

acesso às informações sobre sua pessoa constantes de bancos de dados” (BRASIL, 1980), o que deu ensejo a discussões que terminaram por criar o instituto do *Habeas Data*, então inserido na Constituição Federal como meio de acesso a informações, pelos titulares dos dados em 1988.

O *Habeas Data*, inserido no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), consiste em um direito fundamental processual que permite que a pessoa, isto é, o titular de informações ou dados pessoais, possa ter conhecimento acerca de seus dados situados em bancos de domínio do Poder Público. Este instituto permite que, em sendo de seu interesse, o titular dos dados consiga pugnar pela sua correção em caso de inexatidão, quando estes estiverem presentes nos registros e bancos de dados de entidades governamentais. Este direito de retificação e de acesso a dados, aliás, é replicado na lei geral protecionista de dados vigente no Brasil.

O remédio constitucional, todavia, teve reduzida eficácia, em termos práticos³⁹, primeiramente, porque foi concebido como instrumento para possibilitar acesso às vítimas do regime militar aos seus arquivos e registros, fato que dificultou sua aplicabilidade. Além disso, não trouxe em sua redação imposição de limites ao tratamento de dados, pressupondo que este processo é legítimo *per se*. Como retoma Mendes (2008, p. 121), “*a força simbólica do direito ao habeas data pode ter acarretado uma sensação de que o problema da proteção de dados pessoais no Brasil estivesse resolvido, de modo a desincentivar o seu desenvolvimento e a sua real aplicação em concreto*”.

Por esta razão é que, desde então, a passos lentos, é que ocorreram as demais previsões legais relativas à disciplina da proteção de dados pessoais. No Brasil, ao longo dos anos, a partir da tradição jurídica influenciada pela noção de “*liberdade informática*”⁴⁰, desenvolveram-se regras constitucionais de proibição de lesão, tais como a inviolabilidade da vida privada e da intimidade, a proibição da interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados, e a vedação da invasão de domicílio e de correspondência, todos previstos, expressamente, em incisos do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Além das previsões constitucionais, destacam-se as previsões contidas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), na Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011),

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FBF15270DD557906FEB1829EFA68AED.proposicoesWeb1?codteor=1172300&filename=Avulso+-PL+2796/1980. Acesso em: 28 set. 2021.

³⁹ Em crítica ao remédio constitucional, Luís Roberto Barroso (1998, p. 212) relacionou o *habeas data* como remédio essencialmente simbólico, por acreditar que os direitos por ele garantidos já poderiam se efetivar por intermédio do mandado de segurança.

⁴⁰ Conforme Limberger e Bunchaft (2016, p. 847), Vittorio Frosini cunha a expressão “*liberdade informática*” como um novo direito, com o significado de autotutela da própria identidade informática, ou seja, o direito de acessar, de retificar ou de cancelar os dados pessoais inscritos em um banco de dados informatizado.

que disciplina a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas para formação de histórico de crédito, e no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil.

Em sentido internacional, houve menção à proteção de dados na Declaração de Santa Cruz de La Sierra, documento final da XIII Cúpula Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo, assinada pelo governo brasileiro em 15 de novembro de 2003, que apresentou, em seu item 45⁴¹, menção de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental de todas as pessoas, destacando a importância das iniciativas reguladoras ibero-americanas para proteger a privacidade dos indivíduos.

Ante a fragmentação dos instrumentos normativos e textos que apresentavam direitos de não lesão à proteção dos dados pessoais, contudo, é que a expectativa de proteção ampla dos titulares de dados pessoais de toda pessoa natural ainda consistia em mera promessa. A inexistência de uma lei específica para tratar sobre o tema, até então, solidificava a compreensão de existência de meras garantias fracas ao direito, que começava a emergir no ordenamento jurídico brasileiro de forma autônoma.

Passa-se, portanto, à análise do processo de legislação ativa, que visou, por meio da criação de uma lei específica e geral sobre dados pessoais, a dar fim à lacuna de garantias e à existência de garantias fracas, de modo a promover a criação de garantias fortes a este direito.

Quanto à criação de uma lei geral de proteção de dados, voltada, especificamente, à tutela dos dados pessoais de todos os titulares, o Brasil apresenta discussões, pelo menos, desde o ano de 2005, quando, no Subgrupo de Trabalho de número 13 (SGT13) do Mercosul, debateu-se acerca da possibilidade de regulamentação comum sobre proteção de dados pessoais para países-membros, o que, com o desenvolvimento das discussões, culminou com a aprovação do documento chamado “Medidas para a proteção de dados pessoais e sua livre-circulação⁴²” (DONEDA, 2021, p. 16).

⁴¹ Item 45 da Declaração de Santa Cruz de La Sierra, documento final da XIII Cumbre Ibero-Americana de chefes de Estado e de governo. Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/DECLARASAO-STA-CRUZ-SIERRA.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁴² O documento “Medidas para a proteção de dados pessoais e sua livre-circulação” trouxe, em suas considerações iniciais, os seguintes apontamentos: “el fortalecimiento de la cooperación científica y técnica, como el establecimiento coordinado de nuevas redes de telecomunicaciones entre los Estados Partes exigen y facilitan la circulación transfronteriza de datos personales. Que en virtud de ello, resulta necesaria la adopción de un conjunto de medidas que protejan los datos personales y su libre circulación”. Disponível em: https://documentos.mercosur.int/simfiles/proynormativas/24606_SGT13_2010_ACTA01_ANE04_PDecS-N_ES_Protecci%C3%B3n%20Datos%20Personales.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

A partir de então, deu-se início, em âmbito nacional, à elaboração de um texto-base do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados como meio de internalizar os resultados das discussões traçadas junto ao Mercosul. Deste modo, entre os anos de 2011 e 2015 traçaram-se debates internos sobre termos a serem inseridos no anteprojeto e, em 2015, foi tornada pública sua primeira versão – que viria a se tornar o projeto de lei (PLC nº 53/2018) aprovado, por unanimidade, em 10/7/2018, pelo Plenário do Senado Federal, tendo seguido para sanção presidencial, quando a lei foi promulgada, com vetos, em 15/8/2018⁴³.

Após a promulgação da Lei nº 13.709/2020 (LGPD), foi editada a Medida Provisória nº 869/2018, convertida na Lei nº 13.853/2019, que, dentre outras mudanças, alterou a extensão de sua *vacatio legis*, então adiada para agosto de 2020. Em seguida, por força da medida provisória nº 959/2020, posteriormente convertida na Lei nº 14.058/2020, definiu-se que as regras relativas às sanções administrativas previstas na lei passariam a entrar em vigor somente em 1º/8/2021.

Houve, posteriormente, edição do Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020, que dispõe sobre a estrutura regimental da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e especificou elementos para o funcionamento do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade⁴⁴, e, desde então, deu-se início à fase de nomeações de diretores e conselheiros⁴⁵, estando já operante a autoridade fiscalizadora.

Cumprir destacar, ademais, que, mesmo antes da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, no Brasil, já havia se reconhecido o direito à autodeterminação informativa⁴⁶ como direito fundamental, sendo certo referir a sua essencial ligação com a disciplina da proteção de dados pessoais.

⁴³ As informações a respeito do andamento do Projeto de Lei nº 53, de 2018, no Senado Federal, podem ser visualizadas, na íntegra, junto ao sítio oficial, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>. Acesso em: 12 out. 2021.

⁴⁴ O artigo 15 do Decreto nº 10.474/2020 (BRASIL, 2020d) indica que o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto por representantes de inúmeras organizações e instituições. No que diz respeito, contudo, às indicações realizadas pelas organizações da sociedade civil e entidades representativas do setor laboral, estabeleceu-se concretização mediante elaboração de lista tríplice de titulares e suplentes, encaminhada ao ministro de Estado chefe da Casa Civil da Presidência da República para nomeação pelo presidente da República. Esta previsão específica foi matéria do Projeto de Decreto Legislativo nº 394/2020, que visava a sustar os seus efeitos em razão de suscitado prejuízo à autonomia do órgão. As nomeações, todavia, foram realizadas antes da definição de relator do Projeto na Câmara de Deputados.

⁴⁵ Em 9 de agosto de 2021, por intermédio de Decreto presencial, foram designados os membros componentes do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPDP), indicados para atuação na condição de representantes do Poder Executivo Federal e de outros Poderes, órgãos e instituições públicas, de organizações da sociedade civil, de instituições científicas, tecnológicas e de invocação, de confederações sindicais representativas das categorias econômicas do setor produtivo e de entidades representativas do setor empresarial. Decreto disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decretos-de-9-de-agosto-de-2021-337265774>. Acesso em: 6 out. 2021.

⁴⁶ Como aponta Mendes (2020, p. 233), a importância do direito à autodeterminação informativa consiste no fato de que “sua fórmula de proteção abstrata oferece grande flexibilidade como poder de decisão”, pois, como

O direito à autodeterminação informativa foi referenciado, pela primeira vez, na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 15/12/1983, quando este suspendeu, de maneira provisória, a realização do censo nacional e declarou inconstitucional a lei que previa a obrigatoriedade de cada cidadão responder a 160 perguntas de cunho pessoal, verificando que o planejamento realizado poderia colocar os dados pessoais dos cidadãos alemães em situação de vulnerabilidade digital.

O Tribunal Constitucional Alemão não apenas reconheceu a necessidade de observância aos princípios da finalidade e da adequação na coleta de dados pessoais, como também referiu o direito à *autodeterminação informativa* para evidenciar o direito dos titulares de dados de “*decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados*” (SCHWABE; MARTINS, 2005).

No mesmo sentido da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão – e, não por coincidência, em demanda que envolvia a coleta de dados para a realização do censo anual no Brasil –, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito fundamental à proteção de dados pessoais ao referendar a decisão liminar deferida pela ministra relatora Rosa Weber, nos autos da ADI nº 6.387/DF, datada de 7 de maio de 2020, na qual se acentuou o direito à autodeterminação informativa⁴⁷ (BRASIL, 2020c).

O plenário do STF suspendeu a aplicabilidade da Medida Provisória nº 954/2020 (BRASIL, 2020a) ao julgar conjuntamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6387, 6388, 6389, 6393 e 6390, impedindo, assim, o compartilhamento de dados não anonimizados⁴⁸ de telefonia fixa e móvel, além do endereço dos consumidores, entre as companhias de telefonia e a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A decisão do STF representa um marco na temática protecionista de dados em âmbito nacional, à medida que, antes da integral entrada em vigência da LGPD e de ser pautada para votação a Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019⁴⁹ pela Câmara de

não designa conteúdo de garantia fixo, esse direito pode ser aplicado em inúmeros casos de tratamento de dados (coleta, processamento ou transmissão).

⁴⁷ Em seu voto, ressaltou o ministro Luiz Fux (BRASIL, 2020c, p. 55) que “*a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada*”.

⁴⁸ A LGPD disciplina que dados anonimizados são aqueles relativos a titulares que não podem ser identificados “*considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento*” (BRASIL, 2018a).

⁴⁹ A Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019, de autoria do Senado Federal, busca alterar a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais (BRASIL, 2019a). O texto foi aprovado pelo Plenário da Câmara de Deputados em 31/8/2021, posto que a tramitação, na íntegra, está disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 12 out. 2021.

Deputados, o STF garantiu, expressamente, a tutela constitucional do direito à autodeterminação informativa de forma abrangente, com apontamento claro e específico em relação aos dados pessoais e não mais com modesta referência ao direito à privacidade, então traduzido pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Segundo a decisão, a tutela constitucional alcança todos os dados pessoais, inexistindo, atualmente, dados neutros ou insignificantes passíveis de compartilhamento irrestrito ou de tratamento inexplicito e ilimitado, o que representa notória evolução jurisprudencial em relação ao tema, porque, desta forma, a tutela garantida alcança dados que vão para além dos considerados íntimos ou sensíveis, tais como aqueles relacionados a crenças, religião e opiniões políticas, abrangendo todo dado pessoal, como na previsão do artigo 5º, inciso II, da LGPD (BRASIL, 2018a).

Em seu voto, a ministra Rosa Weber (BRASIL, 2020c) aclara que a medida provisória, objeto da ação direta de inconstitucionalidade, não apresenta suficientes informações sobre a delimitação do objeto de pesquisa a que se destinariam os dados, tampouco sua finalidade específica e sua amplitude, de forma a não oferecer condições de avaliação de sua adequação e sua necessidade – dois elementos, portanto, essenciais à análise de compatibilidade do tratamento de dados com as finalidades previamente informadas e sua limitação ao mínimo necessário para o alcance dos objetivos a que se destina.

O direito à autodeterminação informativa traz às práticas brasileiras de extração, coleta, armazenamento e, sobretudo, compartilhamento de dados, a noção de obrigatoriedade de se tratar todos os dados pessoais manipuláveis, independentemente de sua classificação de natureza, mediante delimitação de objeto e somente tanto quanto for necessário para que se alcance a finalidade previamente prevista para o tratamento em questão.

Compreende-se, desta forma, que o STF reconheceu, expressamente, o direito à autodeterminação informativa, e, além disso, está integralmente vigente uma lei geral que trata da proteção de dados no Brasil, dotada de um extenso rol de garantias primárias e secundárias aos titulares de dados não mais limitadas ao mero direito de acesso e de retificação de seus dados, como operacionalizado por intermédio do *Habeas Data*.

A LGPD traz, dentre suas previsões, um rol de direitos disponíveis aos titulares de dados pessoais que compreendem, entre outras, a possibilidade de se requerer aos agentes de tratamento de dados a anonimização, a portabilidade ou a eliminação de dados pessoais em tratamento, além de informações sobre as entidades públicas e privadas com as quais seus dados foram compartilhados.

Neste entendimento, em se considerando que as *garantias fortes* são, em resumo, garantias primárias e secundárias positivadas e aptas a efetivar os direitos fundamentais a elas vinculados, é possível que se questione: Como a LGPD dispõe de um rol de garantias primárias e secundárias voltadas à proteção dos dados pessoais, é possível concluir que a lei vigente confere ao ordenamento jurídico brasileiro a abrangência de *garantias fortes*?

A obtenção da resposta demanda uma análise da LGPD em termos gerais e não somente no que diz respeito às regras que preveem específicos direitos a (determinados) titulares de dados pessoais contidos no rol previsto em seu artigo 18, como o direito de acesso, retificação, complementação, portabilidade e exclusão de dados.

É preciso considerar, primeiramente, que a lei é bastante precisa ao delimitar o seu âmbito de aplicação, deixando evidente que as suas garantias não se aplicam a determinados grupos de titulares – cuja proteção ainda demanda a elaboração de leis específicas, portanto, possuem disponíveis para si, até o momento, apenas garantias fracas – uma promessa de não lesão, ainda não concretizada por meio de regras positivadas.

Uma aproximação com a teoria permite acreditar, assim, que os direitos e as garantias positivadas na LGPD não são suficientes à proteção integral de todas as pessoas titulares de dados, uma vez que determinados grupos foram, expressamente, excluídos do escopo da lei. Afinal, na lei, há expressa indicação de que as suas regras não se aplicam ao tratamento de dados pessoais realizado para fins jornalísticos, artísticos, acadêmicos e, ainda, para a finalidade exclusiva de executar a segurança pública, a defesa nacional, a segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais, havendo previsão de que tais hipóteses serão regidas por legislação específica (*de lege ferenda*).

Evidencia-se, assim, que os titulares de dados pessoais, presentes nas relações de tratamento de dados contidas nas atividades expressamente excluídas do escopo da lei, estão em situação de inexistência de garantias efetivamente aptas a proteger seus dados em determinadas circunstância de tratamento, uma vez que as garantias trazidas pela LGPD não são a eles aplicáveis – isto, pelo menos, até que postas em vigência as leis específicas – momento em que ocorrerá a sua conversão em garantias fortes.

Além disso, importa referir que, mesmo quando não se põe sob análise as situações de tratamento de dados que não fazem parte dos limites de aplicação da lei geral, ainda se verifica a existência de garantias fracas, pouco abrangentes e pouco inclusivas, uma vez que o texto legislativo não faz menção direta e específica a grupos de titulares que, do ponto de vista da disciplina da proteção de dados, podem ser vistos como mais vulnerados que os demais, seja por condições geográficas, seja por questões socioeconômicas.

Não se extrai do texto legal qualquer menção a grupos de titulares que, por força de precariedade das suas circunstâncias de moradia ou de acesso a bens de consumo eletrônicos e à rede mundial de computadores, estariam impossibilitados de exercer determinados direitos do titular previstos na lei, como é o caso, por exemplo, de determinados grupos indígenas⁵⁰, da população rural⁵¹ e de moradores de locais periféricos⁵².

Além disso, não se faz menção a garantias que alcancem os titulares de dados que se encontram, atualmente, em situação de analfabetismo, uma vez que o exercício dos direitos previstos no artigo 18 da lei, sobretudo o direito de acesso e de retificação de dados, requer solicitação direta do titular do dado⁵³. Em existindo quem não possa, de forma autônoma e independente, representar a si mesmo ou constituir representante legal para realizar requerimento hábil para obter informações sobre o tratamento conferido aos seus dados, por certo possui evidente limitação ao exercício de tal direito e, assim, ao pleno gozo das garantias que deveriam estar postas à disposição de todos.

A partir disso, pode-se considerar a necessidade de priorização da construção de garantias fortes quando se está diante de titulares de dados que, por quaisquer razões, se encontram em situação de maior vulneração, isto é, que consistem no polo mais fraco da relação de tratamento de dados estabelecida entre o agente de tratamento e o titular de dados.

Neste ponto é importante retomar um dos modelos de configuração jurídica das diferenças trazido por Ferrajoli (2014, p. 75) – o da *igual valoração jurídica das diferenças* –, que tem por base o princípio normativo da igualdade dos direitos fundamentais – políticos,

⁵⁰ De acordo com o Relatório sobre criminalização e assédio de lideranças indígenas no Brasil, nominado “*Uma anatomia das práticas de silenciamento indígena*”, coordenado por Sônia Guajajara (INDIGENOUS PEOPLES RIGHTS INTERNATIONAL, 2021), as comunidades indígenas, de modo geral, enfrentam a adversidade de limitação de acesso à *internet*. Por este motivo, o relatório omitido incluiu entre as recomendações para a proteção coletiva a potencialização do uso da tecnologia de forma autônoma pelos povos indígenas por intermédio de instalação de internet nas comunidades e meios de comunicação satelital.

⁵¹ De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, realizada pela Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento e Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE, relativa aos anos de 2018/2019 e publicada em 14 de abril de 2021, somente 55,6% dos domicílios rurais do país possuem acesso à *Internet*. A pesquisa, na íntegra, está disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 1º nov. 2021.

⁵² Conforme pesquisa realizada pela Locomotiva Instituto de Pesquisa sobre a exclusão digital nas favelas, 13% dos seus moradores não contam com sinal móvel de Internet em sua residência. Somados aos 30% que classificam como ruim a disponibilidade do serviço, um total de 43% da população das comunidades teria acesso precário à rede. Disponível em: <https://www.ilocomotiva.com.br/single-post/teletime-em-destaque-exclus%C3%A3o-digital-nas-favelas>. Acesso em: 1º nov. 2021.

⁵³ O artigo 18 da LGPD dispõe que o titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição, a confirmação da existência do tratamento, o acesso aos dados, a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, dentre outros direitos. De acordo com o §3º do mesmo dispositivo, “*os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento*” (BRASIL, 2018a), e a resposta será escrita e enviada, a critério do titular, por meio eletrônico ou sob a forma impressa, conforme como indicam os incisos I e II, §2º, do artigo 19.

civis, de liberdade ou sociais – ao mesmo tempo em que se estabelece um sistema de garantias apto a salvaguardar sua efetividade. Este modelo é caracterizado por não ser indiferente ou tolerante com as diferenças, mas por garantir, a todos, a sua livre-afirmação e desenvolvimento, sem promover o seu abandono à lei do mais forte, mas lhe fazendo objeto de leis do mais fraco – isto é, objeto de direitos fundamentais (como será abordado mais a fundo no item “3.3”).

Partindo-se da perspectiva do garantismo constitucional, pode-se compreender como necessária a elaboração de garantias específicas capazes de viabilizar, a todos os titulares aos quais se aplica a lei, suas condições de acesso às garantias nela contidas, tais como a possibilidade de acesso aos dados pessoais tratados por entidades públicas ou privadas. Já no que diz respeito aos grupos de titulares de dados expressamente excluídos do escopo da lei, entende-se por urgente a elaboração das leis específicas por meio das quais espera-se que seja promovida a introdução das respectivas garantias fortes e, portanto, aptas a promover a proteção integral dos dados pessoais destas pessoas.

Além disso, de forma a garantir a efetividade do direito à proteção de dados a todos os titulares de dados pessoais, ventila-se a impossibilidade de se realizar uma diferenciação de regimes referentes à proteção de dados pessoais a depender de quem realiza o tratamento desses dados. Nesse sentido, Doneda (2019, p. 328) destaca que, seja o tratamento de dados realizado pelo Estado, seja promovido por organizações privadas, eventuais diferenças na imposição de regras sobre este procedimento somente serão justificadas caso tenham como objeto precípua a obtenção de um patamar idêntico de proteção para o titular dos dados pessoais.

Denota-se, portanto, a existência de um histórico e de uma realidade atual de garantias fracas vinculadas ao direito à proteção de dados no Brasil. Percebe-se que a solidificação desta matéria, em âmbito interno, ainda está em pleno andamento, mesmo que vigente uma lei “geral” de proteção de dados. Isso, afinal, porque existem titulares de dados aos quais não é possível se atribuir a possibilidade de gozo de garantias primárias e secundárias, havendo, ainda, lacunas de garantias que lhe promovam a ampla proteção. Neste caso, em existindo tão somente uma promessa, isto é, uma expectativa de efetivação do direito destas pessoas, tem-se que a elas estão disponíveis apenas garantias fracas.

3.2 TRATAMENTO DE DADOS PELO PODER PÚBLICO E LGPD: GARANTIAS PARA QUEM?

Ao questionar-se, no título do presente subcapítulo, “garantias para quem?”, referencia-se a pergunta “*leis pra quem(m)?*”, levantada por Amilton Bueno de Carvalho (2005, p. 15), que, a partir de uma perspectiva do garantismo penal, há mais de uma década indaga quem são os sujeitos de direitos e garantias efetivamente atingidos pelas regras de não lesão positivadas. Assim, o autor indaga: “*Mas, então, para quem(m) serve a lei? A lei é limite ao poder desmensurado – leia-se, limite à dominação. Então, a lei – eticamente considerada – é proteção ao débil. Sempre e sempre, é a lei do mais fraco: aquele que sofre a dominação*”.

É neste sentido que se busca, nesta seção, determinar quem são os sujeitos, isto é, os titulares de dados que, atualmente, têm disponíveis em seu favor garantias correspondentes ao direito à proteção de dados pessoais – direito subjetivo de não lesão e de proteção do mais fraco, aliás, inerente a todo e qualquer indivíduo humano, uma vez que, sob a ótica do constitucionalismo garantista, os seus dados pessoais configuram-se em *bens fundamentais personalíssimos*.

Diante disso, neste subcapítulo pretende-se demonstrar (i) qual é o âmbito de aplicação da LGPD, quais grupos de titulares de dados pessoais foram excluídos do seu escopo e quem, até o momento, encontra-se diante de um *deficit* de garantias, além de (ii) analisar o cenário atual das regras para tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, (iii) examinando quais são as garantias de proteção relacionadas com o tratamento de dados exercido para fins de persecução penal, chegando-se até a atividade de tratamento de dados na execução criminal (então objeto da análise empírica realizada no capítulo “4” deste trabalho).

A LGPD contempla relevante rol de garantias relativas ao tratamento de dados, indo além da previsão de *garantias secundárias* (como disponibilização de meios de se obter, judicialmente, indenização de cunho reparatório de danos) e da compreensão de *garantias primárias*, tendo como enfoque a efetividade integral da proteção de dados, estimulando a publicação de relatórios de impacto, a adoção de padrões de efetivação da lei e a internalização de boas práticas pelos agentes de tratamento.

Como exposto, porém, no subcapítulo anterior, ainda que a LGPD apresente, de forma expressa, uma série de garantias primárias e secundárias que têm por objetivo conferir efetividade ao direito fundamental à proteção dos dados pessoais e salvaguardar a proteção dos dados pessoais enquanto *bens fundamentais personalíssimos*, estas garantias não abrangem determinados grupos de pessoas, especialmente em hipóteses específicas de

tratamento de dados realizado pelo Estado. Por esta razão, analisa-se como ocorre o tratamento de dados realizado pelo Estado.

É possível indicar que o objetivo precípua da LGPD é promover a tutela qualificada da pessoa humana em concretização às normas constitucionais voltadas à privacidade ao contemplá-la como direito fundamental, ao mesmo tempo em que prevê a publicidade como princípio reitor da administração pública, instituindo a cultura da transparência na atuação estatal em contraposição à regra do sigilo preponderante (TERRA ;CASTRO, 2020, p. 261).

Da análise do Capítulo IV da LGPD depreende-se que o legislador brasileiro incluiu, dentre as regras contidas na lei geral, uma série de obrigações e responsabilidades inerentes ao Poder Público quando da realização de atividades de tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas na Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação – LAI (BRASIL, 2011b).

Deste modo, na condição de agentes de tratamento de dados pessoais, estão compreendidos pela lei os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo (incluindo as Cortes de Contas) e Judiciário e do Ministério Público, além das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e municípios.

Percebe-se que, nas atividades de tratamento de dados realizadas pelo Poder Público, existem múltiplos agentes responsáveis pela manipulação desses dados, tais como os supramencionados. Além disso, compreende-se que as regras de proteção de dados pessoais, dirigidas ao Poder Público, podem se dar por meio de regimes diferenciados. O fator de diferenciação, no entanto, não decorre da multiplicidade de agentes de tratamento, mas, sim, da definição da atividade estatal exercida: se econômica ou se voltada ao serviço público.

Há, entretanto, há clara indicação de que o tratamento de dados realizado por pessoas jurídicas de direito público somente será considerado legítimo quando para 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 público⁵⁴. Já as pessoas jurídicas de direito privado que atuam em regime de concorrência, por sua vez, terão o mesmo tratamento conferido às pessoas jurídicas de direito privado.

⁵⁴ Há previsão, no artigo 23, inciso I, da LGPD, de que o tratamento realizado pelas pessoas jurídicas de direito público será legítimo desde que “*sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos*” (BRASIL, 2018a).

Segundo Levin (2020, p. 236), o tratamento diferenciado justifica-se pelo fato de que as empresas estatais que exercem atividade econômica competem, diretamente, com empresas privadas, pelo que não devem ser regidas pelas mesmas regras – o que poderá ocorrer, excepcionalmente, no caso de desempenho de atividades exclusivamente voltadas ao desenvolvimento de políticas públicas.

A lei é pontual ao estipular que as empresas estatais e sociedades de economia mista somente terão o mesmo tratamento conferido às entidades do Poder Público quando executarem políticas públicas, posto que o tratamento se dará no âmbito exclusivo de sua execução⁵⁵. Trata-se, conforme Mulholland e Matera (2020, p. 223), de hipótese respaldada no princípio da legalidade, típico do direito público, que tem o condão de limitar competências, atribuições e atividades desenvolvidas pelo serviço público à expressa previsão e autorização legais – funcionando, portanto, como garantia de que a atuação do Estado será sempre balizada pelas regras contidas na lei, oferecendo aos titulares a possibilidade de controle dos limites dos atos administrativos.

Por isso, como aponta Rosso (2020, p. 12), uma vez verificada a necessidade de tratar dados pessoais, é importante que se promova, antes de tudo, a averiguação a respeito de sob qual condição atua o Poder Público, uma vez que as consequências de atuar em regime concorrencial ou em regime de finalidade pública são diferentes, desde os requisitos a serem atendidos até as sanções previstas em eventual desrespeito à lei. Frisa-se, ademais, que esta definição é essencial, sobretudo, quando há possibilidade de o mesmo dado pessoal manipulado pelo Estado ser utilizado para finalidades múltiplas, requerendo o atendimento de requisitos legais concorrentes.

O legislador, além disso, deixou em evidência a necessidade de se realizar o tratamento para promover a integral execução de políticas públicas e de respeitar os princípios basilares contidos no artigo 6º do texto legal, sem especificar, contudo, quais são as informações que devem ser consideradas de caráter público (MULHOLLAND; MATERA, 2020, p. 229).

Neste sentido, apontam Silva e Luccas (2020, p. 241) que não há contradição em afirmar que um dado pessoal é público e livre para acesso de qualquer pessoa, ressaltando, simultaneamente, que ele não está disponível para que outras pessoas, alheias à atividade a

⁵⁵ Assim leciona o artigo 24, parágrafo único, da LGPD: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público, nos termos deste Capítulo.” (BRASIL, 2018a).

que ele se destina, possam manipulá-lo em finalidades estranhas ao contexto de sua finalidade pública e previamente estabelecida.

Percebe-se, neste ponto, que uma das principais questões atinentes ao tratamento de dados pelo Estado é a dificuldade de se garantir, efetivamente, que ele se dará estritamente para as finalidades estipuladas em momento prévio e de caráter público⁵⁶ – uma vez que o seu desenvolvimento, além disso, é de difícil acompanhamento pelo titular dos dados.

Retoma-se os apontamentos de Silva e Luccas (2020, p. 241) para indicar que “*a titularidade conferida à pessoa natural aos seus dados pessoais lhe confere poderes de controle sobre as informações que a identificam, e um destes poderes é o de oposição a desvios de finalidade no uso de seus dados pessoais*”. Sabe-se entretanto, que o exercício do direito de acesso e de oposição ao tratamento de dados, além de compreender dificuldade no campo fático e prático, não está disponível para todos os titulares de dados, tendo em vista o caráter excludente da LGPD, sobretudo quanto a determinadas atividades estatais.

A respeito das regras para definição do que será tomado como legítimo tratamento de dados pessoais pelo Estado, Terra e Castro (2020, p. 238) indicam que, no atual cenário de tratamento intensivo de dados, o Poder Público revela-se, inquestionavelmente, como um dos principais potenciais ofensores dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, do que decorre a urgência de se avaliar qual é o seu papel e quais são as suas responsabilidades em eventuais situações de uso indevido ou ilegítimo de dados.

Precisamente em razão desta urgência é que se mostra fundamental dar espaço de relevo às hipóteses de tratamento de dados pelo Poder Público que não estão incluídas no âmbito de aplicação da LGPD, e que, portanto, consistem em atividades às quais ainda não se atribuiu um rol de garantias limitadoras ao poder do Estado, como será abordado a seguir.

3.2.1. Os titulares excluídos do âmbito de aplicação da LGPD e as lacunas indevidas

O caráter limitado e excludente da LGPD conduz à percepção de que o instrumento normativo não consiste em uma lei, de fato, ampla e abrangente a toda e qualquer pessoa titular de dados pessoais. Dos muitos titulares de dados vulnerados em razão das hipóteses de

⁵⁶ De forma a exemplificar casos reais de desvio de finalidade de tratamento de dados, então tratados pelo Poder Público, que adotaram objetivos diversos daqueles previamente estipulados, cita-se a obra de Lucas Pedroso (2020, p. 333-357), que narra e documenta quinze 15 casos. Alude-se, ainda, o caso da plataforma “Tudo sobre Todos”, criada pela Top Documents LLC, que coletou, compilou e publicou, no ano de 2015, dados sobre brasileiros disponíveis em bases de dados públicas, viabilizando uma “desfragmentação” de informações que conferiu aos dados valor econômico e, assim, contribuiu para o desvio da finalidade inicialmente prevista para a manipulação de dados conferida por pessoas jurídicas de direito público (SILVA; LUCCAS, 2020, p. 250).

não aplicação da lei geral, para fins deste trabalho opta-se⁵⁷ por focar naqueles atingidos pelo tratamento de dados realizado pelo Poder Público para fins de persecução penal, especificamente em âmbito de execução criminal.

Deste modo, passa-se à análise dos casos de exclusão de aplicabilidade da LGPD. Já em seu artigo 4º, inciso III, a lei geral destaca que está fora de seu âmbito de aplicação o tratamento de dados pessoais realizado para fins de segurança pública, de defesa nacional⁵⁸, de segurança do Estado e de atividades de investigação e repressão de infrações penais⁵⁹ – o que, evidentemente, compreende um rol bastante extenso de atividades de tratamento de dados realizado pelo Estado e, por conseguinte, deixa inúmeros grupos de titulares de dados pessoais sem a proteção conferida pelas garantias previstas na lei geral.

De acordo com Levin (2020, p. 239), a previsão de edição de legislação específica para o tratamento de dados destinados à execução de políticas públicas nas áreas de segurança e persecução penal, bem como a regra que veda o tratamento de tais informações por pessoas de direito privado (exceto em procedimentos sob tutela de pessoa de direito público), têm como finalidade a proteção dos dados pessoais constantes dos bancos de dados de órgãos de segurança pública e de segurança nacional, visando a evitar indevidos vazamentos de informações confidenciais que possam prejudicar a própria atuação dos órgãos públicos.

Ao se considerar que as regras têm tais finalidades, todavia, questiona-se se é legítimo que o Poder Público viabilize o acesso de terceiros a dados pessoais (inclusive, sensíveis) de determinados grupos de titulares de dados, ainda que sob argumento de conferir publicidade a atos da administração pública sem que haja condições de se promover garantia de limitação de acesso a dados, de modo a, aliás, resguardar o próprio Poder Público de um uso inadequado dos dados por terceiros. Por “uso inadequado” entende-se, aqui, a utilização dos dados pessoais para finalidades diversas daquelas estipuladas previamente à sua coleta.

Muitos são os titulares de dados excluídos do escopo da lei, posto que a consequência direta da limitação de aplicação da LGPD a atividades de tratamento de dados

⁵⁷ Ressalta-se que, para a viabilização de uma análise empírica, tornou-se necessário reduzir a análise a um dos grupos de titulares não alcançados pelo âmbito de aplicação da LGPD, posto que as motivações da escolha em questão estão mais bem justificadas no Capítulo “4”, no qual descreve-se a investigação empírica realizada.

⁵⁸ As atividades de tratamento de dados para fins de defesa nacional compreendem aquelas relacionadas com a manipulação de dados militares sobre conflitos armados e ameaças externas. De acordo com o Decreto nº 5.484/2005, que aprova a Política de Defesa Nacional, a “defesa nacional” é conceituada como “o conjunto de medidas e ações do Estado, com ênfase na expressão militar, para a defesa do território, da soberania e dos interesses nacionais contra ameaças preponderantemente externas, potenciais ou manifestas” (BRASIL, 2005).

⁵⁹ De acordo com Abreu (2021, p. 595), pode-se afirmar que o inciso III do artigo 4º da LGPD diferencia as vertentes de prevenção e de repressão do crime. Deste modo, o último item “*estaria relacionado a atividades da polícia judiciária para investigação de atividades criminosas com o intuito de instruir inquéritos policiais e processos penais e para cumprimento de determinações do Poder Judiciário, ao passo que, no âmbito da “segurança pública”, estaria a atuação da polícia administrativa, com foco em prevenção (...)*”.

vinculados a múltiplos deveres do Poder Público é, certamente, a criação de uma *lacuna indevida*. Afinal, não obstante exista indicação de que estas atividades serão regidas por lei específica, até outubro de 2021 estas não foram elaboradas.

Segundo Ferrajoli (2011a, p. 644), a *lacuna indevida* pode ser definida como um vício produzido pela indevida omissão de adoção de uma “norma exigida” por uma “norma de produção”, cuja aplicação demanda a introdução da norma ausente (isto é, da norma que aguarda elaboração). Esta conceituação define, fundamentalmente, o caso de aplicação da LGPD nas hipóteses em que, por certo, deveria ser empregada a legislação específica nela indicada, ainda pendente de elaboração. Ou seja, mesmo que aplicadas as regras da LGPD nestas hipóteses de tratamento de dados, está presente indevida omissão ante a impossibilidade de se aplicar a (inexistente) lei específica que as rege.

Destarte, sobre o tratamento de dados para fins de segurança pública, Abreu (2021, p. 590) indica que são compreendidas por esta hipótese as operações de tratamento de dados realizadas por órgãos estatais encarregados de garantir a segurança pública *desde a coleta original*, além daquelas por eles realizadas para garantir a segurança pública *com dados coletados originalmente para finalidades diversas da segurança pública*, uma vez que, por vezes, algumas operações de tratamento de dados para segurança pública por autoridades estatais não envolvem bases de dados originalmente criadas para este fim, e, ainda, operações realizadas por entidades privadas com o objetivo de garantir a segurança público-privada.

Já por atividades de investigação e repressão de infrações penais entendem-se aquelas contidas nas atividades de persecução penal em conjunto com outras, como investigação, apuração e execução de penas, todas realizáveis por autoridades competentes – compreendidas por autoridade pública, órgão ou entidade do Poder Público responsável pela prevenção, detecção, investigação ou repressão de atos infracionais e infrações penais ou execução de sanções penais – inclusive aquelas de inteligência policial, institucional e financeira.

Observa-se que a LGPD traz um delineamento bastante específico acerca da sua alçada de aplicabilidade, sendo certo que, como ressalta Abreu (2021, p. 598), este recorte material implica obstáculo ao convencimento e à exigência de que órgãos e entidades públicas, dedicados ao tratamento de dados para estas finalidades, adotem, desde já, meios de criação de medidas organizacionais estruturantes com impacto sistêmico no nível de proteção de dados contra riscos de vulneração e incidentes de segurança.

Desta maneira, a respeito da hipótese de possibilidade de tratamento de dados por entidades privadas, para fins de promoção da segurança pública e privada quando “*sob tutela*

de pessoa jurídica de direito público”, conforme §2º, do artigo 4º, da LGPD (BRASIL, 2018a), constata-se mais uma via de exposição de titulares a um meio de tratamento de dados que não é compreendido pelas garantias previstas na lei geral – que pode vir a colocá-los em situação de dificuldade para obtenção de informações a respeito de seus próprios dados.

Já a respeito das hipóteses de tratamento de dados expressamente excluídas do âmbito de aplicação da LGPD, há previsão, no §1º do artigo 4º da lei, de que o tratamento de dados pessoais desempenhado para tais finalidades será regido por legislação específica, “*que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular*” (BRASIL 2018a).

Ressalta-se que a menção ao “interesse público”, realizada no dispositivo legal, decorre da percepção de que há, atualmente, uma aparente tensão entre publicidade e privacidade, ocasionalmente suscitada no contexto da necessidade de harmonização entre as regras que impõem ao Estado a adoção de transparência em suas atividades de tratamento de dados.

A este respeito, Wimmer (2021, p. 277) afirma que marcos normativos, possivelmente conflitantes, como são a LAI e a LGPD, podem ser aperfeiçoadas por meio da harmonização da linguagem e do detalhamento de medidas técnicas, como a anonimização de dados publicados pelo Poder Público, de forma a viabilizar sua efetividade – exercício de conciliação que poderia ser realizado, de igual forma, com relação ao princípio da eficiência, quando, no caso concreto, se discute a garantia de direitos fundamentais.

Nesse sentido, Wimmer (2021, p. 278) assevera que:

A aplicação da legislação de proteção de dados ao tratamento de dados pelo Poder Público – tanto no caso de atos individuais e concretos como também na edição de atos normativos – traz, portanto, o desafio de conciliação entre os princípios tradicionalmente aplicáveis à Administração Pública e aqueles contidos na própria LGPD, sem que se determine a precedência *prima facie* de um interesse público abstratamente caracterizado e reconhecendo também a importância da proteção de dados pessoais para além de sua dimensão individual. A eficiência demandada da Administração Pública e o interesse público tutelado pelo Estado devem, portanto, ser compreendidos no contexto de um conjunto mais amplo de princípios e como elementos integrantes do compromisso que o Estado deve ter com a democracia e com a concretização de direitos fundamentais.

Deste modo, por meio de uma leitura teórica garantista, entende-se por inconcebível que se promova, sob argumento de defesa de uma abstrata prevalência do interesse público sobre o privado, a minimização da efetivação do direito à proteção de dados pessoais, ou se

consinta, com a *lacuna indevida* consistente na omissão de lei específica, que se estabeleça garantias integrais aos dados enquanto bens fundamentais personalíssimos.

Da mesma forma, frisa-se que a mencionada lei específica, desenvolvida para reger as relações de tratamento de dados no âmbito da segurança pública, até o dia de postagem desta pesquisa para avaliação dos componentes da banca de defesa, não foi criada. Há, até o presente momento, um anteprojeto da “LGPD Penal”⁶⁰, elaborado por uma comissão de juristas, designada por ato presidencial, que ainda aguarda destinação a um relator e apresentação em formato de Projeto de Lei perante a Câmara dos Deputados – portanto, ainda não submetido às regras de aprovação inerentes ao processo legislativo.

O anteprojeto apresenta, já em seu artigo 1º, a definição do escopo de aplicação das regras nele contidas, apontando, expressamente, que a lei deverá dispor sobre o tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre-desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Veja-se que existe, de pronto, uma limitação de aplicação das regras contidas no anteprojeto, de forma a (também) não compreender todos os meios de tratamento de dados adotados pelo Poder Público, tampouco todos os titulares de dados que compartilham suas informações com entes estatais.

Tal constatação confirma-se a partir da análise do teor do artigo 4º do anteprojeto, que, ao apontar excludentes para o âmbito de aplicação da lei em desenvolvimento, prevê que ela não se aplicará ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de defesa nacional e segurança do Estado, sendo deficitário, portanto, no que diz respeito à disponibilização de garantias abrangentes e capazes de conferir proteção integral às pessoas titulares de dados manipulados por força de tais atividades.

Acredita-se, ademais, que, mesmo a aprovação do anteprojeto nos termos apresentados e sua conversão em lei, não conferirá a todos os titulares, que têm seus dados pessoais submetidos à atividade de persecução penal pelo Poder Público, um rol de garantias que lhes proporcione a proteção de seus dados pessoais – como é o caso, aliás, daqueles que estão, atualmente, sob tutela penal do Estado, em situação de cumprimento de pena. Afinal, o

⁶⁰ A Câmara de Deputados do país, por meio de Ato do Presidente datado de 26 de novembro de 2019, instituiu uma comissão de juristas designada para elaboração do texto do anteprojeto da “LGPD Penal”. Em 5 de novembro de 2020, a Comissão de Juristas apresentou o anteprojeto, que pode ser consultado no *website* oficial da Câmara de Deputados no seguinte endereço eletrônico: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>. Acesso em: 6 out. 2021.

tratamento de dados pessoais vinculado à esfera da execução de sanções penais, permanece excluído do escopo de abrangência da LGPD e limitado no escopo do anteprojeto da “LGPD Penal”.

O anteprojeto apresentado foi construído sob influência das disposições contidas na Diretiva 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, datados de 27 de abril de 2016, como informado na exposição de motivos do documento⁶¹.

Percebe-se, entretanto, que a Diretiva (EU) 2016/680 tratou de incluir em suas disposições o tratamento de dados pessoais realizado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais, chegando até à execução das sanções penais⁶². O anteprojeto elaborado no Brasil, contudo, limitou-se a vincular ao seu escopo o tratamento inerente às lógicas da investigação e da repressão de infrações penais, não fazendo tantas menções expressas à proteção dos dados pessoais manipulados por autoridades estatais durante as atividades de execução da pena.

O artigo 1º do anteprojeto informa que seu âmbito de aplicação ocorrerá sobre o tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, posto que por “atividade de persecução penal” se definiu, no artigo 5º, inciso XII, toda e qualquer atividade exercida, inclusive repressão de infrações penais e execução de penas.

Em que pese, contudo, a inclusão do trecho “*execução de penas*” no conceito de “*atividade de persecução penal*”, da análise da totalidade do texto elaborado, depreende-se a inexistência de garantia específica para este grupo de titulares apta a promover a efetividade do direito à proteção de seus dados pessoais – tendo em vista, sobretudo, que os direitos do titular, previstos no Capítulo III do anteprojeto (como o acesso, a anonimização, o bloqueio ou a eliminação de dados), é de considerável dificuldade de gozo por pessoas que compõem o polo passivo de ações de execução de pena, especialmente quando se trata de pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado.

⁶¹ Na exposição de motivos do anteprojeto da “LGPD penal” assim consta: “*A outra fonte importante para este anteprojeto consiste na Diretiva 680/2016, da União Europeia, que, em sentido convergente à experiência brasileira, regulou o tratamento de dados para fins de segurança pública e persecução penal separadamente de seu marco normativo aplicável ao tratamento de dados como um todo (Regulamento 679/2016, da União Europeia). Nessa dimensão, destacam-se pontos deste anteprojeto de confluência com os da supracitada Diretiva, a saber: (i) os registros de atividade de tratamento; (ii) a segurança e o sigilo dos dados; e (iii) a transferência internacional de dados*” (BRASIL, 2020e).

⁶² Assim se fez constar, expressamente, na Diretiva 2016/680: “*1. A presente diretiva estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e prevenção de ameaças à segurança pública*” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Logo, acredita-se que, acaso forem mantidas, integralmente, as previsões contidas no anteprojeto entregue pela comissão de juristas, os apenados em situação de cumprimento de pena no Brasil, inseridos no polo passivo de processos de execução criminal, permanecerão em situação de não enquadramento nas disposições legais da elaboração normativa que prevê garantias ao direito de proteção de dados pessoais a alguns dos titulares de dados excluídos da LGPD.

Isso significa que, mesmo com a elaboração de lei específica que compreenda as atividades de tratamento de dados realizadas pelo Estado para fins de segurança pública e de persecução penal, de investigação e de repressão de infrações penais, ainda existirão meios de tratamento de dados conferidos pelo Poder Público pendentes de regulamentação e de imposição de limitações ao poder do Estado, efetivamente aptas e necessárias à garantia de direitos de *não lesão* de que gozam os titulares de dados enquanto pessoas detentoras de *bens fundamentais personalíssimos*.

Por esta razão, entende-se que os titulares de dados pessoais que cumprem pena e têm seus dados pessoais tratados em virtude do trâmite de processos de execução criminal, não se encontram dentro do escopo da LGPD e, além disso, não tiveram, no texto do anteprojeto da “LGPD Penal”, previsão de garantias específicas em seu favor – dadas as suas condições de (limitação de) liberdade de locomoção e de (inexistência de) acesso a meios eletrônicos.

Estes titulares estão, portanto, diante de um evidente *deficit* de garantias fortes que lhes promovam a efetividade do direito à proteção de seus dados pessoais – o que lhes vincula, inequivocamente, a mais uma espécie de vulnerabilidade em decorrência do encarceramento: a vulnerabilidade digital de seus dados pessoais.

Esta vulneração dos dados pessoais dos apenados em situação de cumprimento de pena, em decorrência do *deficit* de garantias que tornem efetiva a proteção conferida aos dados que compõem seus processos de execução criminal em trâmite de forma eletrônica, mostra-se ainda mais alarmante quando se tem conhecimento acerca de quais são os dados que estão em situação de tratamento pelo Estado – tema que será mais bem tratado no capítulo “4” desta dissertação.

3.2.2 Tratamento de dados pelo Poder Público, interoperabilidade de sistemas e os poderes selvagens

Ao aprofundar-se a análise acerca dos meios legítimos (ou não) de tratamento de dados pessoais realizados pelo Poder público, importa avaliar como operam os sistemas de manipulação de dados utilizados pelo Estado e como se executam os poderes ditos selvagens a partir de uma leitura garantista.

Por “interoperabilidade”, para fins deste trabalho, entende-se a característica que se confere aos sistemas de informação de trabalhar em conjunto, promovendo uma integração. A Organização Internacional de Normalização (ISO) a define como a capacidade de comunicar, executar programas ou transferir dados entre várias unidades funcionais, não exigindo que o usuário tenha muito ou algum conhecimento das características de tais unidades (ISO, 1993).

Já ao mencionar os “poderes selvagens”⁶³ adota-se a teoria de Ferrajoli (2011d, p. 21), segundo a qual os atuais fenômenos de personalização, confusão e concentração de poderes e de dissolução do espírito público, na ausência de garantias adequadas e de “anticorpos culturais eficazes”, podem se perpetuar e se reproduzir, convertendo-se, na falta de regras, em poderes selvagens. A tese de Ferrajoli (2011d, p.22), neste ponto, é a de que somente o reforço da democracia constitucional, por meio da criação de garantias específicas de direitos políticos e da democracia representativa, permitirá salvaguardar e refundar uma e outra.

Deste modo, traz-se à pesquisa a noção e a análise crítica de como comporta-se a interoperabilidade em âmbito nacional, além de avaliar os meios de exercício dos poderes (que podem ser tomados por) selvagens – uma vez que ambos os objetos são essenciais para avaliar se o Estado tem promovido um arbitrário exercício de seu poder em relação à forma como manipula dados pessoais ou não. Afinal, em se analisando que existem lacunas de garantias e existência de garantias fracas ao direito à proteção dos dados pessoais, é fundamental explorar os seus efeitos neste panorama.

Em termos de manipulação de dados pelo Estado, atualmente é perceptível sua atuação de forma a promover um cenário de interoperabilidade ampla de informações entre órgãos públicos, o que pode ser exemplificado por intermédio das disposições contidas no

⁶³ Desde a obra “*Diritto e ragione*”, Ferrajoli (1995, p. 19) faz menção aos *poderes selvagens* como aqueles que perpetuam relações de desigualdade e sobre os quais o Estado de Direito não estendeu, ainda, as suas normas e garantias. Segundo Ferrajoli (2011d, p. 45), o termo “*poderes selvagens*” alude, claramente, à “*liberdade selvagem e sem lei*” abordada por Kant como poder do mais forte e, portanto, não sujeito a limites e a regras – o que, inevitavelmente, se afirma no estado de natureza diante da falta de limites jurídicos que caracterizam o “*estado jurídico*”. O tema será tratado com maior foco, aliás, na seção “3.3” deste trabalho.

Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019⁶⁴ (BRASIL, 2019c), que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados.

O Decreto nº 10.046/2019 institui, também, o “Cadastro Base do Cidadão – CBC”, sob justificativa de promover melhoria no rol de informações que o governo federal possui acerca dos cidadãos e de “*simplificar a oferta de serviços públicos*” (artigo 1º, inciso I) (BRASIL, 2019c), promovendo uma centralização de bases de dados e criando categorias de dados que comporão o cadastro do titular.

Segundo as regras expressas no instrumento, esta base comporta informações cadastrais, biográficas e biométricas do titular, e estas últimas consistem, conforme o artigo 2º, inciso II, nas “*características biológicas e comportamentais mensuráveis da pessoa natural, que podem ser coletadas para reconhecimento automatizado, tais como a palma da mão, as digitais dos dedos, a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar*” (BRASIL, 2019c).

Esta atuação do Poder Público confirma que, mesmo com a vigência da LGPD, determinados meios de tratamento de dados devem obedecer a outras regras que não aquelas contidas na lei geral. Na inexistência da lei específica que regulamente os meios legítimos de tratamento (interno – isto é, entre órgãos) de dados pelo Estado, este tem resguardado a sua possibilidade de manipular massiva quantidade de dados pessoais contidos em cadastros governamentais; isso, aliás, sem, por outro lado, garantir a transparência dos meios de tratamento de dados adotados pelos órgãos de governo.

Esta atuação funda-se, sobretudo, no equivocado argumento de que existe um suposto conflito entre o interesse público no uso de dados pessoais para a otimização e a oferta de políticas públicas, por meio da centralização de bases de dados pelo Estado, e as garantias de direitos fundamentais, como a proteção de dados pessoais.

Sob uma perspectiva garantista, contudo, este argumento não encontra validade, afinal a teoria arrazoa que todo o direito fundamental subjetivo deve ser protegido por intermédio de garantias fortes e aptas a lhe conferir efetividade, inexistindo sistema de

⁶⁴ O Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, é objeto da ADI nº 6649, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – em 23/12/2020, que tem por objetivo a declaração da inconstitucionalidade de todos os seus dispositivos, por violação direta aos artigos 1º, caput, inciso III e 5º, caput, e incisos X, XII e LXXII da Constituição Federal, os quais asseguram, respectivamente, a dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da intimidade, da privacidade e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; o sigilo dos dados; a garantia do habeas data, a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa.

ponderação ou anulação de um direito fundamental em detrimento de outro, mas prevalecendo a necessidade de harmonização.

O argumento é inválido porque não se verifica, no campo jurídico, conflito entre o direito de o cidadão alcançar políticas públicas que lhe garantam acesso aos seus direitos fundamentais constitucionalmente previstos e a necessidade de ter seus dados pessoais protegidos pelo Estado quando este figurar como tutor de seus dados pessoais.

Em segundo lugar, porque, em se tratando de ambiente que comporta um Estado de Direito regido por uma democracia substancial, é dever do Estado atuar de maneira que toda prestação pública compreenda uma harmonização na elaboração de garantias que promovam a efetividade dos direitos fundamentais vinculados a cada situação específica, sendo certo que, para conferir efetividade a um direito específico, não deve o próprio Estado violar direito outro por meio de exercício arbitrário de poder.

Desta forma, apesar de o Estado promover a manipulação de informações pessoais dos cidadãos sob justificativa de melhor oferecer políticas pública em âmbito federal, conforme rol de considerações contido no supramencionado Decreto nº 10.046/2019 (BRASIL, 2019c), é possível considerar que a execução desta medida de interoperabilidade é inadequada; isto, sobretudo, quando a integração entre sistemas e o compartilhamento de dados ocorre sem indicação de finalidades específicas, sem prever a extensão do tratamento conferido aos dados, sem dar transparência a quais dados serão manipulados por órgão ou Poder estatal e, quiçá, sem adequação a bases legais que confirmam legitimidade à atividade de tratamento.

Destarte, embora alguns autores argumentem que a utilização de ferramentas de tecnologia de informação e comunicação são empregadas com o objetivo de melhorar a eficiência do “Governo Eletrônico” e de, deste modo, viabilizar o exercício das funções de Estado que movem o Estado Democrático de Direito⁶⁵, tem-se que este posicionamento deixa de levar em consideração o fato de que este mesmo Estado Democrático de Direito tem suas bases estabelecidas na efetividade de direitos fundamentais, como, dentre outros, a privacidade e a proteção de dados – cujo acesso não pode ser aviltado nem mesmo sob o abstrato argumento da eficiência do Estado.

Ao criticar o modelo então existente, Sewald Jr. (2016, p. 474) salienta que ele não observou a existência de atores externos; não abrangeu hipóteses de transferência de

⁶⁵ Aponta-se que Rover (2009, p. 21) descreve o Governo Eletrônico como uma forma puramente instrumental de administração das funções do Estado e de realização dos fins estabelecidos ao Estado Democrático de Direito, que utiliza as novas tecnologias da informação e comunicação como instrumento de interação com os cidadãos e de prestação de serviços públicos.

informações entre órgãos e Tribunais que não contemple a abertura de processos; não fez previsão de assinatura de envelope XML pelo autor ou entidade que envia, não garantindo a regular identificação de origem dos documentos; promoveu uma definição genérica de *metadados*⁶⁶, o que consiste em fragilidade semântica; e o padrão de comunicação entre Tribunais para envio de iniciais requer uma série de comunicações em sequência e de forma bidirecional, provocando processamento desnecessário. Por fim, o autor indica que o modelo apresenta lacunas de definição, possibilitando que os Tribunais façam definições específicas e alterem seu comportamento, resultando na necessidade de múltiplas realizações para intercâmbio em Tribunais distintos, quebrando, assim, o próprio objetivo de padronização.

O modelo, contudo, já passou por um momento de evolução. A Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021, que “*dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública*” (BRASIL, 2021), traz a interoperabilidade de sistemas e a promoção de dados abertos como princípios da mais recente concepção de “Governo Digital” e, também, da eficiência pública.

A Lei nº 14.129/2021 traz que o Poder Executivo Federal poderá estabelecer uma Base Nacional de Serviços públicos “*que reunirá informações necessárias sobre a oferta de serviços públicos em cada ente federado*” (BRASIL, 2021), considerando que tais informações serão disponibilizadas em formato aberto, interoperável e em padrão comum a todos os entes. Observa-se que a norma não estabelece, de maneira precisa, as regras que devem ser observadas durante a atividade de compartilhamento de dados entre órgãos e de inclusão de dados na Base Nacional de Serviços Públicos, sem prever meios de se estipular, previamente, finalidades para o compartilhamento em questão.

Veja-se que o §2º do artigo 20 da Lei nº 14.129/2021 prevê que as funcionalidades da Plataforma de Governo Digital “*deverão observar padrões de interoperabilidade e a necessidade de integração de dados como formas de simplificação e de eficiência nos processos e no atendimento aos usuários*” (BRASIL, 2021), como se o abstrato argumento de observância ao princípio da eficiência pudesse suprir a imprescindibilidade de se definir padrões que tornem legítimos os meios de compartilhamento de dados, ainda que tal atividade seja realizada entre órgãos componentes do Poder Público.

Ressalta-se, além disso, a previsão no sentido de que os órgãos e as entidades responsáveis pela prestação digital de serviços públicos, detentores ou gestores de bases de dados, deverão promover o seu tratamento com vistas à interoperabilidade de informações e

⁶⁶ Os *metadados* são dados estruturados que permitem classificar, descrever e gerenciar documentos.

de dados, a otimização dos custos de acesso a dados e o reaproveitamento de recursos de infraestrutura de acesso a dados por múltiplos órgãos e entidades (BRASIL, 2021). Tais previsões demonstram, pontualmente, que a opção pela interoperabilidade perpassa, inclusive, uma análise de proveito econômico pelo Estado, dada a expressa menção à otimização de custos em detrimento da necessidade de precisar finalidade, adequação e qualidade dos dados tratados.

É neste ponto que, partindo-se da leitura conferida pela teoria proposta por Ferrajoli (2011d, p. 45), se pode apontar para um desencadeamento de poderes selvagens⁶⁷, neste caso exercidos pelo Poder Público. O Estado, ao não viabilizar a introdução de garantias específicas capazes de promover uma proteção integral dos dados como bens fundamentais personalíssimos (permitindo a existência de *lacunas indevidas*), enquanto os manipula o faz à margem do direito, anuindo com a ausência de limites e de controles precisos impostos não somente ao exercício de poder, mas à atividade de tratamento de dados pessoais – sobretudo quando manipula dados pessoais de forma interoperável.

Assim, ao se considerar que, atualmente, do panorama nacional da disciplina da proteção de dados pessoais se depreende a ausência de garantias fortes e específicas capazes de promover, de modo amplo, a proteção dos dados enquanto bens fundamentais personalíssimos, pode-se entender que as garantias fracas, genéricas e excludentes, hoje existentes, implicam o desenvolvimento do exercício de um poder (pelo menos, potencialmente) selvagem, exercido pelo Poder Público ao manipular dados; isso, sobretudo, quando consideradas as características atribuídas à interoperabilidade entre sistemas.

Nesse cenário, portanto, é concebível mencionar que a adoção do constitucionalismo como paradigma ante o exercício arbitrário e ilimitado dos poderes, pode, diante da difusão de poderes selvagens, frear a sua propagação. Afinal, como aponta Ferrajoli (2014, p. 74), somente a imposição e o reconhecimento de limites e vínculos aos poderes da maioria e do mercado, na forma de normas constitucionais rigidamente supraordenadas a eles, podem vir a romper os excessos de poderes ilimitados e virtualmente selvagens, ensejando o progresso da própria democracia constitucional.

⁶⁷ Assevera-se que, a respeito da maior nocividade dos poderes selvagens a partir da década de 90, Ferrajoli (1995, p. 936) destaca que as pessoas se encontram em situação de maior perigo não apenas por força da violência dos poderes exercidos por particulares ou pela ilegalidade de específicos poderes públicos, mas, também, na medida em que se torna mais notável e dramática a existência de guerras, conflitos militares, massacres e ameaças graves ao desenvolvimento da vida humana. Nesse sentido, propõe-se incluir, no rol de ameaças ao indivíduo, também, os meios de ataque cibernético para sequestro de dados pessoais e a sua violação em incidentes de segurança – ameaças igualmente nocivas e que intensificam a gravidade do alastramento de poderes selvagens – passíveis de exercício tanto em âmbito público quanto em relações privadas.

3.3 DA LGPD À DISCUSSÃO SOBRE PODER MÍNIMO E PODER MÁXIMO: OS DIREITOS COMO LEIS DO MAIS FRACO E A ESFERA DO *INDECIDÍVEL*

Atualmente, como denota-se da discussão traçada na seção “3.2”, está-se diante de um avanço considerável dos meios de tratamento de dados, tendo havido intensificação da manipulação de dados e informações pessoais por vias informatizadas, permitindo que a atividade ocorra de forma massiva. Neste cenário é importante levar em consideração como o poder estatal reage e se comporta diante da viabilidade técnica e operacional de controlar e operar os meios de tratamento de dados de uma quantidade relevante de indivíduos.

Como observa Doneda (2019, p. 34), o Estado foi quem, em primeiro lugar, encontrou-se na posição de utilizar dados pessoais, partindo do pressuposto de que uma administração pública eficiente demanda conhecimento tão acurado quanto possível da população. No que diz respeito ao controle e à possibilidade de aumento do poder estatal sobre os indivíduos, assevera o autor que “*não é por outro motivo que um forte controle da informação é característica comum aos regimes totalitários*”.

Partindo-se desta compreensão – a de que o acesso aos meios para tratamento intensivo e massivo de dados pelo Estado pode o colocar em uma posição de controle sobre os indivíduos e de exercício arbitrário dos próprios poderes, na forma de um *Leviatã*⁶⁸ da era digital –, impõe-se pensar na limitação do poder estatal de tratar dados pessoais como um meio de limitar, igualmente, o exercício de um poder máximo.

Em uma concepção que designa o garantismo como um modelo normativo de direito que, no campo epistemológico, se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de “*poder mínimo*” (FERRAJOLI, 1995, p. 851), a imposição de limites ao Poder Público, no que diz respeito às possibilidades que estão à sua disposição para manipular dados pessoais, se configura em um meio de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade – e, no campo jurídico, de desenvolver vínculos e contornos que incidem sobre o poder estatal (inclusive, o punitivo), para garantir os direitos das pessoas.

Sugere-se, portanto, pensar as garantias ao direito à proteção de dados pessoais como “leis do mais fraco” aptas a limitar o exercício de um poder selvagem, sem olvidar das noções garantistas sobre o que não se pode decidir *contra*. Esta reflexão é feita, nesta seção, a partir da ideia de “*derechos contra los poderes*” (FERRAJOLI, 1995, p. 931), enxergando as

⁶⁸ Hobbes (2003, p. 125) descreve a figura do Leviatã como aquele “deus mortal” ao qual todos os indivíduos devem a sua paz e a sua defesa, embora esteja situado abaixo do “Deus Imortal.

normas limitadoras do poder estatal, quanto à atividade de manipulação de dados, como meios de introduzir o *poder mínimo* e proteger a condição de *indisponibilidade* dos dados pessoais enquanto *bens fundamentais personalíssimos*.

3.3.1. Os direitos fundamentais dos titulares de dados pessoais como leis do mais fraco

A LGPD e as normas internas sobre a disciplina da proteção de dados pessoais, que, atualmente, estão em vigência no Brasil, como já abordado nas seções “3.1.2” e “3.2.1”, apresentam lacunas indevidas, na medida em que não compreendem, dentro de seu escopo de aplicação, todos os sujeitos detentores de dados pessoais – excluindo, expressamente, determinados grupos de titulares de dados de suas previsões.

Diante disso, em havendo tão somente uma previsão de que, no futuro, determinadas relações de tratamento de dados serão regidas por leis específicas ainda pendentes de criação e aprovação, é possível tomar o direito fundamental à proteção de dados pessoais, já reconhecido no Brasil, como “lei do mais fraco” – isto é, como proteção direta daquela pessoa em situação de vulnerabilidade digital por não possuir garantias específicas em seu favor que lhe tornem efetivo o acesso ao direito em questão.

A adoção da compreensão dos direitos fundamentais à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa como “lei do mais fraco”, propõe evitar um irrestrito e autoritário exercício do poder por parte daqueles que detêm os dados pessoais – como é o caso do Poder Público – em detrimento daqueles que são seus titulares – a saber, todas as pessoas, e, para fins deste trabalho, em especial aquelas que têm os seus dados tratados pelo Estado durante o processo de execução de pena criminal (atividade excluída do espócio de aplicação da LGPD, porquanto inserida na indicação de “persecução penal” contida no artigo 4º da lei).

Esta definição do direito como lei do mais fraco – neste trabalho compreendido como o titular de dados ao qual não se previu, ainda, garantias fortes e específicas – mostra-se possível quando adotada a perspectiva do constitucionalismo garantista.

Nesse sentido, a teoria garantista do direito, ao oferecer a chave de leitura das antinomias e das lacunas presentes no direito vigente no que se refere ao seu modelo constitucional, viabiliza a redefinição da esfera pública de garantias dos direitos fundamentais apresentando-se como uma premissa necessária da própria democracia. Deste modo, os direitos fundamentais e as suas respectivas garantias constituem-se em condições jurídicas da

democracia – sem desconsiderar, contudo, que existem aquelas pragmáticas, alheias ao direito, como as do tipo político, econômico, social e cultural (FERRAJOLI, 1995, p. 39).

Neste cenário, os direitos fundamentais possuem a característica estrutural de, no que diz respeito aos poderes e deveres, exercitar o campo do “não poder”, isto é, do limite imposto ao exercício do poder, para dar forma e desenvolver as identidades, as necessidades e os valores (pessoais e sociais) por meio de sua própria existência, aspirando por tutela e satisfação. Para além disso, como aponta Ferrajoli (1995, p. 912), os direitos fundamentais podem se portar, também, no campo dos *contrapoderes* – e é precisamente neste campo que atuam como instrumentos de tutela, de autonomia e de conflito (individual ou coletivo) atribuídos aos sujeitos mais fracos e, por isso, vulneráveis e carentes de poder na relação em questão. No caso do presente trabalho, a saber, na relação de tratamento de dados pessoais.

É importante observar que Ferrajoli (1995, p. 912) entende que esta atuação dos direitos fundamentais como instrumentos de tutela do mais fraco (isto é, daquele atingido por um poder livre e desenfreado dos poderes público e privado e das desigualdades que a eles são inerentes) constitui o *fundamento axiológico externo do direito*. Isso significa que adentra, portanto, o campo das garantias jurídicas, tanto da democracia formal quanto da substancial, diferenciando-se (lógica e axiologicamente) do campo das situações jurídicas – assim como a sociedade e os indivíduos estão separados do Estado e a moral está separada do direito.

Tomar os direitos fundamentais por “leis do mais fraco” consiste, portanto, na prática de se atentar a estes direitos e suas respectivas garantias quando, na falta de normas específicas e garantias fortes, for preciso instrumentalizar a tutela do sujeito que se encontra diante de uma lacuna indevida – ou seja, de uma indevida omissão no que se refere a previsões que lhe promovam proteção contra os poderes arbitrários e, possivelmente, selvagens.

Deste modo, o direito fundamental primário (subjeto) à proteção dos dados pessoais pode nortear as relações estabelecidas durante a manipulação de dados conferidas pelo Poder Público nas situações então excluídas do escopo da LGPD.

Assim, ao tutelar juridicamente o sujeito (neste caso o titular de dado), o direito fundamental instrumentaliza-se, também, como meio de desenhar limites às formas de tratamento, sendo possível argumentar que demanda a averiguação de requisitos básicos como: definição prévia de finalidade do tratamento e confirmação de necessidade e adequabilidade da atividade, bem como análise da qualidade dos dados postos sobre tratamento, seja pelo Estado, seja pelo mercado.

No caso do tratamento de dados realizados pelo Estado e, mais especificamente, pelo Poder Judiciário ao tratar os dados de titulares em situação de cumprimento de pena, por força da gestão dos dados contidos em processos de execução criminal (objeto da pesquisa empírica desenvolvida no capítulo “4”), é possível compreender que os titulares de dados (portanto, os apenados) podem se valer do direito à proteção de dados pessoais como lei do mais fraco, ainda que inexista, até o presente momento, lei específica que disponha sobre requisitos para a legitimidade do tratamento conferido aos seus dados e para o modo de tratamento.

As leis do mais fraco consistem, em síntese, em meio de oposição ao exercício irrestrito de poder quando da existência de indevidas lacunas e, assim, ausência de normas e garantias em sentido forte e específicas aos titulares. A tomada do direito à proteção de dados como lei do mais fraco tende a refletir um meio de exercício do poder mínimo ante o poder máximo, do direito do mais vulnerável perante o direito do mais forte e, por fim, da certeza diante do arbítrio.

3.3.2. A indisponibilidade dos dados pessoais e a esfera do indecidível

Os dados pessoais, como discute-se no presente capítulo, têm sido objeto de tratamento massivo tanto por parte do poder privado quanto por parte do Estado – seja para finalidades relacionadas com o exercício de seus poderes, seja para a execução de políticas públicas. Cada meio de tratamento, por sua vez, é realizado por intermédio de um regime específico, de modo que seja considerado legítimo para fins da legislação vigente, embora determinadas hipóteses ainda demandem a elaboração de lei específica a respeito.

Há, na LGPD, a previsão expressa de bases legais para que se realize um tratamento de dados pessoais de forma considerada, pela lei, “legítima”. Em vista desta definição, em uma aproximação com o constitucionalismo garantista, realiza-se, neste trabalho, uma análise sobre a disponibilização de dados pessoais de titulares e sobre a própria autorização legal neste sentido: avalia-se, precisamente, sob um viés garantista, se é ou não possível *decidir* sobre meios de disponibilização de dados.

Para melhor visualização das noções sobre o que se pode decidir no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, referencia-se, aqui, o apontamento contido no item “2.3” deste trabalho, no qual propõe-se considerar que os dados pessoais podem, atualmente, figurar na condição de *bens fundamentais personalíssimos*, objetos de direitos fundamentais primários (tais como a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa) e, portanto, providos da característica de indisponibilidade.

A partir desse pressuposto é que se analisa, aqui, o estabelecimento da correlação entre direitos e bens fundamentais e o paradigma do Estado Constitucional de Direito, de modo a visualizar como se solidifica a noção de esfera do indecidível.

De acordo com Ferrajoli (2011a, p. 773), esta correlação ocorre em duplo sentido: a primeira correlação se dá entre o conjunto de direitos fundamentais – tanto os individuais (negativos) quanto os sociais (positivos) – e os correspondentes deveres negativos (*limites fundamentais*) e positivos (*vínculos fundamentais*) dos poderes públicos. Esta primeira correlação realiza-se, portanto, por intermédio da esfera pública nas relações entre indivíduo e Estado, consistindo na base do constitucionalismo de direito público.

Já a segunda correlação, por sua vez, que se dá entre os direitos absolutos e as proibições universais, serve para estabelecer os limites da esfera privada. Os limites fundamentais à liberdade de ação, garantidos pelo direito penal subjetivo, podem ser concebidos no modelo garantista como um sistema de garantias primárias e secundárias para a tutela de todos os interesses gerais, a começar por aqueles que são interesse de todos, como os direitos individuais.

Esta segunda correlação, portanto, permite considerar, também, os limites e vínculos ao exercício dos poderes privados, expressados, igualmente, por obrigações e proibições dispostas em normas específicas, sem desconsiderar, como observa Ferrajoli (2011a, p. 774), “*la indisponibilidad de los derechos fundamentales en el ejercicio de la autonomía negocial*”.

De tais correlações decorre a inferência de que os direitos fundamentais demandam um conjunto de limites e de vínculos impostos, no Estado Constitucional de Direito, aos poderes absolutos e selvagens, sejam eles públicos ou privados, implicando uma dupla limitação: à política (aos poderes majoritários de governo) e ao mercado (aos poderes de disposição das pessoas em suas relações privadas) – ensejando, assim, a característica da inderrogabilidade política e da indisponibilidade privada dos direitos fundamentais. Nesse sentido, aponta Ferrajoli (2011a, p. 774):

Así, la forma universal, inalienable e indisponible de los derechos fundamentales, se revela como la técnica de garantía dispuesta para la tutela de lo que en el pacto constitucional viene convenido como “fundamental”: o sea, de las necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y al mismo tiempo razón social de ese artificio que es el Estado. A la pregunta de “qué son los derechos fundamentales”, si en el plano de su forma se puede responder a priori con el elenco de los caracteres estructurales que ha sido comentado en este capítulo, en el plano de los contenidos – o sea, de qué intereses son o deben ser protegidos como fundamentales – se puede responder sólo a posteriori: cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés como fundamental, se lo sustrae tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría estipulándolo como universal en la forma de normas téticas. Ningún contrato, ya se ha dicho, puede disponer del derecho a la vida. Ninguna mayoría puede disponer de los derechos fundamentales, diciendo por

ejemplo que una persona sea condenada sin pruebas, o privada de la libertad personal o de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin asistencia o en la indigencia. Una vez téticamente establecidos, estos derechos prohíben, como ilícitos, inválidos o totalmente inexistentes, todos los actos dirigidos a lesionarlos o reducirlos.

Ao argumentar-se sobre a indisponibilidade dos direitos fundamentais, denota-se, pois, a perspectiva do constitucionalismo garantista relacionado à conotação *substancial* impressa às características formais desses direitos dentro do estado constitucional. Assim, chega-se, incontornavelmente, à noção de que os direitos de liberdade impõem a criação de proibições, enquanto os direitos sociais impõem a obrigações de legislar.

Percebe-se, dessa forma, que, se a proposta é de que existem regras de proibição relacionadas ao exercício da representação política majoritária e à autonomia negocial, impondo normas formais sobre a produção das decisões acerca do que é considerado “decidível”, os direitos fundamentais passam a ditar, então, aquilo que pode ser tomado por “*esfera do indecidível*”, ou seja, a área que compreende as proibições vinculadas aos direitos de liberdade (FERRAJOLI, 2011a, p. 774).

Tomando-se a ideia de *esfera pública*⁶⁹ como lugar de tutela dos direitos fundamentais, tem-se que tais direitos passam a se afirmar como leis do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte que regeria em sua ausência, funcionando como basilares para a definição daquilo sobre o que não se pode decidir *contra*.

Diante desta concepção, pode-se compreender que a existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais – muitas vezes investido da condição de “lei do mais fraco” – opõe-se à criação de regras nocivas à proteção de seu objeto: os dados pessoais, que consistem em *bens fundamentais personalíssimos*.

A perspectiva garantista desta análise impede a desconsideração, portanto, da noção de indisponibilidade dos *bens fundamentais*, que, conforme Ferrajoli (2011a, p. 602), por se tratarem de objetos de direitos fundamentais primários (e não de direitos patrimoniais), são indisponíveis ao mercado e inderrogáveis pelas decisões públicas. Por isso, tratam-se de objetos de direitos fundamentais primários que, por assim o ser, não podem ser alienados pelo

⁶⁹ Segundo Ferrajoli (2011a, p. 776), é na teoria do Leviatã que é garantido que se pode extrair a primeira ideia de “esfera pública” como lugar de tutela dos direitos fundamentais. Assim, para o autor: “*Este papel de la esfera pública, limitado por Hobbes a la sola tutela del derecho a la vida, se ha extendido después a la garantía de otros derechos que progresivamente han sido afirmados como fundamentales: los derechos de libertad, en el pensamiento de Locke y en las primeras Declaraciones de derechos; luego los derechos políticos y las libertades de reunión y asociación en las constituciones del siglo XIX; todavía más tarde, el derecho de huelga y los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente y a la información hoy reivindicados pero no siempre y no todos constitucionalizados*”.

sujeito titular e tampouco subtraídos pelo Estado por intermédio de meios executivos ou legislativos.

O impedimento de decidir-se *contra* o direito fundamental à proteção de dados – de forma a ameaçar, portanto, os dados pessoais enquanto bens fundamentais personalíssimos – vincula-se, também, à noção de vedação ao retrocesso, que está intimamente ligada à esfera do indecidível.

Tem-se, portanto, que a adoção de uma perspectiva garantista leva à noção de impossibilidade de se decidir em detrimento de direito fundamental ou de forma danosa à ampla proteção de bens fundamentais personalíssimos, como os dados pessoais, o que ocorre, aliás, levando-se em consideração o princípio da vedação ao retrocesso.

Deste modo, em se considerando que o Brasil adotou uma lei geral que prevê determinadas garantias vinculadas ao direito à proteção de dados pessoais, não podem os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em um meio de exercício arbitrário de seus poderes, produzir normas, editar decretos ou proferir decisões que disponham sobre medidas que possam vulnerar as garantias já criadas – ainda que genéricas ou pouco abrangentes em termos de alcance dos sujeitos detentores de dados pessoais – porquanto situadas na esfera do indecidível, isto é, na esfera sobre o que não se pode decidir em desfavor.

4 ESTADO DE NATUREZA DIGITAL: ANÁLISE EMPÍRICA DE PROCESSOS DE EXECUÇÃO CRIMINAL DE APENADOS SOB TUTELA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A virtualização dos processos de execução criminal em situação ativa no Brasil é uma realidade. Atualmente, por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU –, os processos de execução criminal brasileiros tramitam no formato eletrônico. Isto quer dizer que não apenas estão inseridos em ambiente digital, mas também podem ser acessados por meio desta via – de forma que a consulta não mais se limita àquela feita em ambiente físico dos cartórios das varas de execução criminal, situados nos prédios dos Tribunais do país.

Levando-se em consideração a atual forma de acesso aos processos executórios, na pesquisa empírica desenvolvida propõe realizar a análise de três aspectos: (i) a quem se expõem e qual é o nível de exposição dos dados pessoais contidos nos autos de processos de execução criminal em decorrência da sua inserção em sistema eletrônico; (ii) quais dados pessoais de pessoas presas estão em situação de tratamento pelo Estado; e (iii) se o tratamento conferido a estes dados pelo Estado consiste ou não em uma violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais dos indivíduos em situação de cumprimento de pena.

A análise dos três pontos supradescritos é feita com o objetivo de colher informações concretas que permitam – mediante uma aplicação teórica alicerçada na teoria garantista – responder aos principais questionamentos que norteiam esta pesquisa: Há suficiência ou *deficit* de garantias necessárias à efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais de pessoas sob tutela penal do Estado? Há garantias suficientes à proteção dos dados pessoais enquanto bens fundamentais personalíssimos indisponíveis ante o Estado? O tratamento de dados pessoais conferido pelo Estado aos titulares de dados que estão sob sua tutela penal é legítimo ou promove uma indevida exposição?

Para tanto, adota-se a pesquisa empírica qualitativa de análise de dados visando a esclarecer os três pontos de maneira efetiva. Primeiramente, no tópico “4.1”, discorre-se sobre o panorama atual da execução penal no Brasil e, de forma regionalizada, no Estado do Rio Grande do Sul, para, assim, trazer informações sobre a instituição do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) em âmbito federal e estadual, além de dados sobre o funcionamento e o acesso ao sistema eletrônico.

Esta disposição inicial de informações básicas demonstrará quais pessoas possuem acesso aos dados contidos no Sistema Eletrônico, de forma a definir a quem os dados

processuais e pessoais contidos nos processos executórios são expostos e qual é o grau desta exposição, dando resposta ao primeiro ponto levantado neste capítulo.

Já no segundo tópico (“4.2”) há descrição completa acerca dos dados objeto da pesquisa empírica: como foram obtidos, acessados e coletados; quais foram os critérios de recorte da amostra analisada; e como foi realizada a visualização dos processos eletrônicos e, ainda, dos dados pessoais extraídos e analisados na pesquisa. Esta descrição presta-se, também, à determinação do grau da exposição de dados – se amplo, intermediário ou módico.

O tópico que finaliza o capítulo (“4.3”) apresenta os dados extraídos dos processos analisados, de forma a indicar quais são e como são categorizados os dados em situação de tratamento pelo Estado, verificando se tal tratamento ocorre em condição de legitimidade ou de exposição indevida.

Por fim, traça-se uma discussão a partir da análise crítica dos dados e se explicita, a partir da adoção de uma perspectiva garantista, se o grau de exposição e o tratamento conferido aos dados apontados consiste ou não em uma violação a direitos fundamentais dos apenados, e, ainda, se há suficiência ou *deficit* de garantias necessárias à efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais e à proteção dos dados pessoais enquanto bens fundamentais personalíssimos – respondendo, portanto, ao conjunto de questionamentos que molda a pesquisa aqui desenvolvida.

4.1 A VIRTUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

4.1.1 Panorama numérico de titulares de dados pessoais que cumprem sanção criminal no Brasil e no Rio Grande do Sul

De acordo com o levantamento realizado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – Sisdepen⁷⁰ – no ano de 2020, que compreende informações relativas ao período de janeiro a dezembro de 2020⁷¹ – excluindo-se da

⁷⁰ De acordo com as informações contidas no *website* institucional do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – o Sisdepen –, este trata-se de uma ferramenta gratuita, disponibilizada para acesso público, fornecida pelo Ministério da Justiça, objetivando dar cumprimento àquilo que foi estabelecido pela Lei nº 12.714 de 14 de setembro de 2012. Explica-se que “a finalidade desta ferramenta é coletar informações padronizadas para um eficaz mapeamento do sistema penitenciário no País. As informações coletadas estarão à disposição dos usuários para apoio à gestão prisional, formulação de políticas públicas e acompanhamento do cumprimento da pena privativa de liberdade, da prisão cautelar e da medida de segurança” (SISDEPEN, 2021). Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 1º nov.2021.

⁷¹ O levantamento descrito compreende dados extraídos já durante a pandemia do novo coronavírus. Afinal, logo em 20/3/2020, o Decreto Legislativo nº 6 (BRASIL, 2020f) reconheceu, oficialmente, o Estado de calamidade pública no Brasil em razão da pandemia provocada pelo vírus Sars-CoV-2 ou Covid-19 e seu grau de contágio.

contabilidade os presos que não estão sob tutela dos Sistemas Penitenciários e, também, os dados das Unidades de Monitoramento Eletrônico –, existe um total de 702.069 pessoas presas junto as Unidades Prisionais no Brasil.

Do número total de pessoas presas, 344.773 (49,11%) encontram-se cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado, 101.805 (15,5%) em regime semiaberto e 43.325 (6,17%) em regime aberto, excluindo-se os 23.563 presos do Patronato Central de Curitiba-PR, que não possui estrutura física para custódia. Ainda, tem-se 209.257 (29,81%) pessoas presas provisoriamente, 213 realizando tratamento ambulatorial e 2.696 cumprindo medidas de segurança, representando 0,41% (SISDEPEN, 2020).

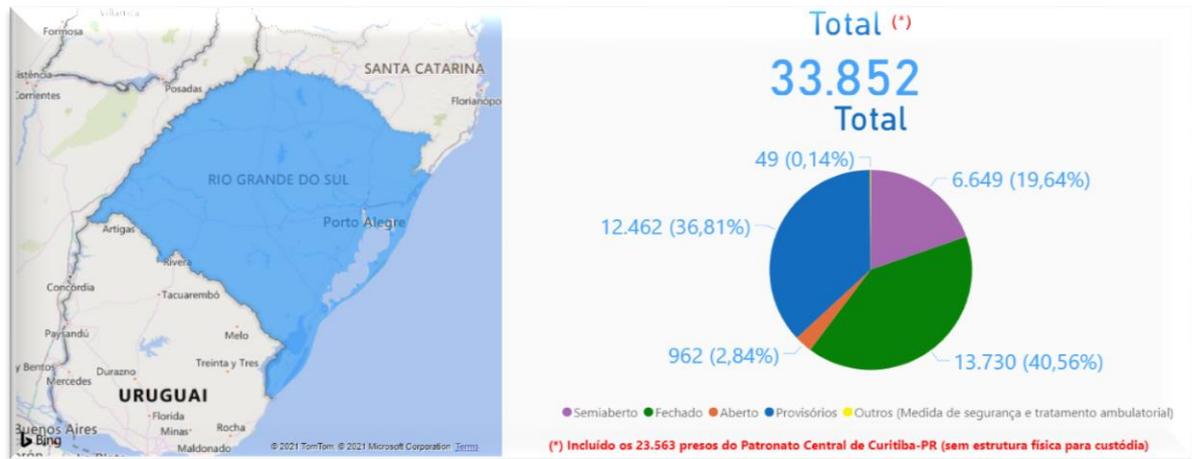
Figura 1 – Levantamento nacional de informações penitenciárias: período de 1º a 6/2020 (presos em unidades prisionais no Brasil)



Fonte: SISDEPEN (2020).

No Estado do Rio Grande do Sul, conforme o mesmo levantamento (SISDEPEN, 2020), um total de 33.852 pessoas se encontram presas junto as Unidades Prisionais situadas dentro do Estado. Deste número, 13.730 (40,56%) pessoas cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado, 6.649 (19,64%) em regime semiaberto e 962 (2,84%) em regime aberto. Ainda, há 12.462 (36,81) pessoas presas provisoriamente e 49 (0,14%) pessoas realizando tratamento ambulatorial ou cumprindo medidas de segurança.

Figura 2 – Levantamento nacional de informações penitenciárias: período de 1º a 6/2020 (presos em unidades prisionais no Rio Grande do Sul)



Fonte: SISDEPEN (2020).

Já na Cadeia Pública de Porto Alegre/RS, conhecida popularmente como “Presídio Central de Porto Alegre”, aponta-se (SISDEPEN, 2020) para um total de 3.604 pessoas recolhidas, sendo 1.013 pessoas cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado, 355 em regime semiaberto, 40 em regime aberto e 2.196 presas provisoriamente.

As pessoas presas que se encontram sob tutela estatal ante aplicação de uma sentença condenatória que lhes atribuiu a obrigação de cumprir uma pena privativa de liberdade, apesar de terem restrição de exercício de determinados direitos (como o de ir e vir e o de votar em eleições regulares), mantêm pleno gozo de outros direitos. As garantias de acesso das pessoas presas aos seus direitos, tais como a progressão de regime, a unificação da pena e a aplicação de remições e detrações, devem, portanto, ser efetivamente viabilizadas pelo Estado.

Os números de pessoas apenadas apontados pelo DEPEN – que indica, aliás, a existência de superlotação carcerária e *deficit* de vagas no sistema prisional, tanto em âmbito federal quanto no Estado do Rio Grande do Sul – demonstram a existência de natural barreira de dificuldade para a realização de uma sistemática capaz de viabilizar o controle da regular aplicação das regras contidas na Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal (LEP), por parte do Estado.

4.1.2 Adesão ao Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) e a disposição de dados pessoais na plataforma digital

A existência de um *deficit* de vagas no sistema criminal e a sistemática inobservância do dever do Estado de atuar, ativamente, para a elaboração de garantias aptas a efetivar os direitos fundamentais das pessoas em situação de cumprimento de pena no Brasil, contribuiu, diretamente, para o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, autuada sob o nº 0003027-77.2015.1.00.0000, que tramita ao abrigo da relatoria do ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello junto ao STF.

Nesta ação, em uma decisão datada de 9/9/2015, o plenário do STF reconheceu “o estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional diante do “*quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária*” (BRASIL 2020c).

Como medida de enfrentamento do estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras decretado pelo STF, o Conselho Nacional de Justiça adotou o Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU –, por intermédio da Resolução nº 223/2016⁷², diante de seu potencial de viabilizar a melhoria da gestão processual no que diz respeito aos processos de execução criminal em tramitação.

Observa-se que, atualmente, os dados inerentes ao trâmite processual dos processos de execução criminal das pessoas presas em situação de cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil, encontram-se centralizados em uma plataforma eletrônica (SEEU), desenvolvida originariamente pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR), que contou com unificação, também, do Cadastro Nacional de Presos, do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP) e do Sistema de Audiência de Custódia (Sistac).

A compatibilização dos bancos de dados dos diferentes órgãos do sistema de justiça para unificá-los em um só sistema – o SEEU – ocorreu em conformidade com a Lei 13.675/2018 (BRASIL, 2018c), que disciplinou a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública nos termos do § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, criou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (Susp).

⁷² A Resolução nº 233/2016 (CNJ, 2016) instituiu o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais à execução penal e dá outras providências. O instrumento dispõe sobre a criação de cadastro de profissionais e órgãos técnicos ou científicos no âmbito da Justiça de primeiro e segundo graus.

Posteriormente, de forma a revogar os termos da Resolução nº 223/2016 do CNJ, foi publicada a Resolução nº 280/2019⁷³, atualmente vigente, para estabelecer diretrizes e parâmetros para o trâmite dos processos executórios dentro do SEEU, dispondo de regras sobre assinatura eletrônica, registro de dados e características para a produção de estatísticas e registro de informações das pessoas na forma do artigo 2º da Lei nº 12.714/2012⁷⁴, dentre outras relacionadas à gestão.

Das considerações realizadas pelo CNJ na Resolução nº 280/2019, é possível visualizar que as motivações principais que levaram à aderência quase unânime dos Tribunais ao SEEU dizem respeito “à *necessidade de aprimoramento da gestão da informação no âmbito da execução penal, tornando seu trâmite processual mais célere, transparente, eficiente e, sobretudo, uniforme*” (CNJ, 2019), afinal, o Conselho mostra que o painel permite combinar filtros específicos para a realização de análise de variáveis: tipos de regime e de penas em execução, motivos da condenação, gênero e faixa etária, com diferentes recortes geográficos.

A plataforma eletrônica, atualmente, conforme exame realizado junto ao *website* institucional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2021a), abrange processos de execução penal que tramitam em 30 Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, existindo, hoje, 1,2 milhão de processos transitando de forma vinculada ao sistema eletrônico. Há, segundo o CNJ, expectativa de que o número total de processos em curso no SEEU chegue a 2 milhões no caso de abrangência daqueles que tramitam junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4).

Denota-se, assim, que, apesar do elevadíssimo número de processos que tramitam dentro da plataforma, chegando a 1,2 milhão, o SEEU, até o momento, não compreende a totalidade dos processos de execução criminal em curso no país – situação esta que, diga-se, não consiste em violação da Resolução nº 280/2019 do CNJ.

Isso justifica-se porque o Supremo Tribunal Federal suspendeu, em decisão liminar monocrática proferida pelo ministro Alexandre de Moraes no dia 16/12/2019, os efeitos dos

⁷³ A Resolução nº 280/2019 (CNJ, 2019) estabelece diretrizes e parâmetro para o processamento da execução penal nos tribunais brasileiros por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU – e dispõe sobre sua governança. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_280_09042019_10042019160601.pdf. Acesso em: 3 abr. 2020.

⁷⁴ O artigo 2º da Lei nº 12.714/2012 (BRASIL, 2012) estabelece que o sistema deverá conter o registro dos seguintes dados e informações: I – nome, filiação, data de nascimento e sexo; II – data da prisão ou da internação; III – comunicação da prisão à família e ao defensor; IV – tipo penal e pena em abstrato; V – tempo de condenação ou da medida aplicada; VI – dias de trabalho ou estudo; VII – dias remidos; VIII – atestado de comportamento carcerário expedido pelo diretor do estabelecimento prisional; IX – faltas graves; X – exame de cessação de periculosidade, no caso de medida de segurança; e XI – utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado.

artigos 2º, 3º, 9º, 12 e 13 da Resolução CNJ 280/2019, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6259, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Dessa forma, os Estados brasileiros não se encontram sob obrigatoriedade de viabilizar a tramitação de seus processos de execução criminal junto ao sistema SEEU, mesmo que a maioria já o tenha realizado.

No mês de fevereiro de 2021 o CNJ lançou a versão “SEEU 6.0”, que conta com o armazenamento de todos os dados do sistema em *nuvem*⁷⁵, sob o argumento de que tal ferramenta (*cloud storage*) deixará o sistema mais estável e seguro e, ainda, impactará na redução de custos, pois a necessidade de manutenção e expansão de centros de dados próprios é eliminada. Segundo o CNJ (2021b), o processo foi coordenado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) e pelo Departamento de Tecnologia da Informação (DTI), com o apoio técnico do programa Fazendo Justiça, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Ministério da Justiça e Segurança.

No mês de novembro de 2011 a versão que se encontra estabelecida é a “SEEU 6.1.0.23”, que, conforme o CNJ (2021c), compreende um meio de integração com a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud), permitindo o envio automático de metadados dos tribunais ao CNJ. Além disso, a versão atual conta com o Serviço de Autenticação Cadastral (Seac), desenvolvido com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o que facilitaria a confirmação da identidade civil para a emissão de documentos.

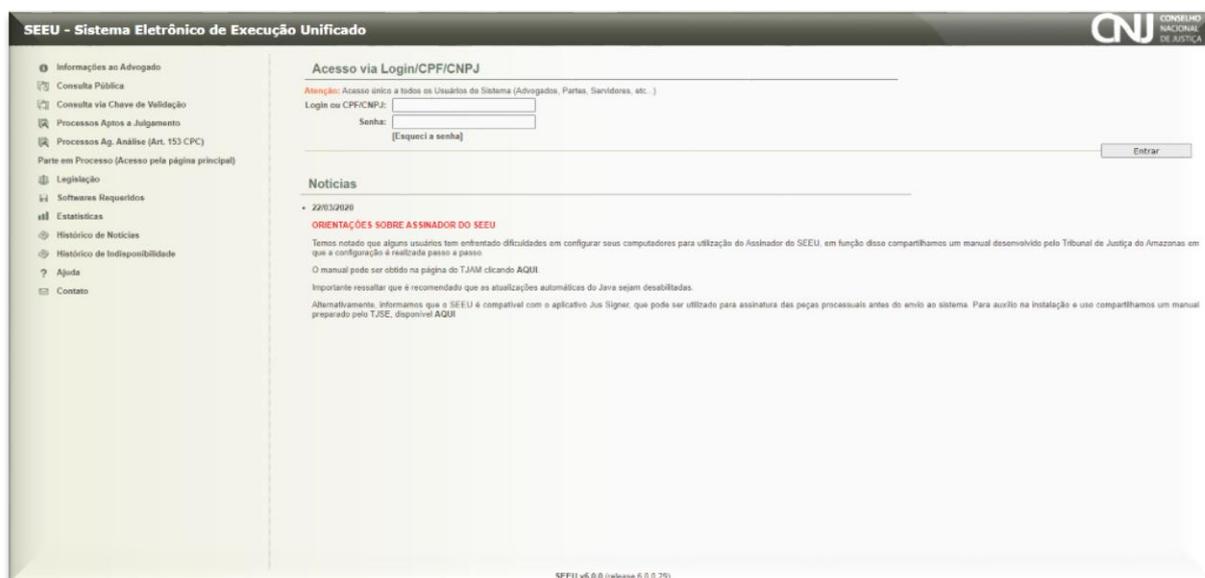
Quanto aos processos de execução criminal que tramitam ativamente junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, estes estão dispostos, em sua totalidade, dentro o SEEU. Por intermédio do Ato nº 10/2019-P, datado de 20/5/2019, o TJ/RS regulamentou o uso do SEEU/CNJ no âmbito da Justiça de primeiro grau do Rio Grande do Sul. No documento, firmado pelo desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, presidente do Tribunal Estadual, determinou-se expressamente a instituição do SEEU em âmbito da justiça comum de primeiro grau do Estado do Rio Grande do Sul.

Desta maneira, atualmente, os processos de execução criminal, com tramitação ativa junto ao TJ/RS, podem ser movimentados e consultados por intermédio do SEEU.

⁷⁵ O CNJ utilizará os serviços de armazenamento em “*nuvem*” da Amazon Web Services (AWS), que, segundo J. Lamim Antunes (2016, fl. 17) é uma plataforma que oferece soluções para armazenamento de dados de forma segura, escalável e com grande durabilidade. Trata-se de um meio de tratamento (armazenamento) de dados e de capacidade de computação sem necessidade de gerenciamento ativo e direito e de disponibilização de centros de dados próprios por parte de quem lhes dá a destinação final.

Ao realizar-se o primeiro acesso à plataforma eletrônica, a primeira projeção gráfica (*layout*) posta à disposição do usuário apresenta opções de acesso em duas modalidades: mediante consulta pública ou por meio de entrada via cadastro e senha (*login*). Este cadastro pode ser realizado por pessoas determinadas, tais como os advogados, as partes do processo, os servidores (agentes do Poder Judiciário) e alguns interessados. Visualiza-se da seguinte maneira (Figura 3).

Figura 3 – Página inicial do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU)



Fonte: Disponível em: <https://seeu.pje.jus.br/seeu/>. Acesso em: 1º nov. 2021.

A Resolução nº 121/2010 do CNJ, publicada em 11/10/2010 (CNJ, 2010), que dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, é a mesma que embasa a atual permissão de acesso de usuários aos processos de execução criminal dispostos no SEEU. Assim, mesmo os usuários que não possuem cadastro no SEEU podem, mediante consulta pública, acessar os processos executórios que tramitam de maneira pública.

Isso significa que somente os processos de execução criminal que tramitam sob sigilo de justiça ou sigilo é que não podem ser acessados por intermédio da consulta pública do SEEU. Os demais, portanto, encontram-se acessíveis a todo usuário, independentemente de este possuir cadastro no sistema, ser parte no processo, ter procuração acostada aos autos eletrônicos do processo consultado ou deter decisão autorizadora de acesso por parte de órgão do Poder Judiciário.

Neste sentido, importa ressaltar que, atualmente, a tramitação dos processos de execução criminal de forma pública se trata de uma regra, enquanto que a tramitação

vinculada a um nível de segredo de justiça ocorre apenas nos casos excepcionais, conforme regra contida no artigo 792 do Código de Processo Penal. Este dispositivo legal determina, expressamente, que atos processuais, assim como audiências e sessões, serão, em regra, públicos.

Ao realizar-se o acesso à consulta pública disponibilizada no SEEU, é possível a localização dos processos de execução criminal além da consulta de sua movimentação processual, visualizando as decisões contidas no processo. A pesquisa pode ser feita mediante inclusão de “número do processo” ou “CPF”, não exigindo complementação de comarca, juízo, tipo de competência e órgão julgador.

Figura 4 – Página de consulta pública de processos do SEEU

Fonte: Disponível em: <https://seeu.pje.jus.br/seeu/processo/consultaPublica.do?actionType=iniciar>. Acesso em: 3 abr. 2021.

Mediante consulta pública, então, é viabilizado o acesso aos autos eletrônicos do processo de execução criminal, tornando possível acessar informações básicas relativas à movimentação processual. Ou seja: é disponibilizado o acesso aos dados processuais, contudo percebe-se que há visível restrição de acesso aos dados pessoais das pessoas apenadas quando este é realizado por meio da opção de “consulta pública”.

Esta forma de disposição dos dados processuais e pessoais, no entanto, altera-se consideravelmente quando o acesso é realizado mediante *login* com cadastro na condição de advogado(a). Neste caso, há, em determinada medida, exposição dos dados pessoais contidos no PEC a integrantes da advocacia, ainda que estes sejam alheios ao processo consultado.

A autora e a orientadora da presente pesquisa são advogadas e, apesar de não estarem inseridas na condição de parte em processos de execução em trâmite no SEEU, tampouco tenham procuração para atuação ou autorização de vista dos autos dos processos executórios

analisados neste trabalho, podem visualizá-los no Sistema em sua integralidade. Os autos são visualizáveis, portanto, por qualquer pessoa com cadastro ativo na condição de advogado (a).

Do mesmo modo, a consulta a processos pode ser igualmente realizada apenas mediante o número do processo, dispensando preenchimento dos demais campos, como comarca, classe processual, juízo, CPF ou filiação da pessoa apenada. Ainda, pode ser realizada pesquisa por meio do nome completo da pessoa componente do polo passivo da ação executória, quando indicado o juízo de tramitação.

Ao realizar este *login* no sistema e efetivar a pesquisa por número de processo, a primeira tela visualizada já demonstra o extenso rol de dados processuais e pessoais colocados à disposição do usuário: informações das partes, onde constam nome, endereço e/ou número de RG e CPF do apenado; situação carcerária, linha do tempo e atestado de pena; relatório de execução criminal; além da movimentação processual com acesso aos documentos, na íntegra. A tela é visualizada como mostra a Figura 5.

Figura 5 – Página inicial após acesso de Processo de Execução Criminal (PEC) eletrônico no SEEU via *login* com cadastro de advogado(a)

The screenshot shows the SEEU interface with the following details:

- Execução:** 0062176-60.2017.8.21.0001 - (1460 dia(s) em tramitação)
- Usuário:** LIZIANE MENEZES DE SOUZA - Atribuição: Advogada (93107522) - Data: 03/04/2021 19:05 - Expira em: 30 min
- Processo:** 0062176-60.2017.8.21.0001
- Classificação:** 386 - Execução da Pena
- Assunto Principal:** 7781 - Pena Privativa de Liberdade
- Nível de Sigilo:** Público
- Prioridade:** Não Presso
- Progresso:** 31% (3637/1188144)
- Informações Gerais:**
 - Realizar Movimentos de: Magistrado Servidor Advogado Membro HP Defensor Procurador Outros Audiência
 - Ocultar Movimentos: Invisíveis Sem Arquivo Não Provisória
- Filtros:**
 - Movimentado Por: Advogado Defensor Público Entidades Remessa Magistrado Procurador Servidor
 - Sequencial (Intervalo): [] a []
 - Data do Movimento(Período): [] a []
 - Descrição: []
- 108 registro(s) encontrado(s), exibindo de 1 até 108**
- 500 por pag.**
- Table of Movements:**

| Seq. | Data | Evento | Movimentado Por |
|------|---------------------|------------------------|-----------------|
| 106 | 23/03/2021 16:02:53 | INDEFERIDO O PEDIDO | Magistrado |
| 105 | 22/03/2021 15:13:59 | CONCLUSOS PARA DECISÃO | Magistrado |
| 104 | 22/03/2021 15:12:46 | RECEBIDOS OS AUTOS | Liziane |

Fonte: SEEU

Por meio deste acesso e da visualização dos dados de forma regular pelas pesquisadoras, é possível realizar a efetiva verificação de quais dados pessoais dos apenados contidos nos processos de execução criminal junto do SEEU estão, de fato, em situação de tratamento pelo Estado, armazenados dentro de plataforma eletrônica.

Além disso, é possível verificar quais dados pessoais estão em situação de exposição e qual é o nível desta exposição ante os usuários que acessam o sistema, sendo assim apurado: para a consulta pública, a exposição ocorre de maneira parcial e reduzida; e para usuários que possuem cadastro de advogado(a), mesmo que sem procuração para acesso ou autorização específica, de forma extensa, com acesso à íntegra do processo.

Percebe-se, pois, que, em sendo possível visualizar o processo executório na íntegra e, mais que isso, fazer o seu *download* integral no SEEU, resta evidenciada a viabilidade de se colher informações bastante completas acerca dos dados pessoais que são disponibilizados pelas pessoas apenadas em favor do Estado, este último enquanto tutor penal dos indivíduos recolhidas junto a unidades prisionais.

Em consulta realizada por intermédio de cadastro junto ao Sistema, quando a totalidade dos dados é acessível, fica evidente que a situação de tratamento dos dados pessoais dos apenados pelo Estado se dá em larga escala, pois é verificada a existência de um rol de dados bastante extenso, tanto em quantidade quanto em variedade e sensibilidade dos dados – que alcançam, até mesmo, o grupo familiar do apenado, como se vê nos tópicos “4.2” e “4.3”.

Tal acesso evidencia a realização de coleta, de armazenamento e de uso dos dados para elaboração de estatísticas (o que é reconhecido pelo CNJ, como supramencionado), posto que compreendidos dentro de um banco de dados eletrônicos de abrangência nacional, sendo superada a situação de concentração de dados de forma fragmentada entre tribunais espalhados pelo país, como quando as ações penais tramitavam de maneira física.

Constata-se, assim, que a mera restrição de acesso à integralidade dos autos, mediante consulta pública, não consiste na ausência de tratamento destes dados pelo Estado ou no aferimento de inexistência de dados completos dentro do Sistema. Tão somente verifica-se que há restrição de acesso em caso de consulta pública, o que indica que a situação de exposição é restrita. Em consulta mediante cadastro, no entanto, confirma-se que estes dados existem (isto é, foram coletados) e estão em situação de tratamento pelo Estado – e este tratamento, por sua vez, envolve a manipulação de dados pessoais diversos.

A partir da análise das formas de consulta e acesso ao sistema eletrônico, portanto, é possível extrair duas constatações iniciais relativas à manipulação de dados pessoais conferida pelo Poder Público: primeiro, que esta é realizada mediante tratamento de um rol bastante extenso de dados, ainda que não acessíveis ou visualizáveis mediante consulta pública; e, segundo, que existe determinado patamar de exposição de dados pessoais pelo Estado, precisamente quando estes são acessados, na plataforma eletrônica, por intermédio de cadastro de procurador.

Embora não se tenha à disposição um parâmetro geral para medir condições de exposição de dados – sobretudo porque esta aferição depende de análise específica em relação às condições de localização e de acesso dos dados examinados –, para fins desta dissertação sugere-se a adoção dos seguintes indicativos da intensidade da exposição: *módico*, quando o acesso aos dados é restrito às partes processuais e aos servidores do Poder Judiciário; *intermediário*, quando os dados são inacessíveis mediante consulta pública, mas disponíveis para determinados grupos de pessoas alheias ao processo; e, por fim, *severo*, quando passíveis de acesso por qualquer pessoa, inclusive aquelas não cadastradas no sistema eletrônico onde estão inseridas as informações.

Dessa forma, a primeira constatação indica que, atualmente, a disposição dos processos eletrônicos dentro do SEEU promove uma exposição de dados pessoais considerada *intermediária*. Não há que se falar em exposição ampla ou severa quando, em verdade, se verificou que o sistema eletrônico restringe o acesso à visualização dos dados pessoais contidos nos processos quando estes são abertos por meio da consulta pública.

Por outro lado, também não se mostra acertado apontar para a existência de um grau de exposição módico, pois se examinou que, por intermédio de cadastro na condição de advogado(a), há viabilidade de acesso à integralidade do processo e, portanto, acesso irrestrito aos dados pessoais nele contidos. Este acesso, mediante cadastro, permite a visualização regular e completa dos autos, ainda que o(a) advogado(a) cadastrado(a) não seja procurador(a) do apenado, não esteja habilitado(a) para atuar no processo, não seja parte terceira interessada e não possua autorização especial ou qualquer chave/senha para consulta de todos os dados pessoais contidos na ação de execução em andamento.

Entende-se que esta viabilização de acesso ocorre pela condição de tramitação pública do processo, aliada à escolha do operador do sistema de não conferir restrições ao acesso a determinados dados pessoais e dados pessoais sensíveis contidos no sistema eletrônico. Frisa-se que poderia o operador do sistema eletrônico optar pela acessibilidade ampla aos dados processuais e decisões contidas no PEC, restringindo o acesso de terceiros a dados de cunho pessoal, porém tal distinção não foi visualizada.

A hipótese de inclusão de dados específicos mediante imposição de restrição de acesso por determinados usuários do sistema, é praticável. Afinal, em outra plataforma eletrônica, utilizada pelo TJ/RS para trâmite processual, chamada E-Proc-TJ/RS, é possível averiguar que os dados contidos em processos que tramitam sob segredo de justiça – como é o caso dos processos cíveis vinculados à vara de família que têm como parte pessoas menores de idade – não são acessíveis. Mesmo mediante consulta via *login* das advogadas cadastradas

no sistema, não se tem acesso aos dados do processo: não há meio de acesso sequer ao nome completo das partes, o que apenas se torna viável após habilitação regular na ação.

Percebe-se, assim, que a situação de tramitação dos processos de execução criminal de forma pública e a viabilização de acesso aos autos completos àqueles procuradores não habilitados – ao contrário do que ocorre em processos de outra natureza que tramitam sob sigilo de justiça, também em plataformas digitais –, confere aos titulares de dados apenas a condição de exposição de seus dados pessoais em grau intermediário, ainda que existam meios operacionais de se atribuir restrição de acesso a estes dados no sistema.

Considera-se que esta exposição pode se mostrar temerária, sobretudo quando analisada a partir de dois aspectos. O primeiro aspecto consiste no fato de que o Estado possui condições materiais de atribuir sigilo – como regra e não como exceção – aos dados pessoais dos apenados, de forma tão abrangente quanto àquele conferido a processos de natureza cível sobre direito de família, tendo escolhido, portanto, tornar menos dificultoso o acesso aos dados de pessoas sob sua tutela.

Já o segundo aspecto, por sua vez, vincula-se ao fato de que o tratamento conferido aos dados pessoais de apenados não ocorre sob a base legal de consentimento do titular de dados, afinal, a pessoa presa não escolhe ceder seus dados ao Estado: o faz em decorrência de obrigação legal ou, ainda, para pleitear acesso a outros direitos – a título de exemplo, como quando junta ao processo dados médicos para requerer a conversão do regime de cumprimento de pena em regime fechado em prisão domiciliar humanitária. Além da necessidade (e não escolha) de dispor de seus dados pessoais, não possui direito de visualizá-los, tampouco de promover a restrição de seu acesso, estando impedido, ainda, de corrigi-los, de complementá-los ou de excluí-los.

Precisamente por esta motivação, aliada ao fato de que o Estado, enquanto tutor das pessoas presas, é detentor da responsabilidade de impedir qualquer grau de exposição indevida de dados pessoais, é que importa saber porque a devida restrição de acesso a dados pessoais não vem sendo efetivamente conferida aos processos de pessoas apenadas. Aliás, pessoas estas já dotadas de vulnerabilidades de outras naturezas em razão da sua própria situação de encarceramento.

Acredita-se que a construção de garantias vinculadas ao direito à proteção de dados pessoais de titulares apenados pode perpassar pela elevação do grau de dificuldade de acesso aos dados pessoais por pessoas alheias ao processo, mantendo-se o acesso somente aos dados processuais e decisões publicadas junto ao Diário Oficial. No que diz respeito a esta construção, ventila-se que a imposição de sigilo a estes processos executórios, mantendo-se

acesso a estes apenas pelas partes habilitadas nos autos, pode constituir em importante garantia a serviço do titular dos dados pessoais.

É possível considerar, afinal, que a construção destas garantias podem, em certa medida, evitar o desenvolvimento de outra face da vulnerabilidade dos encarcerados: a vulnerabilidade digital; além de garantir efetivo gozo do direito fundamental à proteção de dados a este grupo de pessoas que não é compreendido pelo escopo da LGPD; e, ainda, resguardar os dados pessoais do seu grupo familiar, composto de pessoas que não estão sob tutela penal estatal e não estão, em regra, incluídas em quaisquer dos polos processuais.

Estes pontos levantados seguirão sendo objeto de reflexão neste capítulo. Antes, todavia, importa demonstrar quais processos foram analisados nesta pesquisa, quais informações foram extraídas destes processos e quais dados pessoais, como constatou-se, estão sendo tratados pelo Estado, o que será desenvolvido nos próximos dois subitens.

4.2 DO ACESSO E DO RECORTE DOS DADOS PESQUISADOS

A existência de garantias fracas (ou débeis) atribuídas a determinados grupos de titulares de dados pessoais, como já tratado com maior detalhamento no capítulo “3” desta dissertação, é decorrente da ausência de previsão de garantias primárias e secundárias aptas a lhes garantir a salvaguarda de seu direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Retoma-se que, dentre os titulares de dados que demandam, ainda, a elaboração de garantias fortes em seu favor, estão aqueles que têm os seus dados tratados para as finalidades previstas no artigo 4º da LGPD (BRASIL, 2018a), isto é, para fins de pesquisa acadêmica, segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou, ainda, atividades de investigação e repressão de infrações penais – como persecução penal, o que inclui as atividades relativas à execução de sanções criminais.

Dessa forma, de modo a viabilizar a realização de uma pesquisa empírica exequível – considerando-se, inclusive, as limitações temporais impostas pela duração do curso de Mestrado – optou-se por escolher apenas uma das hipóteses de tratamento de dados excluídas do escopo de aplicação da LGPD (e, portanto, exercidas durante a ausência de garantias fortes aos titulares dos dados tratados).

Preferiu-se, assim, fazer uma análise empírica dos dados tratados pelo Poder Público (especificamente, pelo Poder Judiciário) quando realizadas as atividades necessárias à gestão da tramitação dos processos de execução criminal contidas na ampla e genérica noção de “atividades relativas à repressão de infrações penais” apresentadas na LGPD, sobre as quais

não recaem as regras e as limitações ao poder dos agentes de tratamento de dados contidas na lei geral.

4.2.1 Da metodologia utilizada para a realização da pesquisa empírica

A pesquisa empírica desenvolvida e descrita neste capítulo, de forma geral, é do tipo qualitativo e adota o método de abordagem dialético. Quanto à técnica, se ocupa da coleta e da análise de dados extraídos de processos de execução criminal armazenados no SEEU, visando a dar resposta aos questionamentos que embasam a presente pesquisa, dentre os quais o seguinte: Há suficiência ou *deficit* de garantias necessárias à efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais de pessoas sob tutela penal do Estado? Para tanto, objetiva-se examinar quais dados pessoais de apenados estão em situação de tratamento pelo Estado, a quem são expostos e em que nível, e, sobretudo, se o tratamento conferido aos dados configura violação de direitos fundamentais.

Assim, visando a avaliar quais são os dados pessoais de pessoas presas que estão em situação de tratamento pelo Estado por intermédio de coleta e armazenamento realizado no SEEU e, ainda, a quem estão expostos e em que grau, foram acessados, extraídos e analisados dados de 51 processos de execução criminal que tramitam de forma ativa junto ao TJ/RS. São processos executórios de homens presos que cumprem pena privativa de liberdade junto a Casa Prisional de Porto Alegre, também conhecida, popularmente, como “presídio central”.

A pesquisa realizada é do tipo qualitativo, e é possível extrair números estatísticos dos dados colhidos junto aos 51 processos analisados. Deixa-se de se atribuir à pesquisa o condão “quantitativo”, pois, embora relevante o número de processos analisados, este consiste em menos de 1% dos processos contidos na plataforma.

Quanto ao método de abordagem, optou-se pela adoção do método dialético, posto que, por intermédio deste, conforme Lakatos (2003, p. 104), ao se estudar a contradição como princípio do desenvolvimento, é possível identificar três de suas principais características: a contradição interna, que tem no movimento a consequência de lutas de contrários, a contradição inovadora, que traz à luz a luta entre o velho e o novo, entre o que nasce e o que morre, entre o que perece e o que se desenvolve, e, por fim, a unidade dos contrários, que consiste no encerramento de dois termos que se opõem.

Estas são características fundamentais para a realização da análise empírica proposta, uma vez que a situação de tratamento de dados pessoais dos apenados pelo Estado, dentro de um Sistema Eletrônico, o SEEU, desencadeia uma série de binômios: celeridade processual x

tratamento e exposição de dados pessoais; avanço tecnológico x violação da privacidade; garantias de direitos fundamentais x eficiência por agilidade; direito de acesso à informação x direito à proteção de dados pessoais.

Deste modo, inclusive por se considerar a perspectiva de Bauman (2016) de que liberdade e segurança são dois valores extremamente difíceis de conciliar, tem-se que a dinâmica dialética de perceber o mundo como processo em transformação permanente pode viabilizar a análise destes fenômenos e estruturas.

A partir da coleta e análise dos dados dos 51 processos objeto da pesquisa empírica, objetiva-se nortear o exame crítico realizado a partir da abordagem dialética, que possibilita, em princípio, estabelecer uma *tese* – a de que o tratamento de dados pessoais de apenas pelo Estado dentro de um sistema eletrônico pode ensejar a violação de um direito fundamental – e uma *antítese* – que reside na justificativa de que o tratamento destes dados pessoais, via SEEU, se dá como forma de garantia ao direito à duração razoável do processo e de combate ao “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro.

O estabelecimento preliminar de *tese* e de *antítese* mostrou-se viável porque o método dialético, como aponta Lakatos (2003, p. 105), insere-se nos fenômenos analisados por meio de sua ação recíproca, da contradição inerente ao próprio fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade.

4.2.2 Da obtenção e da limitação dos dados colhidos

Para a realização das análises pretendidas, foram obtidas, junto a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul/RS⁷⁶, quatro listas que contêm os nomes completos de assistidos em situação de cumprimento definitivo de pena e o número de seus respectivos processos de execução criminal (PECs), no intuito de colher uma amostra de processos executórios isenta de escolha pessoal da pesquisadora ou da orientadora – evitando-se, assim, a seleção viciada dos dados examinados.

De modo formal, foi encaminhado ofício (em Anexo) à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul esclarecendo o caráter acadêmico da finalidade pretendida ao se buscar tais informações e, sobretudo, indicando que somente os processos de trâmite público e de acesso permitido às pesquisadoras pelo SEEU seriam objeto de análise dentro

⁷⁶ Os dados foram fornecidos pelo Defensor Público Régis Augusto Martins Xavier, atuante junto à Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre/RS, conforme ofício acostado junto ao Anexo ao final.

do Sistema Eletrônico, de modo que foram, então, enviadas as listas de processos para análise.

Note-se que o ofício foi remetido à instituição pública ainda no dia 20 de março de 2020, via *e-mail*, diante da impossibilidade de entrega pessoal causada pelos riscos de contaminação decorrente da pandemia mundial provocada pela Sars-CoV-2, o novo coronavírus. Também em razão da pandemia da Covid-19, houve relativa demora em se realizar a disponibilização das listagens com números de processos pela Defensoria Pública, considerando as dificuldades de acesso remoto a todos os dados do portal interno da Instituição pelos servidores.

Somente no mês de maio de 2020, isto é, dois meses depois do primeiro contato oficial, é que houve remessa da primeira lista, e as demais foram encaminhadas em janeiro de 2021. Todas as listas que apresentam números de processos de execução criminal fazem referência aos réus presos que receberam atendimento da Defensoria Pública durante a pandemia, inclusive de forma remota (virtual), enquanto perdurou a situação de suspensão de prazos processuais instituída pelo TJ/RS diante da calamidade pública⁷⁷ declarada no Brasil.

As quatro listas compreenderam, no total, 59 processos, de modo que apenas 51 foram considerados aptos para a análise nesta pesquisa. Foram excluídos da análise os processos que tramitam em âmbito de segredo de justiça, os processos de execução provisória de pena e as ações cíveis, mantendo-se na amostra apenas os processos de execução criminal definitiva de homens presos que cumprem (ou cumpriram, inicialmente) pena privativa de liberdade junto a Cadeia Pública de Porto Alegre.

Os processos executórios analisados possuem a numeração e localização de tramitação conforme mostra a Tabela 1 a seguir.

⁷⁷ Vide nota de rodapé explicativa nº 71.

Tabela 1 – Numeração dos processos analisados e indicação de seu local de tramitação

| PROCESSOS DE EXECUÇÃO CRIMINAL - LISTA DE ATENDIMENTOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RS | | | |
|--|-----------------|---------------------------|---|
| TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - COMARCA DE PORTO ALEGRE | | | |
| Localização dos autos - Órgão de tramitação do processo executório | | | |
| | Nome do apenado | Número do Processo | Local de tramitação do Processo de Execução Criminal |
| 1 | Adnilson | 0062176-60.2017.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 2 | Agenor | 4994639-13.2010.8.21.1001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 3 | Alexandre | 8000013-80.2020.8.21.0039 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 4 | Alonso | 0098414-44.2018.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 5 | Antônio | 0096081-22.2018.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 6 | Carlos | 0003518-28.2014.8.21.0040 | Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Porto Alegre |
| 7 | Carlos | 0093077-11.2017.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 8 | Carlos | 4722639-96.2010.8.21.1001 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 9 | Cristiano | 0457789-48.2011.8.21.0032 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 10 | Dagoberto | 3856209-25.2010.8.21.0023 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 11 | Daniel | 0140067-60.2017.8.21.0001 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 12 | Diego | 0450276-32.2011.8.21.1001 | Vara Adjunta de Execuções Criminais da Comarca de Canoas |
| 13 | Edemilson | 5611699-47.2010.8.21.1001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 14 | Ederson | 0009447-64.2013.8.21.0141 | Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Porto Alegre |
| 15 | Eduardo | 0173666-29.2013.8.21.0001 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 16 | Felipe | 0051827-61.2018.8.21.0001 | Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Porto Alegre |
| 17 | Flávio | 8001603-46.2019.8.21.0001 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 18 | Gelson | 6673079-66.2010.8.21.0027 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 19 | Igor | 5071649-36.2010.8.21.1001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 20 | Ivo | 0202583-82.2018.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 21 | Jair | 0171785-75.2017.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 22 | Jair | 0008215-36.2015.8.21.0015 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 23 | Jean | 0312788-91.2012.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 24 | João | 0311688-33.2014.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 25 | João | 0075865-40.2018.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 26 | Jonathan | 0043734-46.2017.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 27 | Jorge | 8000053-79.2020.8.21.0001 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 28 | Jorge | 8000050-55.2019.8.21.0003 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 29 | Jorge | 0010455-95.2015.8.21.0015 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 30 | Jorge | 0175792-76.2018.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 31 | Juarez | 0398657-22.2012.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 32 | Lucas | 0145552-80.2013.8.21.0001 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 33 | Luis | 5482199-59.2010.8.21.0052 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 34 | Marcelo | 0075739-70.2012.8.21.0010 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 35 | Mateus | 0010238-28.2018.8.21.0086 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 36 | Maurício | 0004870-94.2018.8.21.0132 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 37 | Moisés | 0146713-23.2016.8.21.0001 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 38 | Osmar | 0011982-56.2017.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 39 | Paulo | 0001948-92.2019.8.21.0052 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 40 | Rafael | 0017627-61.2014.8.21.0003 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 41 | Rafael | 0451535-62.2011.8.21.1001 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 42 | Rafael | 0390222-59.2012.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 43 | Robson | 4790399-62.2010.8.21.1001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 44 | Rodrigo | 5693139-65.2010.8.21.1001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 45 | Ronaldo | 0138586-28.2018.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 46 | Sidnei | 0169395-74.2013.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 47 | Vinicius | 0160169-40.2016.8.21.0001 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 48 | Vinicius | 0006001-35.2018.8.21.0155 | 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 49 | Vinicius | 8000044-62.2021.8.21.0008 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 50 | Vinicius | 8000002-88.2020.8.21.0156 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |
| 51 | Wolny | 0012842-52.2017.8.21.0035 | 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre |

Fonte: Elaborada pela pesquisadora.

Como narrado no item “4.1”, os 51 processos executórios identificados na Tabela supracolacionada foram acessados via *login* no sistema eletrônico, este realizado pela pesquisadora enquanto usuária cadastrada no SEEU na condição de advogada, o que viabilizava acesso à íntegra dos autos e ao relatório de execução criminal de cada PEC.

Por entender-se não recomendado trazer à pesquisa, em formato de anexo ou apêndice, a cópia integral extraída dos processos analisados, sobretudo visando a não

reproduzir quaisquer situações de exposição de dados pessoais, o presente capítulo apresentará o conteúdo dos dados analisados em formato de gráficos, acompanhados das devidas descrições distanciadas da pessoalização e da identificação direta dos titulares – acaso, todavia, seja do interesse dos componentes da banca de defesa realizar eventual conferência da situação de tramitação ativa dos processos, poderá ser disponibilizado, oportunamente, *link* de acesso aos relatórios de execução criminal – que apresentam dados majoritariamente processuais.

Os relatórios de execução criminal permitem averiguar que os dados inseridos no sistema eletrônico são submetidos à ferramenta de cálculo capaz de indicar previsões de datas para término do cumprimento de pena, progressão de regime e livramento condicional, considerando as variantes que vinculam frações diferentes para a realização da contagem de tempo, tais como existência ou não de reincidência e hediondez, além de contabilizar a quantidade de dias remidos. Veja-se parte do relatório a seguir.

Figura 6 – Dados processuais contidos em relatório de execução criminal gerados pelo SEEU

| CÁLCULOS DA SITUAÇÃO EXECUTÓRIA | | | |
|---|-----------------|---------------------------------------|--------|
| Regime Atual: | Fechado - ATIVO | Foragido: | Não |
| Pena Total Imposta: | 10a9m18d | | |
| Pena Priv. de Liberdade: | 10a9m18d | Pena Restr. de Direitos: | 0a0m0d |
| Pena Cumprida Até Dt Atual: | 4a0m10d | | |
| Pena Privativa Cumprida: | 4a0m10d | Pena Restritiva Cumprida: | 0a0m0d |
| Pena Remanescente: | 6a9m8d | | |
| Pena Priv. Remanescente: | 6a9m8d | Pena Restr. Remanescente: | 0a0m0d |
| Total Interrupções: | 0a0m0d | Total Dias Remidos: | 242 |
| Harmonização: | Não | | |
| Interrupção de Cumprimento: | | | |
| PROGRESSÃO DE REGIME: SEMIABERTO | | | |
| Dt Base Progressão Regime: | 13/11/2017 | | |
| Gestante (1/8) LEP Art 112: | 0a0m0d | Comum (1/6): | 0a0m0d |
| Hediondo Primário (2/5): | 4a3m25d | Hediondo Reincidente (3/5): | 0a0m0d |
| Primário Sem VGA (16%): | 0a0m0d | Reincidente Sem VGA (20%): | 0a0m0d |
| Primário Com VGA (25%): | 0a0m0d | Reincidente Com VGA (30%): | 0a0m0d |
| Hediondo Primário (40%): | 0a0m0d | Hediondo Primário Com Morte (50%): | 0a0m0d |
| Hediondo Reincidente (60%): | 0a0m0d | Hediondo Reincidente Com Morte (70%): | 0a0m0d |
| Dt Progressão de Regime: | 08/07/2021 | | |
| LIVRAMENTO CONDICIONAL | | | |
| Dt Base Livr. Condicional: | 13/11/2017 | | |
| Comum Primário (1/3): | 0a0m0d | Comum Reincidente (1/2): | 0a0m0d |
| Hediondo (2/3): | 7a2m12d | | |
| Hediondo Reincidente ou Revogação L.C. (1/1): | 0a0m0d | | |
| Dt Livr. Condicional: | 27/05/2024 | | |
| TÉRMINO DE PENA | | | |
| Data de Término da Pena: | 21/12/2027 | | |

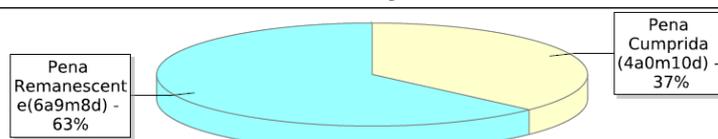
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



2º Juizado da 1ª VEC de Porto Alegre - PPL - Meio Fechado, Semiaberto e Aberto
6950090 - OSMAR LEMOS DA SILVA

ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL

RELATÓRIO DA SITUAÇÃO PROCESSUAL EXECUTÓRIA



Fonte: SEEU.

No que diz respeito à indicação de tempo de cumprimento de pena, à contabilização da remição e à apresentação de cálculos para estimar datas de benefícios como a progressão de regime, se está diante de dados processuais (e não pessoais). Tais dados não guardam a necessidade do mesmo grau de proteção que deve ser atribuído aos dados pessoais, pois não são, em essência, fundamentais para a identificação de uma pessoa ou para a formação de um perfil, como é o caso dos dados pessoais – estes estritamente vinculados à intimidade.

Além disso, a forma como apresentados os dados processuais demonstra que um dos objetivos da adoção de um sistema eletrônico está sendo atendido: o intento de combater a situação de “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, à medida que facilita o controle de aplicação de regras contidas na LEP em benefício das pessoas apenadas.

A análise ora realizada, contudo, coloca o foco sobre os dados pessoais contidos na íntegra do processo, desconsiderando o conteúdo dos dados processuais e não se limitando às informações dos relatórios de execução gerados pelo sistema eletrônico.

Neste sentido, importa relatar que a análise dos autos integrais dos 51 processos ocorreu ao longo de um período de tempo alargado, diante do vasto volume de páginas que compõem determinados processos contidos nas listas – a saber, apenas um processo atingiu o número de 3.077 páginas⁷⁸. Apesar disso, o *download* dos processos e de seus respectivos relatórios foi realizado na data única de 13 de março de 2021, de forma que se pode apresentar, com segurança, a informação de que todos os dados expostos nesta pesquisa se restringem àqueles acostados aos processos eletrônicos até esta data.

A integralidade destes processos, ademais, é mostrada a partir de digitalização de autos físicos. Isso porque o SEEU não compreende apenas processos que tiveram início a partir de sua execução pelos tribunais correspondentes, mas abrangem, também, a tramitação dos processos que estavam ativos em formato físico e, então, passaram por um momento de transição para o sistema eletrônico.

O movimento de “migração” dos processos físicos para o ambiente digital tratou de viabilizar a facilitação de seu acesso por terceiros alheios ao processo e, assim, elevar o grau de exposição dos dados nele contidos.

Sabe-se que, quando o processo executório tramitava de forma física, este já era movido de forma pública. Na forma atual, todavia, não é necessário realizar deslocamento físico até o fórum, adentrar a vara de execução criminal, ter em mãos a movimentação processual atualizada e solicitar à serventia cartorária a disponibilização dos autos para

⁷⁸ Processo nº 3856209-25.2010.8.21.0023, consultado no dia 13/3/2021.

consulta no balcão. Inexiste, atualmente, a limitação territorial e há considerável diminuição do tempo gasto para efetivação da consulta, o que contribui para a facilitação do acesso, que, então, deixou de ser fragmentado, mas é, ainda, unificado em um só local (digital).

Por fim, cumpre justificar a escolha de processos de execução criminal definitivos para a realização da pesquisa, excluindo-se os processos de execução provisória e as ações penais em andamento.

No que diz respeito às pessoas acusadas ou condenadas na seara penal, entende-se que os apenados em situação de cumprimento de pena privativa de liberdade, decorrente de condenação com trânsito em julgado, tratam-se das pessoas titulares de dados pessoais que mais se encontram em situação de fragilidade em relação aos seus dados pessoais. É possível observar que esta fragilidade tende a estar vinculada a dois elementos.

O primeiro elemento, com potencial de constituir a fragilidade deste grupo de titulares de dados, como exposto anteriormente, consiste na condição de submissão destas pessoas à obrigação de ceder seus dados ao estado em decorrência de uma condenação em ação penal. A partir do momento em que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado, deixam de ter, até mesmo, acesso e conhecimento direto e imediato dos dados que estão em situação de exposição em seus próprios processos executórios.

Já o segundo elemento, passível de se consubstanciar em fragilidade destes titulares, é o fato de que, em havendo condenação com trânsito em julgado, o número do processo do apenado – dado que viabiliza a consulta do processo – torna-se muito mais acessível às pessoas em geral: as decisões (sentença e acórdão) são publicadas no Diário Oficial, contendo nome e numeração processual, e, além disso, os números do processo são elencados em certidão de antecedentes criminais.

A título de exemplo, expõe-se que a pessoa em situação de cumprimento de pena em regime semiaberto que procura inserção no mercado de trabalho, ao ser impelida a apresentar certidão de antecedentes criminais junto a empresa contratante, cederá a essa documento que contém a numeração de seu processo executório.

A partir disto, resta viabilizado ao setor jurídico da empresa o acesso à íntegra do processo executório junto ao SEEU, que pode trazer desde dados de identificação básica do apenado e os respectivos dados processuais públicos, como também informações pessoais sobre seu grupo familiar, laudos sociais e dados de saúde em larga escala (tais como exames toxicológicos e psicológicos), potencialmente prejudiciais ao estabelecimento de suas relações profissionais.

A publicação dada ao número do processo de execução criminal ocorre de maneira mais facilitada que o acesso aos números de processos penais em andamento. Disso depreende-se uma possibilidade de vulneração mais elevada dos titulares de dados que já possuem processo de execução criminal ativo quando comparados aos titulares de dados acusados em ações penais ou investigados em inquéritos policiais, o que foi considerado para a escolha do recorte nesta pesquisa.

Assim, feito o esclarecimento acerca de como foram obtidos, acessados e coletados os dados analisados nesta investigação, com indicação dos critérios adotados para definição do recorte da amostra analisada e da escolha do grupo de titulares de dados pessoais favorecido na análise, no próximo tópico é realizada a demonstração de *quais* dados pessoais estão em situação de tratamento e de como são categorizados e expostos.

4.3 DOS DADOS PESSOAIS DE APENADOS EM SITUAÇÃO DE TRATAMENTO E EXPOSIÇÃO PELO ESTADO EM SISTEMA ELETRÔNICO (SEEU)

Partindo-se da concepção sobre direitos fundamentais adotada pelo constitucionalismo garantista, a proteção de dados trata-se de um direito de liberdade “*frente a*” possíveis abusos, como a exposição e o tratamento indevido de dados pessoais de titulares em prol de finalidades não amparadas em bases legais compatíveis. Mais que isso, tendo-se os dados pessoais como *bens fundamentais personalíssimos* indisponíveis, depreende-se a necessidade de produção de garantias aptas a evitar a sua violação, inclusive, por eventual indevido tratamento (ou indevida disponibilização) conferido a estes dados pelo Estado.

Neste sentido, em se tratando o direito à proteção de dados pessoais de um direito fundamental positivado, apto a se comportar como “lei do mais fraco” quando diante de *deficit* de garantias que lhe promovam efetividade, deve ser tomado como instrumento de limitação do poder estatal até mesmo durante as atividades de tratamento e manipulação de dados pessoais, ainda que estes dados sejam de pessoas que se encontram sob sua tutela penal, como é o caso daqueles que cumprem uma sanção penal aplicada pelo Poder Judiciário.

Como tratado no capítulo “3”, sabe-se que o Estado concebeu, por intermédio da elaboração legislativa de regras e deveres de não lesão, garantias primárias deste direito contidas na LGPD, posto que a possibilidade de ajuizamento de ação correspondente junto ao Poder Judiciário, pela se pode buscar a aplicação de sanções previamente estabelecidas, trata-se, precisamente, da garantia secundária relacionada a este direito, expressamente prevista no mesmo diploma legal.

Embora, contudo, a LGPD apresente, de forma expressa, uma série de garantias primárias e secundárias inerentes à efetivação do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, tais garantias não abrangem determinados grupos de pessoas.

Por esta razão, entende-se que os titulares de dados pessoais que cumprem pena e têm esses seus dados pessoais tratados em virtude do trâmite de processos de execução criminal, não se encontram dentro do escopo da LGPD e não possuem previsões específicas dentre as elaborações contidas no anteprojeto da “LGPD Penal” e, portanto, estão diante de um evidente *deficit* de garantias que os promovam a efetividade do direito à proteção de seus dados pessoais – o que os vinculam, inequivocamente, a mais uma espécie de vulnerabilidade em decorrência do encarceramento: a vulnerabilidade digital de dados pessoais.

Esta vulneração dos dados pessoais dos apenados em situação de cumprimento de pena, em decorrência do *deficit* de garantias que tornem efetiva a proteção conferida aos dados que compõem seus processos de execução criminal em trâmite de forma eletrônica, mostra-se ainda mais temerária quando se tem conhecimento acerca de *quais* são os dados que estão em situação de tratamento pelo Estado – o que se demonstra a seguir.

4.3.1 Apresentação e categorização dos dados pessoais manipulados pelo Estado

Nos 51 processos de execução criminal analisados foi localizado um conjunto bastante extenso de dados pessoais que compreendem: nome, alcunha, registro civil, sexo, cor, filiação, naturalidade, (histórico de) endereço completo e dados de geolocalização, data de nascimento, religião, profissão, estado civil, nível de escolaridade, dados de saúde, características fisionômicas e informações sobre composição de seu grupo familiar – além, aliás, de dados pessoais dos componentes da família.

Os dados colhidos mediante acesso à cópia integral dos processos foram tabelados para a realização de análise e de quantificação de sua presença nos processos, a fim de avaliar se um dado pessoal específico costuma ser inserido em: (i) todos os processos; (ii) na maioria dos processos; (iii) em um número intermediário de processos; (iv) ou, ainda, em poucos processos ou de maneira excepcional.

Primeiramente, faz-se a apresentação das análises correspondentes aos dados gerais e, em seguida, dispõem-se as informações que se relacionam com cada tipo de dado, a demonstrar que estão em situação de tratamento e a apontar qual é o seu percentual de incidência nos processos, além de indicar de que maneira estão expostos.

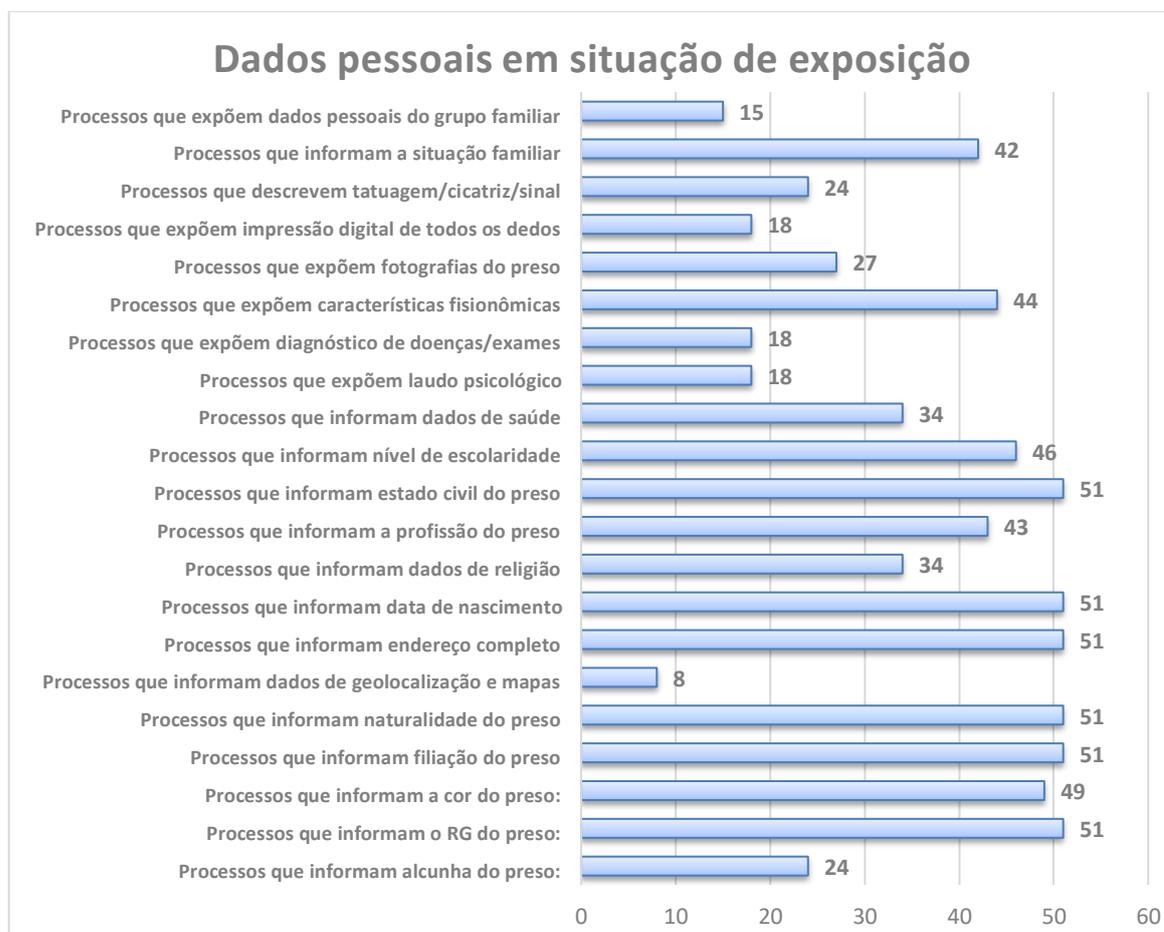
Dos dados pessoais em situação de tratamento pelo Estado, os que se encontram expostos em *todos* os processos analisados são: nome completo, número de registro civil, filiação, naturalidade, data de nascimento, endereço completo e estado civil.

Os dados passíveis de visualização na maioria dos processos são: cor, religião, profissão, nível de escolaridade, dados de saúde, descrição de características fisionômicas, fotografias e informações sobre o grupo familiar.

Já em um número intermediário de processos, é possível verificar impressão digital de todos os dedos, descrição de tatuagens, sinais e cicatrizes da pessoa, diagnósticos de doenças e exames médicos e laudo de avaliação psicológica.

Por fim, em um número reduzido de processos, pôde se ter acesso a dados de geolocalização que mapearam o deslocamento do apenado em situação de cumprimento de pena em regime semiaberto. São os números de ocorrência de cada dado quando contabilizada sua incidência no número de processos analisados.

Gráfico 1 – Número de incidência de cada tipo de dado pessoal por processo de execução criminal analisado



Fonte: Elaborado pela pesquisadora a partir do levantamento dos tipos de dados pessoais de apenados postos em situação de tratamento pelo Estado.

Optou-se por trazer a informação sobre o número de incidência dos dados pessoais por processo por intermédio de gráfico que se limita a demonstrar quais são os (tipos de) dados pessoais que estão, atualmente, em situação de tratamento pelo Estado e qual o número de sua incidência nos processos.

Assim, ao não se inserir a tabela que contém os dados pessoais propriamente ditos, mas, tão somente, gráficos demonstrativos de tipo, categoria e estatística de incidência do tratamento dos dados pessoais colhidos nos PECs, evita-se a reprodução de eventual situação de exposição de dados pessoais, também, nesta pesquisa.

Inserir-se, para fins de apresentar as informações colhidas da análise dos dados acessados, portanto, gráficos que indicam a presença de dados por meio dos quais descreve-se *como* estão dispostos nos processos e por quais motivos a sua exposição pode vir a se mostrar nociva à privacidade e à proteção de dados dos seus titulares.

4.3.1.1 Nome completo, filiação e alcunha

Quanto aos tipos de dados pessoais contidos nos processos, inicia-se apontando para o nome completo e filiação, presentes em 100% dos processos analisados, além de alcunha, indicada em 47,05% dos processos.

Em princípio, pode-se pensar na hipótese de impossibilidade de trâmite do processo sem que se exponha, pelo menos, o nome completo do apenado. Ao se voltar, contudo, a fazer uma comparação com os processos cíveis que tramitam sob prerrogativa de segredo de justiça, tais como os processos de família que incluem em um dos polos da ação um menor impúbere, ou, ainda, aqueles que tramitam junto a vara da infância e da juventude, chega-se à constatação de que existe um meio de tramitação virtual de processos com a exposição de nome limitada às iniciais das partes.

Se esta garantia do direito à proteção de dados pessoais fosse vinculada, também, aos processos de execução criminal, teriam os apenados o benefício de não ter seus nomes completos em situação de exposição. Até porque, no caso dos PECs, os autos eletrônicos podem até mesmo ser localizados por intermédio da pesquisa por nome, como retratado no tópico “4.1”, entretanto, se aplicada a regra de apresentação de iniciais do nome e sobrenome, apenas as partes habilitadas nos autos poderiam, de fato, acessar o nome completo do titular.

Sobre este ponto, aliás, é possível que se argumente sobre a impossibilidade de se aplicar este benefício (ou esta garantia) de tramitação com apresentação somente das iniciais da parte componente do polo passivo do processo – isso, apontando para as disposições

contidas no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal ou na Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação (LAI).

Entende-se, entretanto, que as disposições contidas nestas regras não devem ser analisadas de modo a atenuar a necessidade de garantia do direito à proteção de dados pessoais. A própria disposição constitucional indica, de modo expresso, que a publicidade dos atos processuais poderá ser restringida em caso de defesa da intimidade – o que significa, propriamente, que o legislador dispôs sobre a necessidade de se harmonizar publicidade e privacidade.

Há indicação precisa de que, na hipótese de haver risco de violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais (sobretudo de titulares já postos sob condição de vulnerabilidades outras, como é o caso dos encarcerados), esta publicidade deverá ser limitada. Mostra-se viável, todavia, tanto em termos normativos quanto em termos operacionais, promover-se a limitação da exposição destes dados (nome completo e filiação).

4.3.1.2 Cor, raça e naturalidade

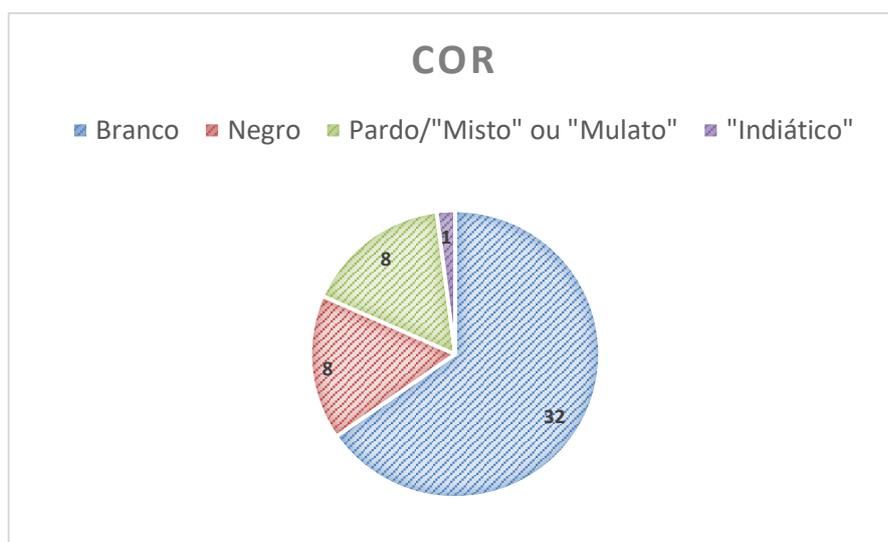
Os PECs trazem dados relativos à cor dos apenados – se brancos, negros, pardos (ou “mistos” e “mulatos”, como descrito em determinados processos) ou “indiático”. A cor da pessoa presa pode estar indicada em diversas peças processuais: na cópia do inquérito policial que é mantida nos autos, na qualificação da denúncia, na qualificação do apenado contida em sua declaração de hipossuficiência econômica, nos laudos sociais e psicológicos ou, ainda, na cópia do Relatório de Informações Gerais do Preso elaborado pela Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe⁷⁹).

A depender do local de indicação dos dados relativos à cor e à raça do apenado, depreende-se que estes decorrem ou de atribuição pela autoridade indicadora – como quando contidos em informações apresentadas pela autoridade policial em inquérito policial – ou de autodeclaração, como quando contidos nas peças de defesa.

Nos 51 PECs analisadas pôde-se notar que em 49 processos (96,07%) esta informação se manteve exposta, sendo possível averiguar que, destes, 32 apenados (65,30%) foram apontados como pessoas brancas, 8 (16,32%) como pessoas negras, 8 (16,32%) como pardos, mistos ou mulatos e 1 (2,04%) como “indiático”.

⁷⁹ A Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe) é subordinada à Secretaria da Administração Penitenciária do Rio Grande do Sul (Seapen-RS), e trata-se do responsável pela execução administrativa das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança em âmbito estadual.

Gráfico 2 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à cor/raça dos apenados



Fonte: Elaborado pela pesquisadora.

Frisa-se que, na LGPD, os dados pessoais relativos à origem racial ou étnica do titular são tomados como dados pessoais *sensíveis*⁸⁰, a respeito dos quais devem ser elaboradas garantias em sentido forte e ainda mais específicas, porquanto vinculadas, diretamente, com a esfera da intimidade da pessoa que lhes detém/dispõe.

Além disso, em todas (cem por cento) os PECs analisadas foi possível extrair informações relativas ao endereço completo do apenado e à sua naturalidade. Quanto ao endereço, pôde-se verificar a presença, inclusive, de um histórico de endereços nos quais o apenado (e seu grupo familiar) já residiu, posto que a atualização da informação de endereço nos autos processuais, por vezes, se trata de requisito para a manutenção da pena privativa de liberdade cumprida em regime semiaberto ou para o cumprimento de pena de prisão domiciliar.

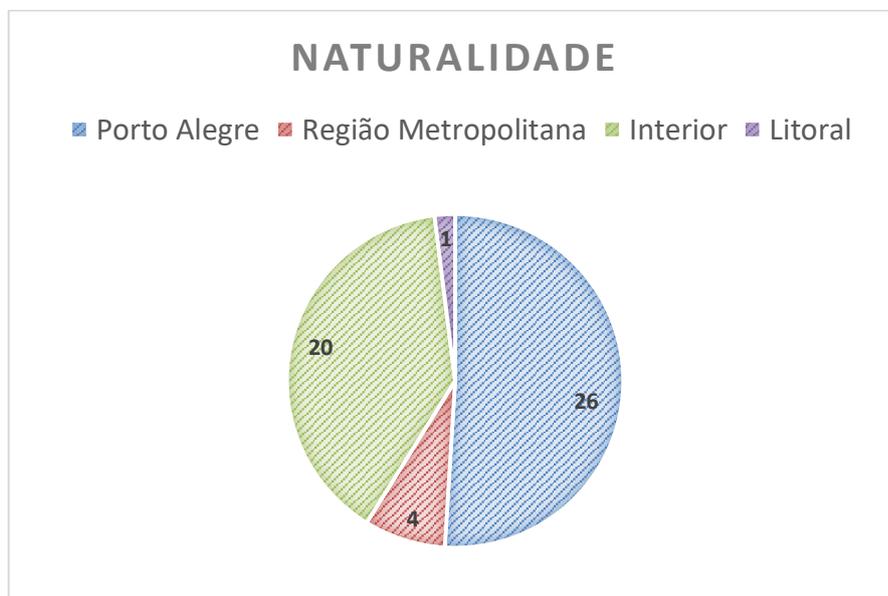
Percebe-se que a existência de um histórico de registro residencial datado da pessoa que, por vezes, residiu não apenas em vários bairros de uma mesma cidade, mas também em mais de um município, trata de elevar a sua exposição.

Quanto à naturalidade, notou-se que, apesar de se tratarem de processos de pessoas que cumprem pena junto a Cadeia Pública de Porto Alegre, nem todos os apenados são naturais da capital gaúcha, a demonstrar que sua trajetória, às vezes, perpassa por cidades da

⁸⁰ A LGPD conceitua o “dado pessoal sensível” no artigo 5º, inciso II, que assim dispõe: “II – 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” (BRASIL, 2018a).

região metropolitana (7,84%), do interior (39,21%) e do litoral (1,96%). A maioria (50,98%), todavia, é natural de Porto Alegre/RS.

Gráfico 3 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à naturalidade dos apenados



Fonte: Elaborado pela pesquisadora

É possível compreender, assim, que o Estado tem acesso às informações relativas à origem étnica-racial dos apenados, além de sua naturalidade e, até mesmo, de um histórico de endereços nos quais estes residiram. A existência destes dados armazenados e catalogados junto a um banco de dados nacional, indica que o Poder Público pode (ou, pelo menos, possui condições operacionais de) criar bancos estatísticos que apontem o número de pessoas brancas, negras ou pardas condenadas por determinados crimes (contra a vida, contra o patrimônio, dentre outros), nascidas e/ou residentes de cada região do Estado.

4.3.1.3 Estado civil e dados pessoais do grupo familiar

É importante considerar, ademais, que os dados pessoais contidos nos PECs não se limitam à pessoa do apenado, isto é, do titular de dados que, efetivamente, se encontra sob tutela do Estado. Diferentemente disso, porém, estende-se às pessoas do grupo familiar do titular tutelado, ainda que estas pessoas não tenham estabelecido com o Estado qualquer relação processual que torne legítimo o tratamento irrestrito de seus dados pelo Poder Público, sendo viável considerar a necessidade de manipulação limitada de tais informações pelo Estado.

Em dois processos analisados, por exemplo, foi possível visualizar o endereço atualizado completo das genitoras dos apenados, e, em três processos, o endereço completo de suas companheiras. A exposição de tais dados trata de atribuir vulnerabilidade e violar o direito à proteção de dados de pessoa alheia ao feito executório e que, aliás, sequer se encontra sob tutela do Estado.

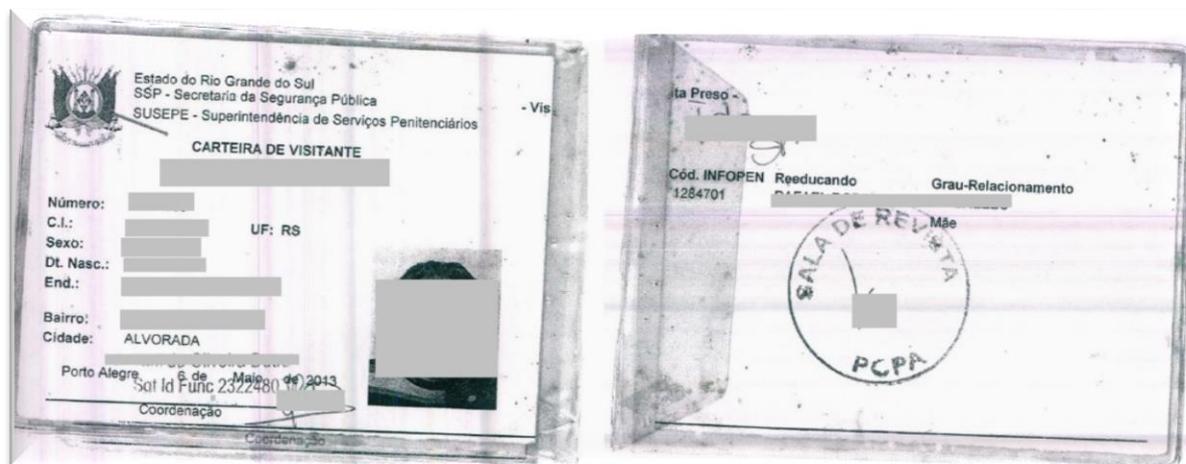
Estas pessoas (genitoras e companheiras, integrantes do grupo familiar dos apenados) forneceram seus dados pessoais com a finalidade específica de exercer outro direito: o direito de visitas ou de viabilizar a visita dos filhos menores de idade. Evidente que não cederam seus dados anuindo com qualquer hipótese de exposição, especialmente por intermédio de meios digitais. Quando extrapolada a finalidade prévia da concessão dos dados, passa-se à esfera da ilegitimidade do tratamento conferido aos dados pessoais.

Quanto aos dados do grupo familiar, ressalta-se que, para a realização de visitas – e, portanto, elaboração de uma carteira de visitação junto a casa prisional – ou, ainda, para instruir um pedido de autorização de visitas para filhos, irmãos ou sobrinhos menores de idade, os componentes do grupo familiar dos apenados trouxeram aos autos dos processos executórios dados pessoais, como nome completo, estado civil, endereço, cópia do Registro Civil (onde consta fotografia, impressão digital do dedo polegar e assinatura), cópia do CPF, certidão de nascimento de crianças e adolescentes menores de idade, declaração de união estável (entre apenado e companheira), título de eleitor, carteira de trabalho e carteira nacional de habilitação (na qual consta fotografia e assinatura).

Em 8 processos (15,68%) há cópia do Registro Civil das genitoras dos apenados; em 6 (11,76%) cópia do Registro Civil das companheiras e esposas e, em 3 (5,88%), cópia do Registro Civil das irmãs dos apenados, a demonstrar a exposição de seus nomes completos, fotografias, assinaturas e impressões digitais do dedo polegar.

Para efetivação do direito de visitas, a pessoa visitante deverá submeter-se à elaboração de carteira, na qual constam os seguintes dados pessoais: nome completo, registro civil, sexo, data de nascimento, endereço, assinatura, fotografia de rosto.

Figura 7 – Carteira de visitante emitida pela Susepe

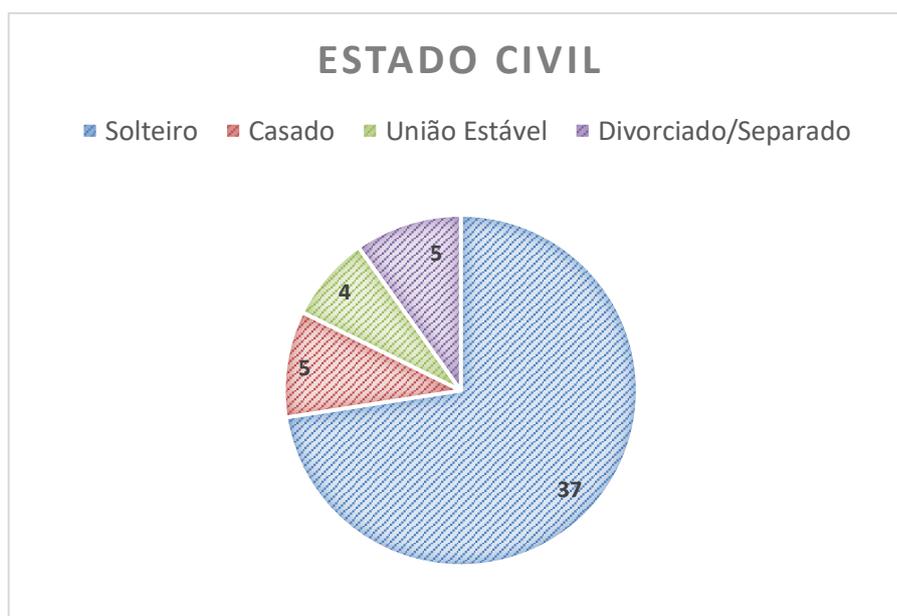


Fonte: Fls. 183/184 dos autos eletrônicos do Processo nº 0017627-61.2014.8.21.0003 (dados pessoais aqui suprimidos).

O que se busca apontar, entretanto, não é a especulação de que a inserção de cópia da carteira de visitantes no PEC seja indevida. Pelo contrário: por vezes, a própria defesa do apenado junta aos autos executórios informações de seu grupo familiar para, precisamente, buscar acesso a um direito que lhe assiste. O que se pretende, sim, é apontar para a viabilidade (e, quiçá, necessidade) de se atribuir restrição de acesso de terceiros aos documentos que compreendem tais dados pessoais no Sistema Eletrônico.

Além disso, quanto à exposição que não se limita à pessoa presa, mas atinge dados pessoais de componentes de seu grupo familiar, há presença de informações relativas ao estado civil dos apenados – dado contido em 100% dos PECs analisadas. Destes, concebe-se que 37 apenados são solteiros (72,54%), 5 casados (9,80%), 5 são separados ou divorciados (9,80%) e 4 estão em união estável (7,84%).

Gráfico 4 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos ao estado civil dos apenados



Fonte: Elaborado pela pesquisadora.

Sobre os dados pessoais relativos ao estado civil, é importante frisar que, a depender da localização da informação, a situação do estado civil decorre de informe oral do apenado, de modo que este, por desconhecimento da viabilidade de indicar situação de união estável, tenha se apresentado como pessoa solteira.

Afinal, em determinados processos verifica-se a seguinte contradição: há indicação, no inquérito policial ou na denúncia, de que o apenado se trata de pessoa solteira, enquanto, em verdade, recebe visitas de pessoa cadastrada na condição de “companheira” ou indicou para assistente social a sua condição de “casado” quando da elaboração de laudo social.

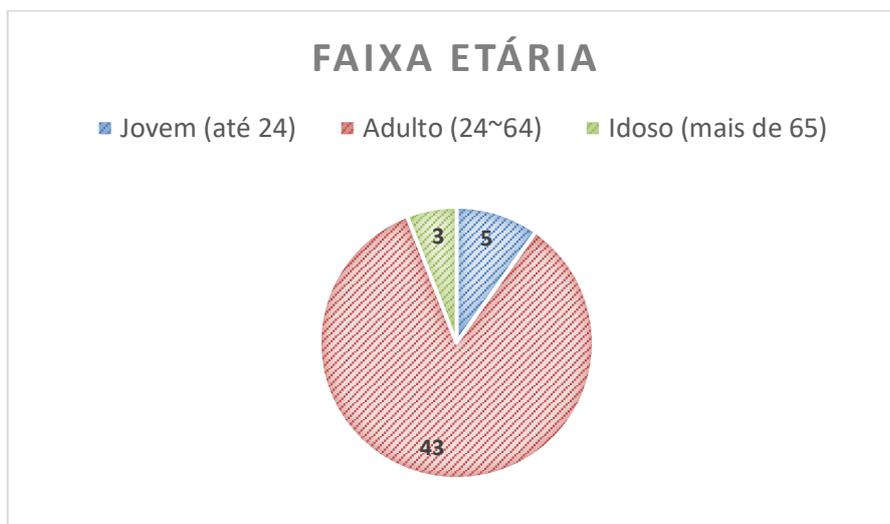
Veja-se, portanto, que determinados dados pessoais – como é o caso do estado civil dos apenados – pode compreender inexatidão: seja esta decorrente de equivocada declaração do apenado, seja resultante de desatualização.

Neste caso, pode-se pensar em mais um meio de violação ao direito à proteção de dados pessoais do titular, uma vez que a pessoa que cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado não pode exercer seu direito à solicitação de correção ou atualização dos dados dispostos em bancos de dados estatal – até porque as suas condições de acesso aos dados são limitadas ou (no caso de ausência de representação) inviabilizadas.

4.3.1.4 Data de nascimento (faixa etária) e nível de escolaridade

A totalidade dos PECs analisadas traz consigo a informação da data de nascimento do apenado, de modo a indicar não somente a faixa etária dos titulares de dados pessoais, mas também traçar um perfil que indique qual a idade que possuía quando praticado(s) o(s) ato(s) delitivo(s) que ensejou(aram) a sua prisão. Considerando-se somente a faixa etária atual dos apenados, é possível depreender-se que 43 são adultos (84,31%), 5 jovens (9,80%) e 3 são idosos (5,88%).

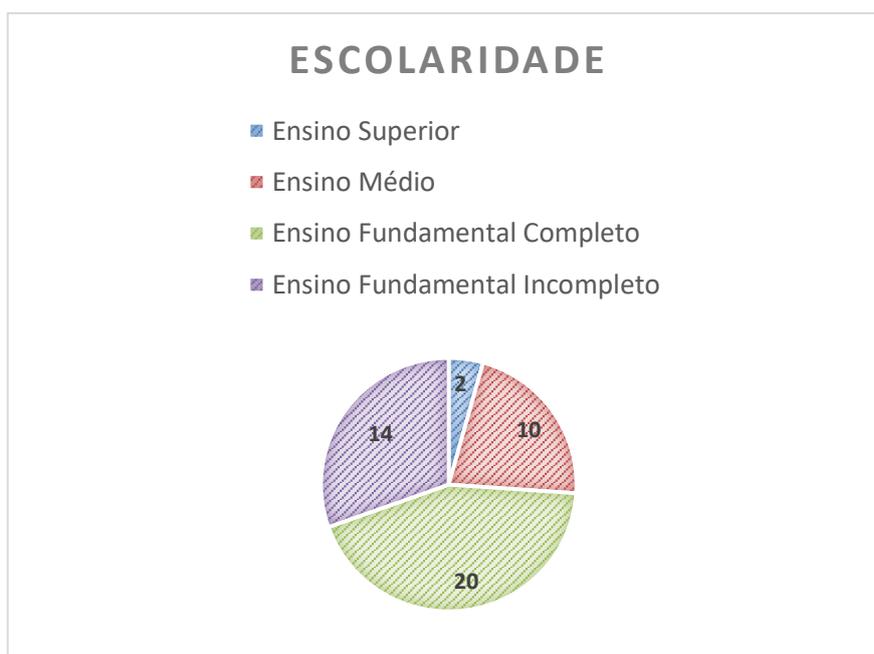
Gráfico 5 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à faixa etária dos apenados



Fonte: Elaborado pela pesquisadora.

Além disso, em 46 dos PECs analisadas (90,19%) foi possível acessar dados relativos ao grau de escolaridade dos apenados, tendo se indicado que 20 (43,47%) possuem Ensino Fundamental completo, 14 (30,43%) Ensino Fundamental incompleto, 10 (21,73%) Ensino Médio e 2 (4,34%) Ensino Superior.

Gráfico 6 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos ao nível de escolaridade dos apenados



Fonte: Elaborado pela pesquisadora.

Quanto aos dados relativos à escolaridade, alguns processos apresentaram a informação de que o apenado obteve certificado de conclusão de Ensino Fundamental e/ou Médio dentro da Educação para Jovens e Adultos (EJA) situada dentro da casa prisional, posto que alguns apenados optam por dar continuidade aos estudos como meio de remição da pena, acessando o benefício contido no artigo 126 da LEP⁸¹.

Neste caso, nos certificados de conclusão são expostos dados pessoais, como nome completo, registro civil, filiação, data de nascimento e naturalidade. Ainda, apresentam dados relativos não apenas ao grau de escolaridade obtido, mas também suas notas por disciplina – o que pode vir a viabilizar que se trace um perfil estudantil da pessoa titular dos dados.

⁸¹ A Lei de Execuções Criminais traz, em seu artigo 126, a seguinte redação (incluída em 2011, por meio da Lei nº 12.433): “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.

Figura 8 – Certificado de conclusão do Ensino Fundamental e Médio de apenado

CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL

Certifico, a requerimento da parte interessada, revendo os arquivos desta Divisão, que, [redacted] portador(a) do documento de identidade nº [redacted], filho de [redacted] nascido em [redacted] natural de [redacted] prestou EXAMES SUPLETIVOS DE EDUCAÇÃO BÁSICA, DE ENSINO FUNDAMENTAL, nos termos da LEI FEDERAL nº 9394/96, de 20 de dezembro de 1996, e da RESOLUÇÃO nº 250, de 10 de novembro de 1999, e do PARECER nº 774/99 do Conselho Estadual de Educação, havendo obtido aprovação, com a(s) nota(s) indicada(s) constante(s) abaixo:

| Disciplinas | Avaliação | Data | Resultado Final |
|--------------------|-----------|---------|-----------------|
| Língua Portuguesa | 6,5 | 01/2016 | APROVADO |
| Matemática | 6,0 | 02/2015 | APROVADO |
| Geografia | 5,5 | 02/2015 | APROVADO |
| Língua Estrangeira | 8,5 | 01/2016 | APROVADO |
| História | 7,5 | 02/2015 | APROVADO |
| Ciências | 6,5 | 01/2016 | APROVADO |
| Arte | 9,0 | 01/2016 | APROVADO |

CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO

Certifico, a requerimento da parte interessada, revendo os arquivos desta Divisão, que, [redacted] portador(a) do documento de identidade nº [redacted], filho de [redacted] nascido em [redacted] natural de [redacted] prestou EXAMES SUPLETIVOS DE EDUCAÇÃO BÁSICA, DE ENSINO MÉDIO, nos termos da LEI FEDERAL nº 9394/96, de 20 de dezembro de 1996, e da RESOLUÇÃO nº 250, de 10 de novembro de 1999, e do PARECER nº 774/99 do Conselho Estadual de Educação, havendo obtido aprovação, com a(s) nota(s) indicada(s) na(s) disciplina(s) constante(s) abaixo:

| Disciplinas | Avaliação | Data | Resultado Final |
|-------------------|-----------|---------|-----------------|
| Língua Portuguesa | 5,0 | 01/2017 | APROVADO |
| Literatura | 5,0 | 02/2016 | APROVADO |
| Física* | 473.2 | 2016 | APROVADO |
| L.E.M(INGLÊS) | 5,0 | 01/2017 | APROVADO |
| Matemática | 5,0 | 02/2017 | APROVADO |
| Filosofia* | 488.0 | 2016 | APROVADO |
| Sociologia* | 488.0 | 2016 | APROVADO |
| Geografia * | 488.0 | 2016 | APROVADO |
| Química* | 473.2 | 2016 | APROVADO |
| Biologia* | 473.2 | 2016 | APROVADO |
| História * | 488.0 | 2016 | APROVADO |
| Arte | 9,5 | 02/2016 | APROVADO |

* APV.ENEM 2016.

Fonte: Fls. 100 e 161 dos autos eletrônicos do processo nº 0010455-95.2015.8.21.0015 (dados pessoais aqui suprimidos).

Segundo Daniel, Maia e Silva (2020, p. 4), a disponibilidade de grandes quantidades de dados educacionais e a análise de um grande conjunto de dados, pode informar o desenvolvimento de modelos preditivos voltados a interesses de instituições educacionais, argumentando que as noções obtidas a partir de modelos preditivos “podem ser usadas para explorar as trajetórias de aprendizagem dos alunos de modo a facilitar o desenho de ambientes de aprendizagem adaptáveis de penalizados”.

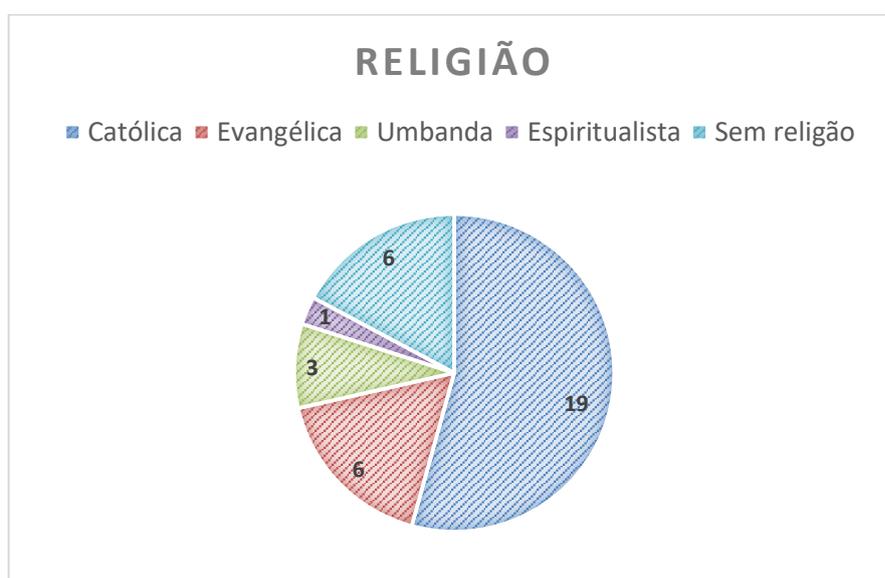
Desta informação depreende-se que a construção de um banco de dados que contenha, inclusive, catalogação de dados educacionais em patamar nacional, pode, ao menos potencialmente, servir à finalidade (desviante) de alimentar modelo educacional preditivo apto a atender demandas de instituições privadas.

Percebe-se, pois, que também os dados educacionais dos apenados poderiam (ou deveriam, desde uma perspectiva garantista) estar alocados na plataforma eletrônica em condições de restrição de acesso. Quanto ao seu armazenamento em banco de dados educacionais gerido pelo Poder Público, é realizado de forma estritamente vinculada à finalidade de garantir ao apenado o acesso ao benefício de remição, sem que haja desvio do uso destes dados para finalidades outras que não aquelas inerentes ao regular andamento do processo de execução criminal.

4.3.1.5 Informações de cunho religioso

Em 34 (66,66%) dos processos analisados foram identificados dados relativos à religião e crença pessoal dos apenados. Desta totalidade, 19 expressaram vínculo com o catolicismo (55,88%), 6 com a religião Evangélica (17,64%), 6 agnósticos (17,64%), 3 com a umbanda (8,82%) e 1 espiritualista (2,94%).

Gráfico 7 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à religião dos apenados



Fonte: Elaborado pela pesquisadora.

Os dados relativos à orientação religiosa dos titulares apenados, assim como os dados referentes à origem étnica e racial, à orientação sexual, a filiações político-partidárias, de acordo com a LGPD, são considerados sensíveis, demandando dos agentes de tratamento mais rigor de segurança quando da sua manipulação.

Os dados religiosos relativos a componentes do sistema prisional brasileiro, ademais, possuem a particularidade de representar alto valor de conflito social quando se percebe que, atualmente, se verifica, no espaço dos presídios, disputa entre igrejas⁸² para a promoção de assistência religiosa aos apenados, visando à prospecção de maior número de fiéis.

⁸² De acordo com o professor Roberto da Silva, o avanço do conservadorismo na sociedade reproduz-se, igualmente, nas prisões, o que ocasiona o desenvolvimento de uma disputa de igrejas dentro do ambiente carcerário, de modo que o proselitismo religioso passou a atuar como moeda de troca entre Administração e apenados, conforme veiculado na Rede Brasil Atual. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/revistas/2018/02/disputa-religiosa-nos-presidios-interessa-ao-sistema-e-nao-aos-detentos-diz-especialista/>. Acesso em: 2 nov. 2021.

Em se considerando, assim, a possibilidade de atribuição de valor aos dados religiosos para além da sensibilidade e da inerente vinculação com a liberdade de crença, especialmente da população carcerária, é que estes dados demandam proteção específica. No caso, no entanto, dos processos executórios analisados, tais dados estão em situação de visualização por terceiros, o que indica a (potencial) posição de tratamento ilegítimo por parte do Estado – ainda porque não se justifica, de pronto, a finalidade da manutenção deste dado nos PECs para a regular tramitação do processo, sendo possível caracterizá-lo como um dado excessivo, dispensável para o cumprimento da finalidade desejada.

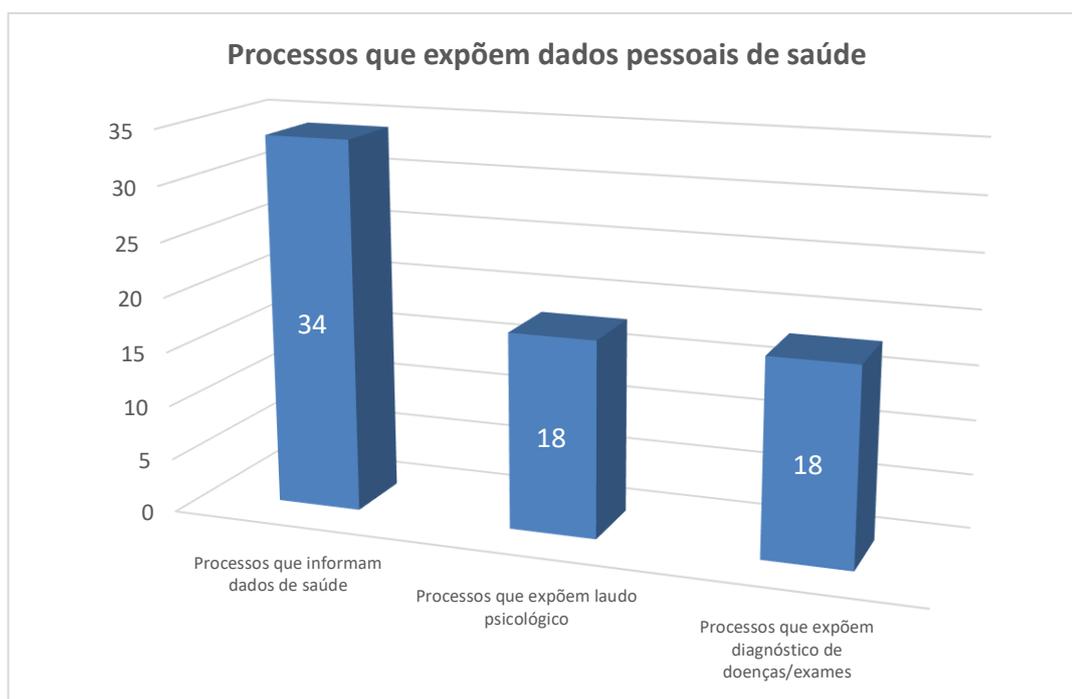
4.3.1.6 Dados de saúde: diagnósticos, exames e laudos médicos

São tratados pelo Estado, também, dados de saúde dos apenados, a partir dos quais verifica-se que, apesar do alto nível de sensibilidade que determinados dados apresentam, estes não estão em situação de limitação de acesso, isto é, o acesso a estes dados não é garantido, de forma exclusiva, às partes do processo, tais como o Ministério Público Estadual e a defesa, além de possíveis interessados habilitados nos autos eletrônicos.

Trata-se, portanto, de exposição de dados pessoais que adentram as condições físicas de saúde da pessoa presa e que não mais se restringe à finalidade específica de garantir o acesso do apenado a benefício processual determinado, mas é acessível a pessoas alheias ao processo executório.

Dos 51 PECs analisados, 34 (66,66%) apresentam dados de saúde em situação de tratamento e de exposição, 18 (35,29%) comportam diagnósticos de doenças e/ou exames médicos e 18 (35,29%) são instruídos com laudo de cunho psicológico e/ou psiquiátrico – relativos, portanto, à saúde mental do apenado. Veja-se informações no Gráfico 8 a seguir.

Gráfico 8 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos à informações de saúde do titular



Fonte: Elaborado pela pesquisadora

Dentre os exames que compõem os processos analisados, logrou-se a presença de: exame de contagem de linfócitos (TCD4+/CD8+); exame de carga viral de HIV-1; exames e avaliações oftalmológicas; hemograma e exame TCO e TGP; ecografia de próstata via abdominal e laudos médicos de urologia; raio-X do tórax; além de relatórios cirúrgicos.

Foi possível averiguar, dentre os laudos de diagnósticos de doenças que compõem os processos analisados, que alguns apenas se encontram sob o diagnóstico das seguintes doenças: HIV, hepatite tipo-C, tuberculose, bronquite, diabetes, hipertensão arterial (simples e sistêmica), rinopatia diabética profilática, dislipidemia mista, insuficiência cardíaca, infecção respiratória e enteroinfecção decorrentes da presença de vírus HIV, epilepsia, depressão, síndrome do pânico, tabagismo, deficiência visual, lesão na região cervical, além de ferimentos decorrentes de disparo de arma de fogo e necessidade de amputação de membro inferior.

Em relação aos documentos médicos, ainda se pôde visualizar atestado de médico cardiologista; laudo de psiquiatria indicando histórico de depressão e relatando a ingestão de sibutramina (medicamento controlado); relatório e indicação de presença de vírus HIV; informações relativas a internações hospitalares; e cartão de controle de dosagem de medicamentos.

Quanto aos quadros de infecção pelo novo coronavírus, isto é, infecção respiratória aguda causada pelo Sars-CoV-2, há dados expostos em três processos⁸³: informação de que o apenado contraiu o vírus; laudo médico indicando resultado negativo no teste de Covid-19; e cópia de teste de Covid-19 apresentando resultado reagente/positivo.

Já os laudos psicológicos e psiquiátricos, por vezes, apresentam informações pessoais que indicam a presença de dependência química, histórico de vulnerabilidades de ordem mental precedentes e sofrimento psíquico, posto que tais documentos têm o condão de expor situações relativas não somente ao estado de saúde mental do apenado ao tempo da realização da avaliação e do cumprimento da pena, mas também apresentar um aprofundado histórico de sua condição psicológica por todo o período de sua vida.

No que diz respeito aos dados pessoais relativos à saúde dos titulares, uma aproximação com a teoria garantista leva a crer que, atualmente, tanto o tratamento conferido aos dados quanto à exposição praticada pelo ente estatal, configuram uma violação ao direito fundamental à proteção de dados e uma indevida manipulação dos dados pessoais enquanto bens fundamentais personalíssimos.

Isso porque é possível pensar que a finalidade do tratamento destes dados extrapola-se quando o Estado, em um (possível) exercício arbitrário do seu poder, permite o acesso de terceiros a dados pessoais sensíveis que, sobretudo os vinculados à saúde, são essencialmente ligados à noção de intimidade e privacidade das pessoas titulares. A sua exposição indevida, aliás, tem o condão de viabilizar que, a depender do uso adotado, sejam os titulares dos dados expostos à situações de discriminação em seu círculo social, profissional ou familiar.

Os dados pessoais sensíveis que consistem em diagnósticos, exames e laudos médicos constantes nos PECs, cumprem um papel essencial dentro do trâmite do processo executório de pena, muitas vezes instruindo requerimentos de defesa para a busca de garantias que assistem o próprio apenado (titular). Por esta motivação, o que se depreende desta análise não é a necessidade de exclusão dos dados da plataforma eletrônica, tampouco de cessação de seu tratamento pelo Estado, mas, precisamente, a viabilidade de se promover a limitação de

⁸³ Veja-se que os apenados possuem suas informações relativas ao contágio do coronavírus expostas a terceiros alheios ao processo em trâmite, enquanto, por outro lado, a outros titulares garante-se o sigilo das mesmas informações de saúde. A este respeito, cumpre expor que, no ano de 2020, durante a crise sanitária provocada pela Covid-19 no país, a Secretaria Especial de Comunicação Social da Secretaria de Governo da Presidência da República do Brasil (Secom) atribuiu sigilo às informações relativas ao teste realizado pelo presidente da República, negando o pedido de apresentação da informação formulado pelo canal de imprensa Uol, que foi realizado com base na LAI. A negativa apresentada pela Secom compreende a justificativa de que “as informações individualizadas sobre o assunto dizem respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas”, como publicado no portal “Congresso em Foco”, em 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/presidencia-decreta-sigilo-e-nao-divulga-testes-de-bolsonaro-para-covid-19/>. Acesso em: 2 nov. 2021.

acesso que se dá a estes dados e, mais que isso, a limitação do tratamento para os fins a que se destinam.

Conforme Schaefer (2012, p. 9), na Sociedade da Informação os dados médicos possuem valor elevado, não apenas em razão de interesses político-estatais e de influentes laboratórios farmacêuticos, mas, também, porque passam a ser cobiçados pelas empresas informáticas, pela indústria alimentícia, pelo setor agropecuário e por seguradoras. Diante deste comportamento do mercado ante os dados pessoais de saúde, é que o papel central da informação (seja ela tratada pelo Estado, seja manipulada pelo setor privado) encontra o seu ponto de equilíbrio na confidencialidade.

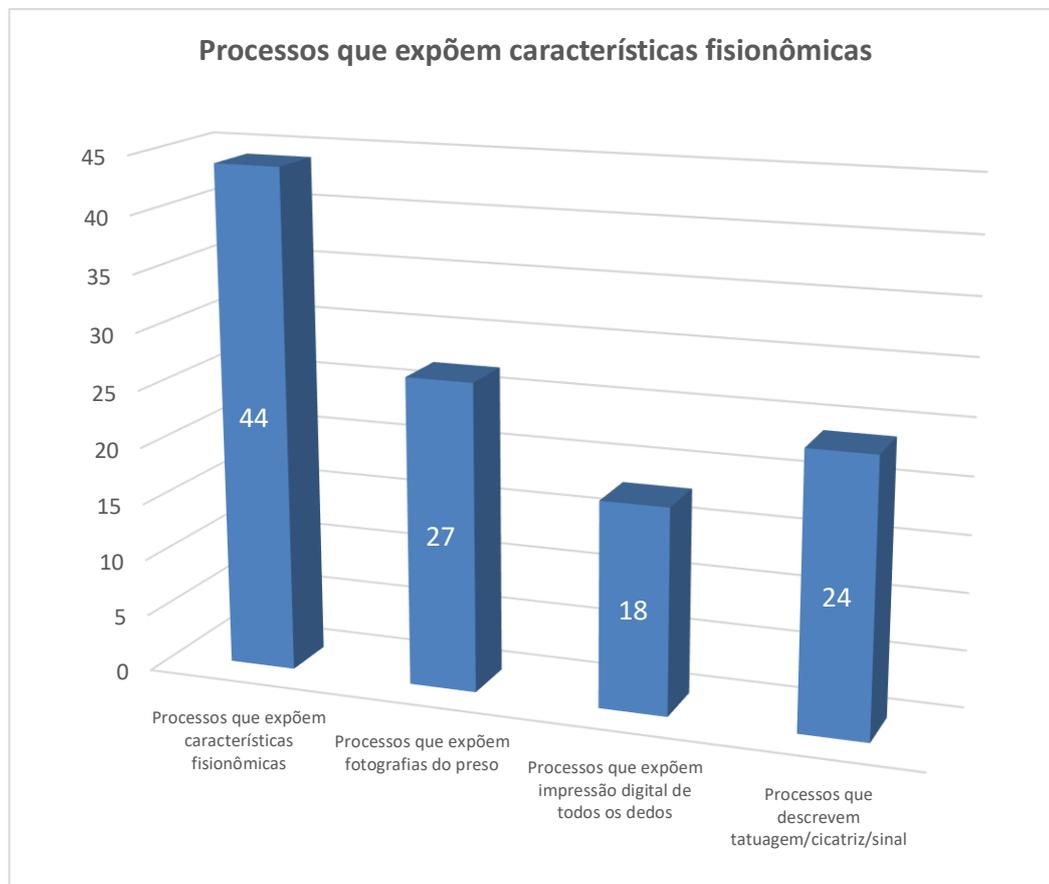
Nesse sentido, como observam Sarlet e Molinaro (2020, p. 4), os dados relacionados à saúde, associados a uma pessoa específica, são particularmente sensíveis, principalmente porque viabilizam a criação de uma espécie de “radiografia” de uma área muito íntima. É por esta razão que se espera, especialmente do Estado – enquanto responsável por garantir os direitos fundamentais, sobretudo de seus tutelados –, maior preocupação com a salvaguarda da privacidade e da proteção dos dados pessoais sensíveis de saúde.

Ademais, se é verdade que, como apontam Aragão e Schiocchet (2020, p. 10), “a questão da confidencialidade e do sigilo dos dados é um dos princípios basilares da ética em saúde”, também é possível considerar que um ético e legítimo tratamento de dados de saúde conferido pelo Estado aos dados de seus tutelados, perpassa, necessariamente, pelas noções de limitação de acesso que garantam efetivo sigilo às informações excessivas, que não cumpram a estrita finalidade de promover o regular curso do processo executório no caso dos apenados.

4.3.1.7 Dados fisionômicos e estéticos: da descrição física à impressão digital

Quanto aos dados pessoais compostos por características fisionômicas em tratamento pelo Estado, o nível de detalhamento também não se mostra reduzido. Dos 51 processos analisados, 44 (86,27%) apresentam informações relativas à fisionomia dos apenados; 27 (52,94%) expõem fotografias do preso; 18 (35,29%) contêm impressão digital de todos os dedos do titular; e 24 (47,05%) descrevem, detalhadamente, tatuagens, cicatrizes e sinais dos apenados.

Gráfico 9 – Levantamento dos dados pessoais contidos nos PECs relativos às características fisionômicas dos apenados



Fonte: Elaborado pela pesquisadora.

Neste sentido, indica-se que os dados fisionômicos apresentados em 44 processos consistem em: cor da pele, altura, cor do cabelo, cor dos olhos, cor da sobrancelha, formato e cor da barba e formato e cor do bigode. Há detalhamento da posição, cor, formato e desenho das tatuagens, bem como data de verificação; posição, tamanho e descrição de cicatrizes; e posição, tamanho e descrição de sinais, sejam de nascença ou não.

Em um número relevante de processos (18) há presença de duas fotografias (frente e perfil) e impressão digital de todos os dedos da pessoa apenada, em regra, contidos no Relatório de Informações Gerais do Preso elaborado pela Superintendência dos Serviços Penitenciários.

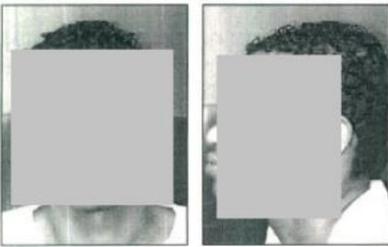
A impressão digital trata-se do dado pessoal de maior sensibilidade constante em todos os processos analisados, e seu compartilhamento – sobretudo, entre órgãos do Estado – condiciona o titular do dado a uma esfera mais alargada e precisa de identificação por terceiros. É possível compreender que a exposição dada a estes dados consiste em um estado

de violação do direito à proteção de dados e de disposição de um bem fundamental personalíssimo que, em essência, é indisponível sob a perspectiva garantista.

O acesso de terceiros a tais dados, então, representa um risco concreto de uso ilegítimo para finalidades outras que não a garantia de uma regular tramitação do processo de execução criminal.

Aliás, a córnea e a digital consistem, evidentemente, em exemplos precisos de *bens fundamentais personalíssimos*, razão pela qual o espelhamento da córnea e a impressão digital demandam a existência de garantias de proteção à manipulação indevida por agentes de tratamento ainda mais específicas e fortes. Ambos, aliás, encontram-se em situação de tratamento pelo Estado e exposição nos PECs – por meio de exames oftalmológicos e de coleta e apresentação das impressões digitais. São assim dispostos os Relatórios (Figura 9).

Figura 9 – “Ficha do detento” emitida pela Susepe

| SUPERINTENDÊNCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS | | Pág. 1 | | |
|--|-------------------------------|---|----------------------------|----------------------------|
| FICHA DO DETENTO | | CÓDIGO: 1486935 INFOPEN: 001029296 | | |
| PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE | | Vulgo: SECO | | |
|  | | Situação em: 13/8/2009 RECOLHIDO Última entrada/motivo: 24/11/2008 - ENTRADA POR CAPTURA - CONDENACAO/PENA | | |
| Pai: [redacted] Mãe: [redacted] Nascido em: [redacted] Nacionalidade: BRASILEIRO NATO M ^o início: [redacted] País: [redacted] UF: RS Sexo: [redacted] Estado civil: [redacted] Profissão: [redacted] Grau instrução: [redacted] Religião: [redacted] Nº filhos: [redacted] Doc. identidade nº: [redacted] Doc. Ident. IGP: [redacted] | | | | |
| Mão direita | | | | |
| | | | | |
| Polegar Presilha Externa | Indicador Presilha Externa | Médio Presilha Interna | Anular Presilha Externa | Mínimo Presilha Externa |
| Mão esquerda | | | | |
| | | | | |
| Polegar Verticilo | Indicador Presilha Interna | Médio Presilha Interna | Anular Presilha Interna | Mínimo Verticilo |

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projud, do TJ/RS
 Validação desde em <https://seuimplantacao.pe.jus.br/seu/> - Identificador: P_JVRG_WX-HM4_ZF-EG_WJ59K

Fonte: Fl. 599 dos autos eletrônicos do processo nº 5611699-47.2010.8.21.1001 (dados pessoais aqui suprimidos).

Observa-se que o Relatório supra coloca à disposição do usuário do sistema eletrônico um rol de dados pessoais que poderia, a fim de promover a proteção do perfil e da identificação do titular, ser restrito às partes processuais. Especifica-se que, quando se diz “poderia”, refere-se às condições normativas e, também, operacionais de se promover a limitação de acesso aos dados pessoais dos titulares apenados tutelados pelo Estado.

Tal providência (a instrumentalização da limitação de acesso) consistiria, em uma perspectiva garantista, em um fundamental meio de garantia à proteção dos dados pessoais do titular.

Não se deixa de considerar, por fim, que a mera limitação de acesso a terceiros de determinados dados sensíveis não tem o condão de garantir que todos os demais meios de manipulação de dados, conferidos pelo Poder Público aos demais dados pessoais constantes nos PECs, ocorrerão de forma legítima e protetionista. Entende-se, todavia, que a construção de garantias de proteção aos dados pessoais nesta esfera perpassa, em primeiro lugar, pela restrição de acesso aos dados, limitando-se o tratamento às partes e aos agentes de tratamento que, efetivamente, precisam tratá-los para garantir que cumpram a finalidade específica e previamente determinada.

4.3.2 Manipulação e exposição de dados pessoais tratados pelo Poder Público: do nome completo aos dados genéticos

Dos dados pessoais consultados e identificados junto aos 51 processos executórios analisados, extraem-se três observações importantes, a seguir dispostas.

A primeira, como já aduzido anteriormente, diz respeito ao fato de que os dados pessoais situados em ambiente eletrônico, junto ao SEEU, encontram-se em situação de exposição *intermediária*; a segunda, é a de que o Estado, atualmente, tem conferido tratamento a um rol bastante amplo de dados pessoais de apenados, contidos em uma plataforma eletrônica unificada, de forma a compreender dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados pessoais, inclusive, do grupo familiar do apenado; já a observação fatal, por fim, consiste na hipótese de existência de um *deficit* de garantias que promova a efetividade do direito à proteção de dados pessoais que assiste, também, os apenados.

Como exposto na abertura deste tópico que encerra o capítulo, até o presente momento este grupo de titulares de dados, isto é, os apenados que figuram no polo passivo de ações de execução criminal, não têm acesso a suficientes garantias ao direito fundamental à

proteção de dados pessoais. Estão, de maneira categórica e expressa, excluídos do rol de titulares englobados pelo escopo da LGPD e, para além disso, permanecem sem previsão de garantias específicas no escopo do anteprojeto da “LGPD penal”, ainda em construção.

Neste cenário, é possível argumentar que os apenados em situação de cumprimento de pena estão sob tutela penal do Estado e, ao mesmo tempo, é o mesmo Estado quem detém a responsabilidade de promover o saneamento da situação deficitária relativa à elaboração de garantias que promovam a efetividade do direito à proteção de dados pessoais vinculados a estas pessoas.

Em sentido contrário, entretanto, o que se verifica concretamente, em termos de manipulação de dados pelo Estado, atualmente, é que este tem atuado de forma a promover o tratamento de dados pessoais sem provocar – como no caso dos dados de apenados – ações que garantam, por exemplo, a limitação de acesso de terceiros, a restrição de visualização de dados sensíveis em plataforma eletrônica e, por fim, a coleta e a manutenção do tratamento somente daqueles dados estritamente necessários ao cumprimento da finalidade destinada e previamente estabelecida.

Ademais, percebe-se que o tratamento conferido aos dados pelo Poder Público ocorre em sentido de interoperabilidade indiscriminada de informações entre órgãos públicos, como abordado no capítulo “3” da presente dissertação.

Além do tratamento conferido de modo interoperável pelo Estado, é importante considerar a forma como são tratados os dados genéticos. Afinal, a LGPD exclui de sua abrangência de aplicação, também, o tratamento praticado pelo Poder Público aos dados pessoais sensíveis genéticos e biométricos, quando estes são trabalhados para fins de segurança pública ou persecução penal – apesar de ser evidente que é o Estado, justamente para as finalidades excluídas do âmbito de aplicação da LGPD, quem majoritariamente promove o tratamento de dados desta natureza.

Há quase uma década o Estado brasileiro faz uso de uma tecnologia de identificação de pessoas por meio do DNA com a finalidade específica de contribuição para investigações criminais. O procedimento de identificação ocorre devido à existência de Bancos de Perfis Genéticos para fins de Investigação Criminal – BPGIC⁸⁴ (LOUZADA, 2019, p. 91). De acordo com Louzada (2019, p. 91-94), os BPGICs consistem em bancos de dados que

⁸⁴ De acordo com Louzada (2019, p. 91-94), os BPGICs consistem em bancos de dados que armazenam perfis genéticos, posto que por “perfil genético” se entende o padrão que existe no DNA de cada indivíduo, capaz de se repetir somente entre gêmeos monozigóticos. Assim, a identificação de uma pessoa pode ser realizada por meio do seu padrão de DNA ao invés da consulta de seus documentos de RG, CPF ou de biometria facial ou das mãos.

armazenam⁸⁵ perfis genéticos, posto que por “perfil genético” se entende o padrão que existe no DNA de cada indivíduo, capaz de se repetir somente entre gêmeos monozigóticos. Assim, a identificação de uma pessoa pode ser realizada mediante seu padrão de DNA ao invés da consulta de seus documentos de RG, CPF ou de biometria facial ou das mãos.

Não obstante a LGPD traga, em seu artigo 5º, inciso II (BRASIL, 2018a), a indicação de dados genéticos e biométricos como parte do conceito de dado pessoal sensível, é importante ressaltar que a lei geral não faz qualquer menção específica à proteção de bancos de perfis genéticos. Além disso, considerando que o armazenamento de informações genéticas nestes bancos de dados ocorre, precisamente, de forma a viabilizar o tratamento de dados vinculado a atividades de persecução criminal, sobre ele não recaem as regras contidas na LGPD, que, como se viu, exclui essa hipótese de tratamento de seu âmbito de abrangência.

Deste modo, compreende-se que os bancos de perfis genéticos seguem sob a frágil proteção conferida pela Lei nº 12.654/2012, que, por intermédio de seus quatro dispositivos, altera a Lei de Identificação Criminal – Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 – para permitir que a identificação pessoal se dê mediante o DNA quando o juiz assim entender essencial para as investigações⁸⁶, e alterar a Lei de Execução Penal para permitir este meio de identificação quando houver condenação por crimes hediondos ou crimes dolosos com violência ou de natureza grave contra pessoa.

Quanto à hipótese de tratamento de dados contidos em banco de perfis genéticos a partir de decisão discricionária do Poder Judiciário – e, neste ponto, declara-se discricionária ante a inexistência de regras claras aptas à aferição padronizada e regulamentada de essencialidade deste meio de identificação –, demonstra-se a possibilidade de ocorrência de exercício de tratamento de dados de maneira ilegítima, isto é, de exercício arbitrário e irrestrito do poder do Estado, que deve ser limitado por meio de garantias de *não lesão*. Isso, sobretudo, porquanto o dado pessoal sensível é, essencialmente, caracterizado como indisponível ante a sua condição de *bem fundamental personalíssimo*.

⁸⁵ Como exposto no XIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG, 2020, p. 18), emitido pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos – CG-RIBPG 2020-2021, que apresenta dados estatísticos e resultados referentes ao período compreendido entre maio de 2020 e novembro de 2020, o Banco Nacional de Perfis Genéticos conta com 22 laboratórios e já realizou a coleta e a inserção de mais de 69 mil perfis de todo o Brasil. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/01/xiii-relatorioredeintegradadebancosdeperfisgeneticosnovembro2020_290120212555.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

⁸⁶ Conforme redação atualizada da Lei nº 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, a identificação poderá ocorrer mediante dados genéticos quando, conforme artigo 3º, inciso IV, “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa” (BRASIL, 2009).

Ainda sobre o quão deficitárias são as garantias de proteção dos dados genéticos, cumpre lembrar que nem na LGPD, tampouco na legislação dos bancos de perfis genéticos, há previsão de meios específicos voltados à proteção de dados desta natureza, inexistindo regras relativas aos meios e à limitação de acesso a estes bancos, muito menos previsão de métodos adequados para descarte do material quando cessada a necessidade de sua manutenção no banco – sendo certo que o tratamento conferido aos dados genéticos não pode ocorrer *ad aeternum*, mas, tão somente, pelo prazo prescricional legal do crime investigado⁸⁷.

Percebe-se, pois, de forma geral, que, embora o Estado promova a manipulação de informações pessoais dos cidadãos sob justificativa de melhor oferecer políticas públicas em âmbito federal, conforme rol de considerações contido no supramencionado Decreto nº 10.046/2019, o tratamento que confere aos dados, inclusive, sensíveis, pode ocorrer de modo a violar direitos fundamentais inerentes à proteção de dados pessoais, à privacidade e à autodeterminação informativa, por exemplo, de pessoas em situação de cumprimento de pena.

Considera-se, no entanto, que a exposição de dados pode se dar para cumprimento de atividades outras que não aquelas previamente pensadas – como a viabilização do trâmite do processo de execução da pena –, sem que haja previsão da extensão do tratamento conferido aos dados, sem dar transparência a quais dados serão manipulados e sem garantir o acesso direto aos dados pelo titular.

Em relação ao objeto da pesquisa empírica desenvolvida, pode-se chegar a tais considerações. Não obstante o Estado manipule dados pessoais dos apenados no SEEU, visando, essencialmente, a contribuir para a resolução do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, objetivando acompanhar, de maneira mais efetiva, a aplicação das regras e benefícios constantes na LEP, não pode, sob esta justificativa, atuar de modo que o direito fundamental à proteção de dados dos apenados seja violado.

Esta violação ocorre, então, quando os dados pessoais são manipulados de forma a expor, em qualquer âmbito, informações que permitam a identificação da pessoa (titular); quando não há transparência em relação aos níveis de compartilhamento da base de dados e não há segurança de que esta base não seja compartilhada com outros órgãos do governo, em promoção de uma interoperabilidade irrestrita por parte do Estado; e quando ao titular não são proporcionadas garantias suficientes à efetivação de acesso aos seus direitos vinculados à privacidade, à autodeterminação da informação e à proteção de dados pessoais.

⁸⁷ Assim, o artigo 2º, da Lei nº 12.654/2012, traz: “Art. 2º A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: (...) Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito” (BRASIL, 2012). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta parte final, destinada a apresentar os resultados da pesquisa, sintetiza, objetivamente, os principais pontos tratados nesta dissertação e trata de dispor ao leitor uma breve revisão da crítica realizada, identificando os principais pontos de discussão traçados ao longo dos capítulos, expondo as contribuições que as análises podem trazer sobre a temática aqui abordada – tanto nos campos teórico e dogmático quanto na prática das atividades de tratamento de dados pessoais executadas pelo Poder Público, a demonstrar, de pronto, o (potencial) impacto dos resultados obtidos na prática jurídica e na atuação ativa, em sociedade, dos titulares de dados pessoais.

Mediante este estudo, como apresentado, de imediato, na introdução desta dissertação e na parte inicial de cada capítulo desenvolvido, buscou-se realizar uma leitura desde a perspectiva do constitucionalismo garantista acerca da disciplina da proteção de dados pessoais e sua disposição dentro de um possível sistema de direitos e garantias, tomando-se os dados pessoais como *bens fundamentais personalíssimos*.

A partir disso, as indagações, inicialmente propostas, consistiram, em seu cerne, em um meio de verificar se o (tão falado atualmente) direito fundamental à proteção de dados pessoais pode, na falta de garantias fortes, ser abordado e aplicado como *lei do mais fraco*. Em vista desta construção hipotética principal, que compreende, aliás, o título da dissertação, estabeleceu-se um conjunto de questionamentos norteadores da pesquisa.

As perguntas que orientaram o desenvolvimento dos capítulos, todas entrelaçadas entre si, consistiram em compreender se, atualmente, no Brasil, existe ou não um *deficit* de garantias aptas a efetivar o direito fundamental à proteção de dados a todas as pessoas, inclusive àquelas sob tutela penal do Estado. Ainda, buscou-se avaliar se os dados pessoais, enquanto *bens fundamentais* indisponíveis, estão devidamente protegidos por intermédio de garantias fortes. Por fim, observou-se se o tratamento de dados, conferido pelo Estado aos dados pessoais de apenados, é legítimo ou se pendente de limitação apta a impedir o desenvolvimento de um poder selvagem, de um ilegítimo tratamento de dados e de uma exposição indevida.

Retomado, portanto, o teor do conjunto de questionamentos norteadores da pesquisa, importa que se proceda, então, a apresentação das respostas obtidas ao longo da análise desenvolvida nesta dissertação, o que se faz ao informar se as hipóteses, inicialmente fixadas, foram ou não confirmadas.

A primeira hipótese apresentada nesta pesquisa compreendia a ideia de que, atualmente, se está diante de um *deficit* de garantias ao direito fundamental primário

(subjetivo) à proteção de dados pessoais e, como se denota da intersecção dos capítulos “2” e “3”, esta foi confirmada ao longo da pesquisa.

Ao realizar-se uma análise do desenvolvimento da disciplina da proteção de dados no Brasil, compreendendo como ocorreu a evolução do direito à privacidade até a solidificação das noções de proteção de dados, verificou-se que, historicamente, esteve-se, sempre, diante de previsões normativas sobre o tema que não vinham acompanhadas de garantias fortes, fossem elas primárias ou secundárias.

O mesmo observou-se, aliás, quando da análise das disposições da Lei Geral de Proteção de Dados, que, consistindo, sim, em uma demonstração inegável de avanço nacional sobre a disciplina, não compreende um rol de garantias primárias e secundárias fortes, amplas e específicas o suficiente para que se afirme, com indubitabilidade, que todas as pessoas titulares de dados do Brasil estão assistidas por um sistema de direitos e garantias efetivamente forte e capaz de assegurar a indisponibilidade de seus dados pessoais enquanto bens fundamentais personalíssimos, objetos do direito fundamental primário à proteção de dados pessoais, conforme as conceituações teóricas trazidas no capítulo “2”.

Afinal, como observado ao longo do capítulo “3”, a LGPD manteve excluídas do seu escopo de aplicação uma série de atividades de tratamento de dados que compreende uma quantidade relevante de grupos de titulares, dentre os quais as pessoas em situação de cumprimento de pena e que, em virtude da tramitação de processos de execução criminal, nos quais figuram no polo passivo, possuem dados pessoais tratados pelo Estado em uma plataforma eletrônica na qual tramitam as ações de execução penal no Brasil.

Estas pessoas, atualmente, estão em situação de *deficit* de garantias fortes que lhes assistam no que diz respeito à proteção de dados pessoais, primeiramente porque fora do escopo da LGPD e, ademais, porque aguardam a elaboração de lei específica que aborde as atividades de tratamento realizadas pelo Poder Público, portanto, para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais – nesta última incluídas as atividades para fins de persecução e execução penal.

Denota-se, portanto, que uma das primeiras aferições resultantes da análise do desenvolvimento da proteção de dados no Brasil foi a constatação de um histórico e de uma realidade atual de garantias fracas vinculadas a este direito. Depreende-se disso que a solidificação desta matéria, em âmbito nacional, ainda está em construção, mesmo que vigente uma lei “geral” de proteção de dados, porque, apesar de suas previsões e garantias positivadas, ainda existem *indevidas lacunas* de garantias que lhe promovam a ampla proteção de todas as pessoas titulares de dados no país. Nesse contexto, visualiza-se a

existência, tão somente, de mera expectativa de efetivação do direito de determinados titulares de dados que aguardam a criação de lei específica, sobre os quais recaem, até o momento, somente garantias fracas.

Além disso, averiguou-se que, ainda que exista uma lei específica em situação de elaboração – isto é, o anteprojeto da chamada “LGPD Penal” –, que visa a assistir a estes titulares que não dispõem, no momento, de garantias fortes, persistirá a situação de ausência de garantias específicas voltadas às pessoas que cumprem pena criminal. Afinal, o anteprojeto realizado não compreende menções específicas a estes titulares que, ante a limitação de locomoção e de acesso a meios eletrônicos e digitais, não poderão exercer amplamente determinados direitos de acesso, alteração e complementação de dados pessoais.

Percebe-se, pois, que ainda existem titulares de dados no Brasil que não possuem elaboradas em favor de si as garantias efetivamente fortes que lhes garantam o atendimento de suas expectativas de *não lesão* em relação aos seus dados pessoais, sendo bastante razoável mencionar que uma modalidade de *lesão* passível de citação é a realização ou facilitação da exposição indevida de dados destas pessoas em plataformas eletrônicas.

Do panorama nacional atual da disciplina da proteção de dados pessoais depreende-se, portanto, a ausência de garantias fortes e específicas que protejam, amplamente, os dados pessoais de todos os titulares brasileiros, apontando-se para a existência, no caso das atividades excluídas pela LGPD, de garantias fracas, porquanto genéricas e excludentes.

Levando-se em consideração que as garantias vinculadas a direitos e bens fundamentais têm por objetivo precípuo, na leitura garantista, promover a limitação do poder arbitrário – no caso dos dados pessoais, do poder arbitrário exercido pelo agente de tratamento dos dados –, pode-se considerar que a ausência de garantias (e, assim, a ausência de tais limitações ao poder irrestrito) ocasiona o desenvolvimento de um poder, pelo menos potencialmente, selvagem; no caso desta pesquisa, de um poder selvagem exercido pelo Estado enquanto agente de tratamento dos dados pessoais de seus tutelados.

Durante a testagem desta primeira hipótese percebeu-se que a adoção da teoria do constitucionalismo garantista, como paradigma para a análise do tema, foi de um todo adequada, pois viabilizou a realização da crítica sobre os efeitos e os meios de cessação de um exercício arbitrário e ilimitado de poderes, especialmente quando estes se convertem em *poderes selvagens* que atuam sobre os bens indisponíveis que aspiram por especial proteção dentro do sistema de direitos e garantias. Isso ocorre, afinal, porque é por meio de uma perspectiva de reconhecimento de limites e vínculos aos poderes da maioria, do Estado e do mercado, na forma de normas constitucionais rigidamente supraordenadas a eles, que se pode pensar em meios de freá-los.

Dessa forma, como discutido no capítulo “2”, em se adotando esta concepção que determina o garantismo como modelo normativo de direito caracterizado, no campo epistemológico, como um sistema de *poder mínimo*, tem-se, na imposição de limites aos poderes dos agentes de tratamento de dados pessoais (como é o caso do Estado), um meio de, igualmente, minimizar a violência contra os titulares de dados e maximizar a sua própria liberdade (inclusive de gestão quanto aos seus próprios dados pessoais).

Conclui-se, assim, ser imprescindível a elaboração de garantias fortes aptas a proteger os dados pessoais; entretanto, na sua ausência, mostrou-se adequado – e, quiçá, imprescindível – tomar-se o próprio direito à proteção de dados pessoais, já reconhecido no Brasil como a *lei do mais fraco*, de forma que, ainda que exista um *deficit* de garantias fortes e específicas a este direito, na presença de meras garantias fracas, limite-se o poder do agente de tratamento de dados e, então, se cerceie o exercício de um poder selvagem.

A segunda hipótese, previamente estabelecida nesta pesquisa, compreendia o prognóstico de que a insuficiência de garantias aptas a salvaguardar os dados pessoais enquanto bens fundamentais personalíssimos, coloca-os sob o risco de conversão em bens patrimoniais, porquanto na condição de bens indisponíveis, que não poderiam estar sendo manipulados na ausência de garantias fortes capazes de inviabilizar sua disponibilização no mercado ou ante o Estado.

Esta segunda hipótese, igualmente, restou confirmada ao longo da pesquisa, como depreende-se das reflexões realizadas nos capítulos “2” e “3”. Partindo-se da leitura da teoria dos bens fundamentais construída sob uma perspectiva do constitucionalismo garantista, adota-se a compreensão de que os *bens fundamentais* assim o são porque a sua importância e a necessidade de sua salvaguarda são problemas de ordem global e, por certo, interessam a todas as pessoas.

Deste modo, os bens fundamentais afiguram-se no sistema de direitos e garantias como objetos de direitos fundamentais de ordem primária, portanto, subjetivos. No caso desta pesquisa, os dados pessoais, enquanto bens fundamentais personalíssimos, apresentam-se como objetos do direito fundamental à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa, e, por assim o serem, são caracterizados como elementos dotados de *indisponibilidade*.

Em uma aproximação das constatações feitas por Ferrajoli (2018, p. 38) acerca dos *bens fundamentais comuns* (elementos da natureza, a exemplo, dentro outros, o ar puro) que, por terem se tornado escassos passaram a ter valor de troca, estabeleceu-se, nesta pesquisa, um paralelo que foi eficiente para demonstrar que os dados pessoais passaram (e seguem passando) pelo mesmo processo de transformação.

A desregulação do capitalismo, que contribui para a devastação do meio ambiente e a atribuição de um valor de troca, no mercado, aos bens naturais, igualmente promove uma atribuição de valor aos dados pessoais. Ainda que estes figurem como bens fundamentais personalíssimos indisponíveis, no momento em que se submetem a atividades como troca e alienação, convertem-se, pouco a pouco, em mercadorias, isto é, em bens patrimoniais, ao invés de estarem disponíveis a todos, sem distinção, na condição de bens fundamentais.

De forma objetiva, pode-se constatar que a resposta para a segunda pergunta que norteia o trabalho é: sim, os dados pessoais, enquanto *bens fundamentais personalíssimos*, a exemplo do que ocorre com *bens fundamentais comuns*, estão em processo de transformação em bens patrimoniais no campo social fático, uma vez que dotados de elevado valor de troca junto ao mercado por meio de compartilhamento e de venda de bancos de dados em patamar global, em visível violação da sua condição de indisponibilidade enquanto bem fundamental – posto que o risco inerente aos seus titulares se confirma e converte-se em efetiva violação.

Quanto à noção de indisponibilidade tratada ao longo dos capítulos “2” e “3” da presente dissertação, cumpre retomar que, no que diz respeito aos bens fundamentais, esta indisponibilidade alcança as atividades inerentes àquilo que se realiza com bens patrimoniais. Isso significa que aos dados pessoais não se deve atribuir valor de mercado. Tal indisponibilidade, entretanto, não alcança as ações relacionadas com o seu próprio gozo pelos titulares de dados. Demonstra-se, assim, que a noção de indisponibilidade dos bens fundamentais não proíbe os titulares de dados, por exemplo, a dispor sobre doação de órgãos ou sobre a realização de procedimentos estéticos, uma vez que tais ações compreendem o exercício de seu direito de gestão dos próprios dados e de proveito da autodeterminação informativa.

O que se constata, em verdade, é que não há (ou, pelo menos, não deve haver) um meio de disponibilização dos dados pessoais, seja no mercado, seja perante o Estado, quando desenvolvidas atividades correlatas a direitos reais, exercendo-se supostos direitos de posse ou de propriedade passíveis de limitação ou mitigação do exercício dos direitos fundamentais dos quais estes são objeto. A leitura garantista sobre o ponto impõe, portanto, a consideração final de que a sua disponibilização é, neste caso, indevida e tem o condão de, ilegitimamente, promover a sua conversão em bens patrimoniais em detrimento dos direitos do titular de dados, colocando-o na condição de vulnerabilidade digital.

No que diz respeito à noção de pessoal digitalmente vulnerável, a análise realizada neste trabalho faz compreender que, quando vulnerados os bens fundamentais personalíssimos, como o são os dados pessoais ante a ameaça de sua disponibilização indevida, e/ou, ainda, quando vulnerado o pleno gozo do direito fundamental à proteção de

dados pessoais ante a inexistência de garantias fortes a ele inerentes, os titulares de dados encontram-se em (ao menos potencial) situação de vulnerabilidade digital – seja porque seus dados estão passíveis de conversão em bens patrimoniais, seja porque seus dados estão passíveis de indevida exposição ou acarretamento de incidentes de segurança.

Por fim, aponta-se para a confirmação, também, da terceira e última hipótese levantada neste trabalho científico. A derradeira hipótese apontou para a ideia de que o Estado, atualmente, promove um indevido tratamento dos dados pessoais de apenados em plataforma eletrônica, o que, por conseguinte, em razão de exposição de dados, os coloca em posição de vulnerabilidade digital.

Ao longo do capítulo “3” descreveu-se como, atualmente, o Poder Público tem conferido o tratamento dos dados pessoais em situação de interoperabilidade entre sistemas, o que tem feito, sobretudo, usando do argumento da busca abstrata por eficiência estatal. A partir de uma ótica garantista, a justificativa adotada para se realizar uma irrestrita integração entre sistemas de órgãos estatais, não encontra validade. Isso acontece porque, como se viu, a teoria arrazoa que todo direito fundamental subjetivo (como é o caso da proteção de dados pessoais) deve ser protegido por meio de garantias fortes, inexistindo meios de ponderação ou anulação de um direito fundamental, ainda que em detrimento de outro, prevalecendo a necessidade de harmonização.

Neste ponto, é possível concluir que, no campo jurídico, inexistem conflitos entre o direito do titular de dados de alcançar as políticas públicas que venham a lhe assistir e, ao mesmo tempo, ter garantido o direito à proteção de seus dados. Ademais, considerando-se a construção de um Estado de Direito Constitucional, entende-se que o Estado é o responsável pela prestação pública harmoniosa que garanta, concomitantemente, a proteção dos dados pessoais das pessoas e a eficiência de seus sistemas, não se posicionando como violador de um direito fundamental ao promover um irrestrito compartilhamento de dados entre órgãos sem prever, antes, as devidas e específicas finalidades deste tratamento de dados.

Esta hipótese confirma-se, aliás, quando verificados os resultados obtidos na pesquisa empírica realizada e, detalhadamente, descrita no capítulo “4”. Mediante colaboração da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ao conceder listas que continham números de processos de execução criminal, procedeu-se a análise de dados contidos em 51 PECs que tramitam, atualmente, de forma eletrônica, extraindo-se, deles, os dados pessoais de apenados dispostos na plataforma.

Realizou-se, portanto, uma análise de dados pessoais de modo a se aferir que, concretamente, o Estado possui, em razão da tramitação eletrônica dos processos executórios, acesso aos dados pessoais de apenados agora dispostos de forma concentrada em uma

plataforma digital nacional – afinal, atualmente, o SEEU compreende, majoritariamente, a tramitação de processos executórios originários de todas as regiões do país, o que se deu com o objetivo inicial de contribuir para o combate do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro.

Da análise empírica feita depreendeu-se, sem dúvidas, que, atualmente, o Estado está na condição de agente de tratamento de dados pessoais de uma quantidade bastante relevante de apenados brasileiros, sendo responsável por conferir o tratamento de um rol igualmente extenso de dados. Constatou-se, de pronto, que o Estado possui acesso e trata, diretamente, de dados pessoais de apenados que consistem em: nome, alcunha, registro civil, sexo, cor, filiação, naturalidade, (histórico de) endereço completo e dados de geolocalização, data de nascimento, religião, profissão, estado civil, nível de escolaridade, dados de saúde, características fisionômicas e informações sobre composição de seu grupo familiar – além de dados pessoais dos componentes da família.

Verificou-se que estes dados, dispostos em plataforma digital, atualmente, são acessíveis e visualizáveis por terceiros alheios ao processo de execução criminal em trâmite, considerado o caráter público de processos desta natureza. Apesar de os autos completos não poderem ser acessados por intermédio da consulta pública (realizada por pessoais que não possuem cadastro no sistema eletrônico), averiguou-se que o acesso é viável àqueles que possuem cadastro de Procurador junto a plataforma – mesmo que não esteja na condição de advogado das partes e não possua qualquer espécie de autorização para acesso à íntegra dos documentos e dos dados pessoais contidos no processo em trâmite.

Para fins deste trabalho, adotou-se indicativos de intensidade da exposição de dados assim definidos: *módico*, quando o acesso aos dados é restrito às partes processuais e aos servidores do Poder Judiciário; *intermediário*, quando os dados são inacessíveis mediante consulta pública, mas disponíveis para determinados grupos de pessoas alheias ao processo; e, por fim, *severo*, quando passíveis de acesso por qualquer pessoa, inclusive aquelas não cadastradas no sistema eletrônico em que estão inseridas as informações.

Concluiu-se, a partir desta classificação, que os dados pessoais de apenados dispostos no SEEU estão em uma condição de exposição *intermediária*, porque acessíveis mediante cadastro: não se tratou da exposição severa porque o acesso a dados pessoais não é disposto ao público geral em consulta “pública”; igualmente, não se tratou da exposição módica, porque é acessível à integralidade do processo a pessoas terceiras alheias ao feito.

Do mesmo modo, compreendeu-se que, embora exista certo nível de restrição do acesso aos autos completos, uma vez que inacessíveis mediante consulta pública por quem não possui cadastro no sistema, esta restrição não consiste em ausência de tratamento dos

dados pelo Estado. Pelo contrário: a pesquisa empírica tornou evidente a situação de que os dados pessoais de apenados no sistema eletrônico estão lá armazenados e disponíveis à manipulação do Estado. O Estado, enquanto tutor destes titulares de dados, é detentor da responsabilidade de impedir a exposição de dados indevida em qualquer grau, sob pena de dar ensejo ao desenvolvimento de mais uma vulnerabilidade atribuível às pessoas encarceradas.

Ademais, partindo-se das já apresentadas noções de indisponibilidade dos dados pessoais, da necessidade de atribuição prévia de finalidade à atividade de tratamento realizada para que esta seja considerada legítima e, ainda, da imprescindível disposição, pelo Estado, de garantias aptas à salvaguardar a proteção dos dados, especialmente daquelas pessoas que estão por ele tuteladas, entende-se que a exposição *intermediária* de dados pessoais de apenados, por meio da plataforma eletrônica, consiste em direta violação a direitos fundamentais, sobretudo quando se verifica que alguns dos dados expostos são categorizados como dados pessoais de ordem sensível, dada sua estreita ligação com a intimidade do titular (como são, por exemplo, os dados relativos à sua saúde, à religião e à informações estéticas).

Considera-se que a exposição que consiste na viabilização de acesso a dados pessoais por terceiros alheios ao processo, mesmo que justificada na condição de tramitação pública dos processos executórios, poderia ser evitada ao se restringir o acesso, tão somente, dos documentos nos quais estão dispostos dados pessoais e, sobretudo, dados sensíveis das partes.

Veja-se que a recomendação que se faz a partir da crítica estabelecida nesta pesquisa não aponta para uma aplicação de sigilo ao processo executório, mas de adoração de mera restrição de acesso a dados sensíveis – medida viável aos controladores e operadores dos dados, tanto no que diz respeito às normas vigentes quanto no que se refere às condições operacionais.

Já o segundo aspecto, por sua vez, vincula-se ao fato de que o tratamento conferido aos dados pessoais de apenados não ocorre sob a base legal de consentimento do titular de dados, afinal, a pessoa presa não escolhe ceder seus dados ao Estado: o faz em decorrência de obrigação legal ou, ainda, para pleitear acesso a outros direitos – a título de exemplo, como quando junta ao processo dados médicos para requerer a conversão do regime de cumprimento de pena em regime fechado em prisão domiciliar humanitária. Além da necessidade (e não escolha) de dispor de seus dados pessoais, não possui direito de visualizá-los, tampouco de promover a restrição de seu acesso, estando impedido, também, de corrigi-los, de complementá-los ou de excluí-los.

Estas compreensões, obtidas a partir da análise do resultado da pesquisa empírica, desde uma aplicação do marco teórico nuclear adotado nesta pesquisa, confirmam, pois, a hipótese terceira de que o Estado está a promover um tratamento de dados que coloca os

apenados em situação de indevida exposição, à medida que a elaboração de uma garantia capaz de limitar o exercício arbitrário do seu poder neste ponto perpassa, inicial e necessariamente, pela atribuição de restrição de acesso aos dados pessoais contidos no SEEU a terceiros alheios à demanda executória, mantendo-se o acesso integral somente às partes.

A previsão de garantias fortes – precisas, específicas, direcionadas – ao direito à proteção de dados pessoais que assistam, inclusive, os titulares de dados pessoais vinculados às atividades excluídas do escopo de aplicação da LGPD, tende, essencialmente, a funcionar como limitador do exercício arbitrário do poder do agente de tratamento de dados pessoais, como é o caso do Estado nos processos de execução criminal. Ainda, inclina-se a evitar o exercício de um poder selvagem ante a falta de restrição, ao conferir o tratamento dos dados e a ausência de exigências mínimas, como a especificação de finalidades de forma prévia e a limitação do tratamento a estas, evitando, assim, o desencadeamento de uma vulnerabilidade digital atribuível a estes titulares de dados.

Quando se fala dos titulares de dados, cabe retomar que a pesquisa empírica indicou que não somente os apenados que cumprem sanção penal estão em situação de exposição, mas, também, os componentes de seu grupo familiar que, para pleitear direitos outros nos processos executórios, acabam por fornecer ao Estado suas informações – embora sequer sejam por ele tutelados –, o que demonstra ilegitimidade do Estado para manipular, de forma indiscriminada, tais dados pessoais.

Em síntese, ressalta-se que há violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais quando estes são manipulados de forma a expor, em qualquer âmbito, informações que permitam a identificação da pessoa (titular), sem que haja meios de se garantir que estes não serão utilizados para outras finalidades que não a previamente estabelecida; quando não há transparência em relação aos níveis de compartilhamento da base de dados e não há segurança de que esta base não seja compartilhada com outros órgãos do governo, em promoção de uma interoperabilidade irrestrita por parte do Estado; e quando ao titular não são proporcionadas garantias suficientes à efetivação de gestão dos seus próprios dados pessoais (contidos em sistema eletrônico) e ao acesso aos seus direitos vinculados à proteção de dados pessoais, à privacidade e à autodeterminação informativa.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jacqueline de Souza. **Tratamento de dados pessoais para segurança pública: contornos do regime jurídico pós-LGPD.** In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. 2ª reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2021 p. 583-603.
- ANTUNES, Jonathan Lamim. **Amazon AWS: descomplicando a computação na nuvem.** [S.l.]: Casa do Código, 2016.
- ARAGÃO, Suélyn Mattos; SCHIOCCHET, Taysa. **Lei Geral de Proteção de Dados: desafio do Sistema Único de Saúde.** Reciis – Rev. Eletron. Comun. Inf. Inov. Saúde, 14(3), p. 692-708, jul./set. 2020. [www.reciis.icict.fiocruz.br] e-ISSN 1981-6278. Disponível em: file:///C:/Users/liizi/Desktop/revista,+13_2012.pdf. Acesso em: 2 nov. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Habeas data. São Paulo: RT, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. Zygmunt Bauman: **As redes sociais são uma armadilha.** Entrevista concedida a Ricardo de Querol. Portal El País – 09 jan. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/30/cultura/1451504427_675885.html.
- BELL, Daniel. **The coming of Post-Industrial Society: a venture in social forecasting.** Third edition. New York: Basic Books, 1999.
- BENNETT, Colin. **Regulating Privacy: data protection and public policy in Europe and the United States.** Nova York: Cornell University Press, 1992. p. 77.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados pessoais - a função e os limites do consentimento.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.796, de 4 de novembro de 1980.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FBF15270DD557906FEB1829EFEA68AED.proposicoesWeb1?codteor=1172300&filename=Avulso+-PL+2796/1980. Acesso em: 28 set. 2021.
- 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/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 1997.** Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.484/2005 de 30 de junho de 2005**, que aprova a Política de Defesa Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5484.htm. Acesso em: 6 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.414 de 9 de junho de 2011a**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011b**. 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 (...). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.714, de 14 de setembro de 2012**. Dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12714.htm. Acesso em: 1º nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018a**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 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: 28 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Medida Provisória 869 de 27 de dezembro de 2018b**. Altera a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018c**. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal e outras disposições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm. Acesso em: 1º nov. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 12 de março de 2019a**. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência

privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/135594>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019b**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019c**. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Medida provisória nº 954, de 17 de abril de 2020a**, dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Medida Provisória nº 959 de 29 de abril de 2020b**, Prorroga a *vacatio legis* da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.387. Requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. **Deferimento de medida cautelar pela ministra relatora Rosa Weber, em 7 de maio de 2020c**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 8505-884E-09E4-E6DB e senha 2A11-6765-08FE-F390. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020d**, aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.474-de-26-de-agosto-de-2020-274389226>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal, entregue em novembro de 2020e**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>. Acesso em: 6 out. 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6 de 2020f**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 1º nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 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 dá outras providências. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.129-de-29-de-marco-de-2021-311282132>. Acesso em: 16 out. 2021.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. **Estado de Direito e Legitimidade**, 2. ed. rev. e ampl. Campinas: Millenium, 2007.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O poder do segredo e os segredos do poder**: uma análise histórico-conceitual dos limites e possibilidades de convivência entre o segredo e a democracia. *Novos Estudos Jurídicos*, Univali (cessou em 2007. Cont. ISSN 2175-0491 *Novos Estudos Jurídicos (on-line)*), v. 16, p. 329/9-344, 2011.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; KUHN, Lucas. **Dois modelos de constitucionalismo**: Entre o principialismo de Dworkin e o garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Lei, para Que(m)?** In: CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. 3ª edição, revista e atualizada. Lumen Juris, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Paz e Terra, 2018.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Website institucional. Agência CNJ de Notícias. **Painel apresenta dados integrados sobre execução penal**. 2021a. Publicado em 9/2/2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/painel-apresenta-dados-integrados-sobre-execucao-penal/>. Acesso em: 3 abr. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Website institucional. Agência CNJ de Notícias. **SEEU 6.0 usa tecnologia de ponta para armazenar dados na nuvem**. 2021b. Publicado em 04/03/2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/seeu-6-0-usa-tecnologia-de-ponta-para-armazenar-dados-na-nuvem>. Acesso em: 3 abr. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Website institucional. Agência CNJ de Notícias. **Nova versão integra SEEU ao Diário de Justiça Eletrônico Nacional**. 2021c. Publicado em

20/08/2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nova-versao-integra-seeu-ao-diario-de-justica-eletronico-nacional/>. Acesso em: 1º nov. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução N° 280 de 09 de abril de 2019**. Estabelece diretrizes e parâmetros para o processamento da execução penal nos tribunais brasileiros por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU e dispõe sobre sua governança. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2879>. Acesso em: 1º nov. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 233 de 13 de julho de 2016**. Dispõe sobre a criação de cadastro de profissionais e órgãos técnicos ou científicos no âmbito da Justiça de primeiro e segundo graus. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2310>. Acesso em: 1º nov. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 121 de 5 de outubro de 2010**. Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=92>. Acesso em: 1º nov. 2021.

COSTA JR., Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **A incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas atividades do Poder Judiciário**. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; MENDES, Laura Schertel (coord.). *Lei geral de proteção de dados (Lei n° 13.709/2018) a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DANIEL, Ben Kei; MAIA, Mirtes Dâmares Santos de Almeida; SILVA, Danilo Garcia da. **Big Data e ciência de dados: uma revisão crítica de questões para a pesquisa educacional**. PerCursos, Florianópolis, v. 21, n. 45, p. 80-103, 2020. DOI: 10.5965/1984724621452020080. Disponível em: <https://www.revistas.udesc.br/index.php/percursos/article/view/1984724621452020080>. Acesso em: 1º nov. 2021.

DE GIORGI, Raffaele. **Los derechos fundamentales en la sociedad moderna**. Editorial Fontamara: México, 2015.

DONEDA, Danilo. **Iguais mas separados: o Habeas Data no ordenamento jurídico brasileiro e a proteção de dados pessoais**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, UniBrasil, v. 9, p. 14-32, 2009.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Revista Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, Danilo. **Panorama histórico da proteção de dados pessoais**. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR,

Otávio Luiz (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. 2ª reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1-20.

DONEDA, Danilo; CUNHA, M. V. A. **Risco e informação pessoal**: o princípio da finalidade e a proteção de dados no ordenamento brasileiro. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, (Impresso), v. 5, p. 85-102, 2009.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 9, p. 35, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995. 991 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia: 1. Teoría del derecho. Madrid: Trotta, 2011a. ISBN 978-84-9879-415-1

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. ISBN 978-84-9879-416-8

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011c.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**. La crisis de la democracia constitucional. Prólogo y traducción Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011d.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. *In*: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La lei del más débil. 8. ed. Madrid: Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto vivente e diritto vigente**. *In*: ANASTASIA, Stefano; GONELLA, Patrizio. *I paradossi del diritto: saggi in omaggio a eligio resta*. Roma: RomaTrE-Press, 2019. p. 37-42.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**: una conversación. Madrid: Trotta, 2012. ISBN 978-84-9879-420-5

FROSINI, Vittorio. **De la informática jurídica al derecho informático**. *Rivista internazionale Informatica e Diritto*, fasc. 2, p. 43-51, 1983.

GAUER, Ruth M. Chittó. **Falar em tempo, viver o tempo!** *In*: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). **Tempo e historicidades**. Porto Alegre: EDUPUCRS, 2016. 172 p. (Série monumental; 6).

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Organizado por Richard Tuck. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. Revisão da tradução Eunice Ostrensky. Ed. brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. São Paulo: Marins Fontes, 2003.

INDIGENOUS PEOPLES RIGHTS INTERNATIONAL. **Uma anatomia das práticas de silenciamento indígena**: relatório sobre criminalização e assédio de lideranças indígenas no Brasil. Coord. Sônia Guajajara. 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2021/05/UMA-ANATOMIA-DAS-PRA%CC%81TICAS-DE-SILENCIAMENTO-INDI%CC%81GENA-1.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

KANG, M.; SANTOS, M. W.; DONEDA, Danilo. **Políticas de identidade na era digital e o registro civil nacional**. Em *Debate*, v. 8, p. 41, 2016.

KUHN, Lucas Bortolini. **Da separação à autonomia recíproca entre direito e moral: o Constitucionalismo garantista e a jurisdição constitucional Democrática**. Dissertação de Mestrado. Universidade Lasalle, Canoas, 2019.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica** / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. - 5ª ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

LEVIN, Alexandre. **Tratamento de dados pessoais pelo poder público**: particularidades previstas na LGPD (Lei 13.709/2018). In: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes. *LGPD & administração pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 233-248.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência**: informação pública em rede e a intimidade como um dos limites constitucionais: uma abordagem a partir do tema 483 da Repercussão Geral examinada pelo STF. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional** (Impresso), v. 65, p. 199-217, 2016.

LIMBERGER, Themis; BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Novas tecnologias e direitos humanos**: uma reflexão à luz da concepção de esfera pública. *Espaço Jurídico Journal of Law – EJL*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 843-868, set./dez. 2016.

LOUZADA, Luiza. **Princípios da LGPD e os bancos de perfis genéticos**: instrumentalizando a garantia de direitos no processo penal. In: *Revista do Advogado*, v. 39, n. 144, p. 90-98, nov. 2019.

LUHMANN, Niklas. **II Welfare State come problema politico e teorico**. In: FANO, E.; MARRAMAO, G.; RODOTÀ, S. (ed.). *Transformazioni e crisi del Welfare State*. Bari: De Donato, 1983. p. 349-359.

MENDES, Laura Schertel. **Um debate acerca da renúncia dos direitos fundamentais**: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 13, p. 121-133, 2006.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 158 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2008.

MENDES, Laura Schertel. **Autodeterminação informacional**: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *In*: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coord.). Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) a caminho da efetividade: contribuições para implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 211-242.

MAGRINI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

MILAN, Stefania; TRERÉ Emiliano. **Big Data from the South(s)**: Beyond Data Universalism. *Television & New Media*, v. 20(4), p. 319-335, 2019.

MIRANDA, José Alberto Antunes de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Governança global e a sociedade internacional: mais problemas comuns do que interesses nacionais**. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 25, p. 1-20, 2018.

MULHOLLAND, Caitlin; MATERA, Vinicius. **O tratamento de dados pessoais pelo poder público**. *In*: MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o novo marco normativo no Brasil. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020. p. 217-236.

PEDROSO, Lucas Aluísio Scatimburgo. **Tratamento de dados pessoais pelo poder público**: o que esperar segundo a experiência europeia. *In*: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes. **LGPD & administração pública**: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 333-357.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Manual de Informática y Derecho**. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1966.

PIMENTA, Victor Martins; PIMENTA, Izabella Lacerda; DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **“Onde eles estavam na hora do crime?”**. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 13, p. 59-75, 2019.

RASSI, João Daniel; LABETE, Victor; YANG, Eloisa. **Aspectos criminais da Lei geral de proteção de dados e a tutela penal dos dados pessoais**. *In*: *Revista Magister: Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 95, p. 18-29, abr./maio 2020.

RIBPG. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. **Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), 13.**, 2020. Brasília: Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos – CG-RIBPG, 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/01/xiii-relatoriodaredeintegradadebancosdeperfisgeneticosnove-mbro2020_290120212555.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Informatique et Libertés**, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000886460/1978-07-07/>. Acesso em: 16 out. 2021.

ROSSO, Angela Maria. LGPD e setor público: aspectos gerais e desafios. *In: Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 15, n. 180, p. 9-29, dez. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014.

ROBERTSON, Roland. **Globalization: Social Theory and Global Culture Theory, Culture & Society**. London: SAGE Publications, 1992.

ROVER, Aires José. **Introdução ao governo eletrônico**. *In: ROVER, A. J. (org.)*. Governo eletrônico e inclusão digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 17-37.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SARLET, Bezerra Sales Gabrielle; MOLINARO, Carlos Alberto. **Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data**. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, 13(41), p. 183-212, 2020. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v13i41.811>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados**. *In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.)*. Tratado de proteção de dados pessoais. 2. Reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-60.

SCHAEFER, Fernanda. **Proteção de dados de saúde como direito fundamental**. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba*, v. 1, n. 17, p. 139-157, 2012. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2969>. Acesso em: 2 nov. 2021.

SEWALD JR., Egon. **A avaliação do modelo nacional de interoperabilidade do Poder Judiciário brasileiro**. *Revista Pensar, Fortaleza*, v. 21, n. 2, p.442-483, maio/ago., 2016.

SILVA, Alexandre Pacheco da; LUCCAS, Victor Nóbrega. **Público, porém não disponível: os limites de tratamento do dado pessoal público**. *In: SILVA, Alexandre Pacheco da; LUCCAS, Victor Nóbrega*. Direito público digital: o Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 229-255.

SISDEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Website institucional do Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Publicado em: 30/9/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 3 abr. 2020.

SILVEIRA, Sérgio de Amadeu da. **Tudo sobre tod@s: redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2017.

STOCKHOLMS SLOTT. **Datalag**, lag 289 av den 11 maj 1973. Disponível em: https://www.lagboken.se/Lagboken/start/ordning-och-sakerhet/lag-2007258-om-behandling-av-personuppgifter-i-forsvarsmaktens-forsvarsunderrattelseverksamhet-och-militara-sakerhetstjanst/d_2589111-sfs-1973_289

TERRA, Aline de Miranda Valverde; CASTRO, Diana Paiva de. **A responsabilidade do poder público no tratamento de dados pessoais: análise dos artigos 31 e 32 da LGPD**. In: MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o novo marco normativo no Brasil. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020. p. 237-264.

TIMM DE SOUZA, Ricardo. **O nervo exposto**. Por uma crítica da razão ardilosa desde a racionalidade ética. Revista Justiça e Sociedade. Volume 1, nº 1, 2016. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/347/469>. Acesso em 15.nov.2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 28 set. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. **Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:033E:0101:0110:PT:PDF>. Acesso em: 28 set. 2021.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 28 p., 15 Dec. 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

WIMMER, Miriam. **O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público**. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 271-288.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos**. Revista Jurídica, [S.l.], v. 2, n. 31, p. 121-148, ago. 2013. ISSN 2316-753X. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i31.593>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>. Acesso em: 20 out. 2020.

WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização e introdução Luís Greco. Tradução Luís Greco, Alaor Leite e Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 83-108.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento *do right of privacy* nos Estados Unidos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015.

Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Leonardo_Zanini.html.
Acesso em: 28 set. 2021.

ANEXO – Ofício enviado à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande no Sul

Credenciamento: Portaria N° 597/2017 de 5/5/2017, D.O.U de 8/5/2017

CARTA DE APRESENTAÇÃO

À Defensoria Pública Especializada em Execução Criminal do Foro Central
Porto Alegre - Rio Grande do Sul – RS

Ao Excelentíssimo Senhor Defensor Público Regis Augusto Martins Xavier

Na condição de Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito desta Universidade La Salle (Unilasalle), apresento **LIZIANE MENEZES DE SOUZA** (aluna regular) do curso de Mestrado em Direito da Unilasalle, que está realizando uma pesquisa com enfoque em dados disponibilizados por pessoas em situação de cárcere. Busca-se realizar uma análise dos dados existentes nos Processos de Execução Criminal (PECs) em tramitação.

Na oportunidade, solicitamos que esta Defensoria Pública, atuante junto à Vara de Execuções Criminais, disponibilize uma informação indispensável para a realização da pesquisa, qual seja, a lista de assistidos pela Defensoria Pública Especializada em Execução Criminal do Foro Central em situação de cumprimento definitivo de pena junto à CPPA, a fim de que a pesquisadora, ao ter conhecimento de seus nomes e/ou números de processo, tenha acesso aos correspondentes Processos de Execução Criminal.

Informa-se que o caráter ético desta pesquisa assegura a preservação da identidade de todos os assistidos, sendo que, a partir da informação prestada, **serão acessados somente dados públicos processuais**, disponibilizados no próprio local de consulta do *website* do TJ/RS. Ressaltamos que a informação quanto ao nome dos reeducandos assistidos será utilizada tão somente para que se tenha acesso aos autos públicos de seus PECs, sem que ocorra qualquer divulgação de suas identidades para obtenção dos resultados dessa pesquisa ou se utilize a listagem para objetivos diversos.

Por fim, ressalta-se que o pedido encontra respaldo nas disposições contadas na Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011, para fins exclusivamente acadêmicos, sendo que todos os resultados obtidos ao final da pesquisa serão, oportunamente, apresentados a esta instituição para conhecimento e contraprestação.

Para qualquer esclarecimento que se faça necessário sobre a informação solicitada e o trabalho a ser desenvolvido, peço a gentileza de entrar em contato comigo pelo endereço eletrônico renata.costa@unilasalle.edu.br ou através da Secretaria do Programa no telefone (51) 3476-8572.

Canoas, 20 de março de 2020.

Atenciosamente,

Renata Almeida da Costa
Orientadora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito