

RECEBIDO EM: 26/04/2018

APROVADO EM: 22/05/2018

O INTERESSE PÚBLICO NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE INDIVIDUAL E O DIREITO À INFORMAÇÃO

***THE PUBLIC INTEREST IN THE ACCESS TO
INFORMATION LAW: CONFLICT BETWEEN PRIVACY
AND INFORMATION RIGHTS***

Tuiskon Bejarano Haab

Mestre em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

Advogado especialista em Responsabilidade Civil e Direito Contratual. AGU.

SUMÁRIO: Introdução; 1 As esferas pública e privada do ser humano; 2 Direito à Informação; 3. Direito à privacidade; 4 As lacunas na proteção à privacidade no Direito Brasileiro; 5 A Lei de Acesso à Informação; 5.1 A Lei de Acesso à Informação e a Privacidade; 5.2 Constitucionalidade da LAI; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: A presente produção gráfica buscou analisar a Lei nº 12.527/11 sob o prisma dos conflitos que ela encerra entre os direitos à informação e à privacidade, em especial no caso de envolvimento do interesse público. O estudo orienta-se sob a ótica dos Direitos Fundamentais, especialmente em relação os direitos fundamentais à privacidade e informação, tendo ligação direta com questões relativas à personalidade, Dignidade Humana e o exercício da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Acesso à Informação. Direitos Fundamentais. Privacidade. Interesse Público.

ABSTRACT: This paper seeks to analyze the Law No. 12.527/11 from the perspective of the conflict between the information rights and privacy, especially in the case of involvement of the public interest. The study is guided from the perspective of Fundamental Rights, especially regarding the fundamental rights to privacy and information, having direct connection with matters relating to personality, human dignity and the exercise of democracy.

KEYWORDS: Access to information Law. Fundamental Rights. Privacy. Public Interest.

INTRODUÇÃO

Privacidade e informação são direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, possuidores de limites comuns que, não raro, demandam criteriosa reflexão. Este contexto ganha especial interesse nos dias atuais, nos quais se constata que a privacidade é cada vez mais relativizada em prol do direito à informação.

No âmbito internacional, a relativização da privacidade se deu por contingências sociais, notadamente após os eventos de 11 de setembro de 2001 nos EUA. O atentado iniciou uma nova ordem mundial, provocando diversas consequências, como a invasão americana e consequente guerra no Afeganistão, o acirramento de conflitos religiosos e econômicos entre ocidente e oriente, além do recrudescimento das ameaças terroristas internacionais¹, quadro gerador de sensação de insegurança internacional. Com isso, temor e incerteza foram utilizados por governos nacionais (especialmente EUA e Europa) - alegadamente a bem da segurança e a integridade física dos cidadãos - para controlar e acessar indiscriminadamente as informações que desejassem, ainda que isto implicasse na invasão proposital e indiscriminada da privacidade e intimidade das pessoas (RUARO; LIMBERGER, 2012, p.192).

No Brasil, onde riscos de tal natureza são relevantes, não se verificou tal quadro. Aliás, ao contrário, o que se observou após a Constituição de 1988 foi a promulgação de legislações que visavam efetivar o direito à privacidade, como aquelas referentes ao sigilo bancário, fiscal, das comunicações entre outras (RUARO; LIMBERGER, 2012, p.193). Este movimento em direção da tutela mais abrangente da privacidade, entretanto, ainda não está encerrado, posto que há lacunas importantes na legislação brasileira, como ilustra a questão da proteção de dados pessoais.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 12.527/11, dirigida especialmente ao ente público, objetivando maximizar a publicidade das informações governamentais e, com isso, proporcionar o controle social dos atos governamentais e prevenir eventuais condutas inadequadas à boa administração pública.

O período de exceção do Estado Brasileiro pode ter influenciado na percepção de que a informação acerca da Administração Pública não é acessível, e, neste sentido, influenciado também na concepção da Lei de

1 Sobre o assunto, ver WELLAUSEN, Saly da Silva. Terrorismo e os atentados de 11 de setembro.

Acesso à Informação (LAI) de modo a se permitir a mais ampla divulgação dos dados estatais. Se essa condição pode ser considerada virtuosa sob a ótica democrática, igualmente vai representar risco ao sigilo das informações pessoais custodiadas pelo Estado. As discussões resultantes da divulgação dos salários de servidores público é exemplo disso, indicando que a LAI pode afetar a privacidade do cidadão².

Pode-se alegar, num primeiro momento, que a LAI se ocupa apenas das informações que se enquadram no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II, §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216 da Constituição ou seja, os dados de órgãos públicos ostensivos por serem de interesse dos indivíduos, da coletividade ou geral, ressalvadas informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado e à privacidade e intimidade da pessoa. Assim, pela própria definição dos objetivos da lei, entende-se que a privacidade do cidadão estaria assegurada, ainda mais com o fato da LAI dispor de mecanismos que visam evitar a divulgação imprópria de informações pessoais. Contudo, questiona-se a validade de tais mecanismos nessa tarefa, visto que não representam barreiras eficientes contra o acesso indevido, em especial diante do argumento do interesse público.

Um fato ilustrativo disso ocorreu na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), quando a reitoria solicitou aos programas de pós-graduação que informassem a presença, em seus cursos, de discente ou docentes de origem israelense. Esta solicitação visava atender a pedido do Comitê Santa-Mariense de Solidariedade ao Povo Palestino, cujo objetivo era apurar a existência de convênio entre a Universidade e empresa israelense do ramo da tecnologia militar³. Considerando o histórico de conflitos existentes no Oriente Médio e a contumaz ocorrência de ações terroristas dele decorrentes, não se pode deixar de aventar que essa informação, se divulgada de forma inadequada, poderia trazer um perigo potencial à segurança das pessoas identificadas pela sua origem israelense.

O presente trabalho visa contribuir na análise em relação aos conflitos que a LAI produz, concreta ou potencialmente, entre os direitos de acesso à informação e à privacidade, em especial quando envolve o interesse público. O tema abordará os direitos fundamentais à privacidade e informação, tendo ligação direta com aspectos relativos à Dignidade Humana e ao exercício da democracia pelo cidadão.

2 Sobre o assunto, acessar o “Notícias STF”.

3 Jornal “ZERO HORA”, edição de 5 de junho de 2015, p. 16.

1 AS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA DO SER HUMANO

Primeiramente, cabe fazer uma breve exposição a respeito da dicotomia entre informação e privacidade na personalidade do indivíduo. Esta dualidade vai condicionar o estudo dos direitos da personalidade sob o prisma da compreensão do ser humano segundo duas dimensões⁴: a privada, representada por todos os caracteres físicos e psíquicos próprios de cada pessoa, tal como a honra, a intimidade, a vida privada, a consciência e a opinião; e a pública, representada pela interação dos indivíduos no grupo social.

Estas dimensões não podem ser consideradas isoladamente, posto que todo indivíduo as apresenta simultaneamente, uma dependendo e interagindo com a outra. Assim, a construção da personalidade se dá pelas informações trocadas com o meio social, não havendo razão de se cogitar em direito à honra, à imagem e à vida privada sem uma esfera pública desse indivíduo. Entretanto, se por um lado a sociedade é o agente que permite ao indivíduo o desenvolvimento e projeção da personalidade, é contra quem este mesmo indivíduo irá defender a sua esfera privada. Essa interdependência justifica a necessidade de preservação da esfera privada sobre interferências indevidas sendo a questão circunscrita em definir o que vem a ser tais interferências. Nessa equação, deve ser considerado, também, o fato que, na dimensão privada de cada indivíduo, pode estar presente o interesse social, que é variável conforme a relevância que a sociedade dá ao indivíduo e/ou em razão do fato em que estiver envolvido, como no caso de fatos históricos (PALHARES, 2008, p.42).

Desse modo, é forçoso concluir que o cenário pode ser de conflito entre direitos de informação e de privacidade, uma vez que, ao passo que o primeiro vai franquear a informação ao indivíduo, o segundo irá negá-la sempre que isto implicar em lesão à privacidade de outrem, fazendo com eles situem-se em campos opostos na busca da efetividade dos bens jurídicos tutelados.

Ressalte-se, contudo, que o direito à informação aqui é visto sob um prisma amplo, que compreende não apenas o aspecto relativo à recepção

4 Hannah Arendt, ao tratar das esferas privada e pública, entendeu o surgimento da primeira como natural e calcada na família, onde o indivíduo buscava a sua sobrevivência, pois era um ser social (no sentido de *zoon politikon*, de Aristóteles). A autora descreve a evolução dessa noção até se chegar à noção de esfera privada centrada no indivíduo. Assim, à esfera privada inicial viria a se opor a esfera pública, não natural, surgida em momento posterior e que era representada naquela oportunidade pela *polis*. Com o surgimento da *polis*, cada cidadão passa a pertencer a duas ordens de existência, havendo uma grande diferença entre o que é próprio (*Idion*) e o que é comum (*Koinon*). (ARENDDT, 2000, p.31 a 33).

das informações, mas também a sua emissão. Tal direito considera o ser humano tanto em uma dimensão coletiva, sendo um direito difuso coletivo de receber informação e que permite a participação de todos na esfera pública, como também na dimensão individual, segundo a qual toda a pessoa individualmente pode receber e transmitir as informações necessárias para formar e expressar suas opiniões (PALHARES, 2008, p.44). Trata-se de uma liberdade, a liberdade de informação, definida por Barroso (2004, p.34) como aquela que “diz respeito ao direito individual de comunicar fatos e ao direito difuso de ser deles informado”.

Entretanto, caso uma informação privada esteja sob a guarda da Administração Pública, pode haver uma área de intersecção entre os direitos à informação, privacidade e acesso à informação, sendo a solução dessa equação vinculada ao grau de interesse público sobre o dado em disputa, como será tratado adiante.

2 DIREITO À INFORMAÇÃO

Segundo Lafer (1988, p.241), o direito à informação tem como objeto a integridade moral do ser humano e é precipuamente uma liberdade democrática destinada a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública. Nesse sentido, afirma Júnior (2008, p. 149) que informação no Estado Democrático é a pedra de toque para a materialização do postulado da cidadania participativa. Assim, Ruaro e Limberger (2012, p.208) apontam que um dos grandes objetivos das democracias atuais é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a Administração e os cidadãos que resulte em aprimoramento democrático e maior transparência e eficiência da atividade pública. Nesse contexto, pode-se afirmar que, no Estado Democrático, a informação deve ser a regra e o sigilo uma exceção admitida quando devidamente justificada.

O direito de acesso à informação é um preceito relativamente recente nas democracias modernas. Mesmo nos EUA, pioneiros nessa matéria, o acesso a informações públicas foi regulamentado apenas em 1966, com o *Freedom of information Act (FOIA)*. Entretanto, apesar deste direito ter sido ampliado posteriormente em função dos acontecimentos decorrentes caso *Watergate*⁵ (1974), este viés não se manteve, como observado naquele país os atentados de 11 de setembro de 2001, quando, sob a administração de George Bush e a égide da segurança nacional, o acesso público às

5 O caso Watergate foi o escândalo político ocorrido na década de 1970 nos Estados Unidos que, ao vir à tona, acabou por culminar com a renúncia do presidente Richard Nixon eleito pelo Partido Republicano, tornando-se um caso paradigmático de corrupção.

informações governamentais sofreu novamente restrições. Já no direito brasileiro, todavia, há uma tendência constitucional de franquear o acesso à informação que remonta à carta de 1824, quando o direito era individual e circunscrito a registros existentes sobre as pessoas nos órgãos públicos, sendo este o direito de petição à pessoa legitimada consagrado pela Constituição Imperial. Já o direito a informações gerais sobre o governo e sociedade era garantido pela liberdade de imprensa (JÚNIOR, 2008, p. 152 e 155).

A Constituição Federal atual assegurou o direito do cidadão à informação pública quando o elevou à condição de direito fundamental, nos termos do artigo 5º, XXXIII. Na mesma linha, refere-se esse direito no âmbito do princípio da publicidade, como indica o artigo 37, §3º, II (direito ao acesso a registros e informações do Governo) e por ocasião da gestão governamental das informações culturais, conforme §2º do art. 216.

Para Júnior (2008, p. 162), isto seria uma decorrência natural do fato que os dados, registros e informações em posse do administrador não são propriedades do Estado, pois este é mera representação do cidadão. Como pondera o autor, o princípio da publicidade da administração, previsto no artigo 37, *caput*, indica que as informações armazenadas pelos órgãos públicos não pertencem ao Estado, mas sim ao próprio povo, que é, em última análise, o verdadeiro detentor do poder político.

Lafer (1988, p. 242) sublinha que o direito à informação é um direito fundamental à medida que se vincula à personalidade, pois permite o livre exercício da democracia pela transparência da esfera pública, condição indispensável à participação de todos nos assuntos comuns da sociedade. De fato, a plenitude da formação da personalidade do cidadão vai depender dos meios à sua disposição para conhecer a realidade da sociedade, a fim de poder participar de debates e tomar decisões relevantes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 403).

Entretanto, apesar de ser um direito fundamental, isto não confere ao direito à informação um caráter absoluto. Nesse diapasão, Júnior (2008, p. 164) comenta que o STF já se manifestou sobre a questão em diversos pronunciamentos, afirmando que, por mais essencial que se apresente o direito à informação, ele não pode se impor *de per se*, sendo necessário uma relativização quando necessária à preservação de outros, tais como a segurança nacional ou a intimidade.

Assim, é necessário que, por vezes, haja a tutela judicial para definir a prevalência ou não do direito à informação. Como exemplo, pode-se citar a alteração efetuada pela emenda constitucional nº 45, de 2004, que faz referência à ação judicial ao se ponderar entre a preservação do direito à intimidade com o sigilo e o interesse público à informação.

3 DIREITO À PRIVACIDADE

Privacidade, no entendimento de Ferraz Júnior ⁽²⁰¹⁵⁾, é um direito subjetivo fundamental cujo conteúdo é a faculdade da pessoa, titular do direito, de impor aos outros o respeito (e de resistir à violação) de situações vitais que, por dizerem respeito só a ela, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto do direito à privacidade é, sinteticamente falando, a integridade moral do sujeito. Na mesma linha, pode assim defini-la como a possibilidade que autoriza ao indivíduo impedir a intromissão de estranhos na sua vida íntima e familiar, bem como o acesso e divulgação de informações (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 63).

Em que pese existir um senso comum do que é privacidade, Doneda (2002) identifica que há uma considerável quantidade de termos que a doutrina brasileira utiliza para representar a privacidade, propriamente ou não. Tal variedade de termos pode levar à indefinição de seu conteúdo. Assim, o autor sugere que o sentido e alcance do termo privacidade deve ser obtido na Constituição, quando esta, ao tratar a privacidade no bojo das garantias e direitos fundamentais do artigo 5º, considerou-a como a proteção da “intimidade” e da “vida privada” do indivíduo (inciso X). Desse modo, a proteção da pessoa humana abrangeria estes aspectos, sendo irrelevantes as diferenças de conotações e semânticas ao se tratar das questões referentes à informação. Afigura-se, assim, o termo privacidade como a opção mais razoável e eficaz, sendo claro suficiente a especificar seu conteúdo, efeito da sua atualidade, unificando os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada.

Contudo, se as posições doutrinárias convergem quanto ao conceito de privacidade, sua aplicação prática é bem mais complexa, em especial devido à maximização da produção e tráfego de dados. Trata-se da realidade da sociedade contemporânea, tão concreta a ponto de se afirmar que a humanidade experimenta a era da Informação (CASTELLS, 2003, p.49). De fato, todo tipo de informação está disponível em tempo quase instantâneo, circunstância que leva o indivíduo a uma exposição muito superior a qualquer outra época da história humana, mesmo durante as atividades mais

corriqueiras, pela ação das novas tecnologias⁶. O volume de informações de cunho pessoal lançado na própria Internet cresce exponencialmente, além de alcançar um número indefinido de destinatários, tornando-se, na prática, públicas. Isto, além de potencialmente atentar contra a autonomia e autodeterminação do indivíduo, pode representar uma ameaça à própria Democracia, uma vez que a invasão desmedida na privacidade do cidadão pode se tornar um meio de constrangimento da participação deste nos processos deliberativos (ROUVROY, 2015).

Assim, verifica-se que as antigas fórmulas para definição de limites da privacidade (recolhimento e exposição) não são mais razoavelmente eficazes, existindo importantes indefinições sobre o que é público ou privado. Assim, a questão que naturalmente surge desse cenário é como balizar a fronteira entre o que é ou não informação privada.

A jurisprudência germânica já enfrentou essa questão e concluiu, naquela oportunidade, que o acesso à privacidade do indivíduo só poderia se dar mediante uma justificativa plausível da necessidade de tal acesso. A justificativa deve ser específica e válida para o caso concreto, vinculada ao interesse público, pois só assim se estaria tutelando o direito constitucional da privacidade. Tal entendimento provém do direito à autodeterminação informativa, surgido de decisão do Tribunal Constitucional Alemão quando do julgamento da lei do censo alemão (*Mikrozensus-Eitscheidung*). Naquela oportunidade, a lei foi declarada inconstitucional em virtude de não se definir com exatidão o motivo de se buscar específicas informações pessoais de um cidadão⁷.

Nesse contexto, é necessário que a restrição do direito à autodeterminação informativa ocorra num ambiente de atuação clara do poder público, além da identidade entre o motivo legal e a efetiva coleta. Dessa forma, conclui-se que a privacidade é regra e a intervenção estatal exceção. O ente público deve sempre tratar estas informações em estrito cumprimento das previsões e autorizações legais, sem olvidar do princípio da proporcionalidade (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 197).

Na ausência de um interesse público específico, pode-se presumir que a informação pessoal é irrelevante para a coletividade, o que leva ao direito de informação se apresentar na sua formulação negativa, de não

6 Para maiores informações sobre como a revolução da internet e, mais recentemente, as tecnologias de inteligência ambiental estão incrementando os riscos que atentam contra os indivíduos e seus direitos básicos, veja ROUVROY, Antoinette (2015).

7 *BVerfGE 65,1 - Volkszählung Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 auf die mündliche Verhandlung vom 18. und 19. Oktober 1983 - 1BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 in der Verfahren über die Verfassungsbeschwerden.*

interferência na privacidade do indivíduo. Seria necessário reavaliar a questão caso houvesse interesse público real, levando a necessidade de ponderar informação e privacidade através de uma harmonização, obtida mediante criteriosa análise e ponderação de seus alcances no caso concreto.

Essa harmonização seria realizada visando o princípio da Dignidade Humana enquanto fundamento da República e cláusula geral de tutela e promoção do ser humano, visando a proteção da pessoa em todos os seus aspectos. É princípio fundamental, inerente ao Estado Democrático de Direito e tem caráter informativo de toda ordem constitucional (TEPEDINO, 2004, p.50). A privacidade teria um caráter instrumental, agindo como um meio de se manter à Dignidade Humana (ROUVROY, 2015, p. 58-62).

Logo, tendo como referência o Princípio da Dignidade, e que a garantia da inviolabilidade da vida privada e da intimidade (artigo 5º, X, da CF), com o *status* de direito fundamental, têm aplicação imediata, é possível a pretensão do indivíduo de ter os seus dados pessoais protegidos independente legislação infraconstitucional sobre o tema.

4 AS LACUNAS NA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Os direitos à informação e à privacidade, agindo em sentidos opostos quanto ao acesso de informações, podem entrar em conflito. Entretanto, tal circunstância é natural quando da concretização dos princípios. Segundo Alexy (2008, p.93-94), haverá razões suficientes para que, em um juízo de sopesamento, um princípio prevaleça.

No caso do Direito Brasileiro, entretanto, há uma dificuldade maior para se alcançar o equilíbrio entre esses dois direitos. A causa disso é a deficiente garantia do direito à privacidade e proteção dos dados pessoais no sistema jurídico, uma vez que a matéria é tratada de forma superficial. Tal questão só assume importância diante de eventos danosos à privacidade, quando então busca-se recompor o dano por meio de ações judiciais sem, contudo, preocupar-se em exigir do Estado uma ação pró-ativa no cumprimento do dever de prestação da efetiva da proteção (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 209).

Neste contexto, verifica-se que a Constituição e o Código Civil não esgotam o tema privacidade, sendo o segundo especialmente falho no resguardo do direito a ela inerente. O primeiro motivo, como aponta Andrade, é a inexistência de uma cláusula de tutela geral da personalidade

no Código Civil. Esta cláusula, segundo o autor, permitiria uma proteção mais efetiva dos direitos da personalidade (entre os quais o da privacidade) além de fazer uma ligação expressa destes com o princípio da dignidade (ANDRADE, 2002, p.106). O outro motivo diz respeito ao conteúdo do artigo 21 do Código Civil. Este artigo estabelece a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural e a possibilidade de tutela judicial em caso de ameaça. Assim, apesar do artigo vedar a violação da privacidade, tal situação, como exposto, não é algo que se pode qualificar com facilidade, o que retira o caráter absoluto (e, portanto, algo retórico) que aparentemente possui a norma. Isto porque se esbarra na seguinte questão: ao que, propriamente, reporta a vida privada?(DONEDA, 2015).

A resposta a esta questão depende dos pressupostos teóricos e normativos que balizam a interpretação no caso que se coloca em exame. Nesse aspecto, a regulação do Código é praticamente ociosa pois não estabelece critérios mínimos de ponderação que favoreçam a interpretação judicial, ao contrário do que dispõe a sua congênere do Código Civil Português (DONEDA, 2015).

5. A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

5.1 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E A PRIVACIDADE

É justamente neste contexto que ingressa no mundo jurídico brasileiro a Lei nº 12.527/11, com a proposta de regular o acesso às informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do artigo 37 e do § 2º do artigo 216 da Constituição Federal. Reconhecida como Lei de Acesso à informação, visava permitir uma transparência nas atividades governamentais sem precedentes no Brasil.

A lei, conforme sua própria exposição de motivos, institucionaliza o mecanismo de divulgação de informações, em razão deste ser um dos mais eficazes instrumentos de consolidação da democracia. Com isto, a lei torna-se importante instrumento de efetivação da cidadania e combate à corrupção, promovendo a ética e a transparência do setor público pela garantia do rápido, pleno e gratuito acesso às informações governamentais.

Essa lei fixou a regra geral da Constituição no sentido que, se o documento ou informação da Administração Pública que não é classificado como sigiloso ou pessoal deve, então, ser de interesse público. Assim, qualquer um poderá ter acesso à informação pública independentemente de justificativa. Nesse viés, o diploma legal indicou também uma guinada

do atual ordenamento jurídico brasileiro no conceito de intimidade/privacidade/proteção dos dados pessoais, tecendo contornos mais flexíveis e mitigadores destes direitos fundamentais (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 192).

Contudo, como exposto, mesmo nesse quadro de liberdade de acesso às informações, a violação indiscriminada dos dados pessoais continua sendo inadmissível, por afrontar diretamente direito à privacidade. É necessário que haja o devido armazenamento e manipulação da informação pessoal de posse da Administração Pública, sendo que, no caso da Lei nº 12.527/11, isso deve se dar em conformidade com os instrumentos que ela traz consigo.

A informação pessoal é tratada na LAI em diversos momentos. Inicialmente, a lei conceitua informação pessoal no artigo 4º, IV, estabelecendo que seria “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Estabelece-se, aí, a possibilidade de uma interpretação ampla da definição de informação pessoal, abrangendo todos os dados que se relacionam com o indivíduo.

A proteção aos dados pessoais começa a ser abordada a partir do artigo 6º, III, que determina que a informação pessoal e sigilosa deve ser protegida. Mais adiante, a sessão V do Cap IV trata especificamente das informações pessoais, na qual o artigo 31º diz que o tratamento da informação pessoal será realizado de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. O §1º do mesmo artigo reforça ainda mais essa proteção, colocando a restrição ao acesso à informação pessoal, independente de classificação sigilosa além de condicionar a sua divulgação ou acesso por terceiros somente por previsão legal ou consentimento das pessoas que elas se referem.

Assim, pode-se concluir que a informação pessoal é cabalmente protegida na LAI, estando a salvo de qualquer abuso. Não há, numa primeira observação, uma brecha na segurança dos dados pessoais. Entretanto, toda a análise de um sistema defensivo deve ser enfocada, primordialmente, nas vias de acesso que demandam ao interior do dispositivo a ser defendido. Assim, trazendo para o contexto da lei, isto significaria a análise das exceções ao sigilo das informações pessoais, que estão previstas mais adiante, no §3º do artigo 31 da LAI. Entre as exceções, destaca-se que pode haver a quebra do sigilo da informação pessoal quando necessário à “proteção do interesse público geral e preponderante” (inciso V).

O interesse público, segundo Mello (2011, p. 61), é o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Assim, há a natural supremacia do interesse público sobre o privado, sendo esta supremacia é “um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2011, p. 70). Faz coro Filho (2005, p. 34), ao afirmar que a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade, sendo que os interesses privados não podem prevalecer sobre ele.

Assim, o interesse público geral e preponderante, previsto na LAI, seria um motivo perfeitamente admissível para configurar exceção ao sigilo da informação pessoal, vez que, nesse caso, estar-se-ia preterindo um interesse privado em prol de uma necessidade pública. Entretanto, é justamente aí que se verifica o primeiro defeito no trato da privacidade do cidadão pela Lei de Acesso à Informação.

Entretanto, ao enfrentar a definição de interesse público, Filho (2005, p. 36) afirma que este é um conceito jurídico indeterminado⁸, tornando seu conteúdo inexato. Aliás, essa imprecisão conceitual é necessária pois é o que irá permitir a utilização mais eficiente do conceito. Desse modo, não seria adequado estabelecer uma definição pronta de interesse público, vez que essa indeterminação viabiliza a busca de uma aplicação mais adequada ao caso concreto, pois a função desempenhada pelos conceitos indeterminados é permitir uma abertura permanente em face da realidade (TRYBUS, 2006, p. 716).

Todavia, foram várias as tentativas de conceituar o interesse público, desde noções quantitativas (como sendo interesse público a soma dos interesses da maioria) até outras de cunho impessoal (quando se iguala interesse público com os interesses da sociedade. Tais tentativas, porém,

8 Sobre conceitos jurídicos indeterminados, Barroso (2013, p. 339) informa que isto não é uma novidade no Direito Contemporâneo, onde se utiliza uma linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir ao intérprete o papel de completar o sentido da norma no caso concreto. Os conceitos jurídicos indeterminados destinam-se a lidar com situações onde o legislador não pode ou não quis especificar, de forma detalhada, suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. O emprego dessa técnica, assim, abre ao intérprete um espaço considerável de valoração subjetiva mas isto não significa que essa valoração possa ser ilimitada ou arbitrária. Isto envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito.

não foram suficientes para defini-lo, o que corrobora com a ideia de sua indeterminação natural. Uma noção mais próxima de interesse público iria além de imperativos técnicos (dada a impossibilidade de alguns interesses públicos serem atendidos por particulares) e visaria principalmente imposições éticas, pois teria que conter valores como solidariedade social, igualdade substantiva e justiça distributiva, aspecto não priorizados pela iniciativa privada. Este contexto sugere que o interesse público estaria relacionado aos direitos fundamentais do cidadão e somente seria validamente utilizado para consagrar tais direitos (TRYBUS, 2006, p. 718).

Porém, apesar da plasticidade do conceito de interesse público ser útil em vários casos aplicáveis ao Direito, ela também pode ser causadora de problemas insuperáveis, em especial na ausência de instrumento jurídico que delimite o efetivo interesse público. Deve-se frisar que a indeterminação do conceito não concede ao governante a liberdade de escolha para defini-lo, mas, apenas e somente, um espaço de atuação direcionado à solução mais adequada em face da realidade. Não se pode deixar de observar que, em função de seu próprio caráter mutável, é cediço que a utilização de conceitos indeterminados dá margem ao risco de sua aplicação equivocada ou desvirtuada (TRYBUS, 2006, p. 716).

Este é o pensamento de Filho (2005, p. 36), entendendo que a indeterminação do conceito de interesse público pode dar margem à arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais, uma vez que o dirigente político, por vezes, aproveita-se da indefinição para evitar o controle de suas ações ou o desfazimento de atos defeituosos, violadores de garantias constitucionais. Mais adiante, Filho (2005, p. 46) complementa essa noção quando, ao referir que a atividade administrativa do Estado deve ser norteada pelo respeito aos direitos fundamentais, afirma não ser cabível a legitimação de decisões dos titulares do poder público que, baseados na mera conveniência do interesse público, venham a produzir sacrifício de valor fundamental. Nesse contexto, qualquer invocação genérica ao “interesse público” que implique na diluição de direitos fundamentais deve ser repudiada como incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Do exposto, extrai-se que, ao se julgar o acesso a informações pessoais com base na LAI, é necessário delimitar o interesse público no caso concreto. O que ocorre, porém, é que a própria lei silencia quanto ao procedimento de avaliação neste caso, condição que pode ser desastrosa numa Lei cujo objetivo é a máxima transparência de dados. Para ilustrar

a gravidade dessa situação, pode-se imaginar a hipótese na qual uma informação estritamente pessoal é solicitada sob a égide de um interesse público preponderante. A autoridade administrativa, sem parâmetros para decidir adequadamente a questão, fornece a informação causando danos à pessoa a quem ela se refere.

As medidas que a Lei nº 12.527/11 estabelece para punir tais vazamentos têm caráter remedial, *a posteriori*, não impedindo o dano que, muitas vezes, pode ser irreversível e irreparável. Isto em razão da própria natureza da informação que, uma vez divulgada, não há como voltar ao *status quo ante* de desconhecimento. Assim, o valor da informação pessoal está, assim, na ignorância dos demais sobre aquilo que o indivíduo quer manter reservado.

Apesar das balizas interpretadoras do conceito de interesse público da LAI serem relevantes para o sigilo da informação pessoal, estas não podem ser consideradas como a solução definitiva. De fato, diante de um caso concreto em que se faça presente conflito entre direito fundamental e interesse público, e desde a lei não tenha esgotado os juízos passíveis de avaliação, caberá ao administrador público, embasado nos valores constitucionais e na técnica da proporcionalidade, ponderar os anseios envolvidos, buscando a máxima realização de todos (TRYBUS, 2006, p.720). Entende-se que esta deve ser a atitude da Administração pública ante aos conflitos entre o interesse público pela informação sob sua guarda e a privacidade do indivíduo a que esta informação se refere. Para tanto, deve a Administração Pública, em todas as esferas, estabelecer procedimentos de cunho gerencial que permitam ao servidor, detentor da informação, tomar decisões que levem ao atingimento dos objetivos da lei sem lesar a privacidade do cidadão. Tal regulação poderia ocorrer de forma infralegal, a um nível pragmático, operacionalizando os atos dos administradores diante dessa situação.

Isto também não exclui a atuação da doutrina que, ao se debruçar sobre o tema, gere condições que influenciem diretamente no processo de tomada de decisão do administrador, propiciando instrumentos autorizadores da aplicação da melhor técnica no caso concreto.

5.2 CONSTITUCIONALIDADE DA LAI

Neste quadro, não se pode deixar de aventar a possibilidade de uma inconstitucionalidade material na Lei nº 12.527/11.

O exercício de direito fundamental pode resultar, muitas vezes, em conflitos com outros direitos constitucionais, sendo necessário, por

vezes, a fixação precisa de restrições ou limitações aos direitos para operacionalizá-los. De outra mão, não se pode conceber que tais restrições sejam ilimitadas, sob o risco de inviabilizar tais direitos. Assim, ao lado dos limites aos direitos, existem os limites aos limites, que balizam a ação do legislador quando este restringe direitos individuais. Tais limites decorrem da própria Constituição, referindo-se tanto à necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Desse modo, entende-se que direitos fundamentais formalmente ilimitados podem ser restringidos caso isto se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais. Assim, chega-se à teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, segundo a qual tais direitos fundamentais são, em si, ilimitados e que, mediante a imposição de eventuais restrições, se convertem em direitos limitados, sendo uma das formas de limitação a decorrente de norma legal promulgada com fundamento na Constituição (SARLET, 2012, p. 397 e 402). No caso, a LAI, que visa concretizar o exercício do direito de acesso à informação, vai representar esse papel pois impõe uma restrição ao direito à privacidade por meio da exceção ao sigilo da informação pessoal.

Entretanto, essa restrição deve ter um alcance definido, sob o risco de, caso assim não seja, se comprometa a própria essência do direito, configurando-se, como já dito, os limites do limite do direito restringido. Nesse diapasão, Sarlet (2012, p. 404) leciona que tais limites dos limites, ainda que não definidos explicitamente na Constituição Federal Brasileira, devem guardar compatibilidade formal e material com a Carta Magna sendo que, entre eles, destacam-se, pela sua repercussão teórica e prática, a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a proporcionalidade (e a razoabilidade⁹).

A garantia do núcleo essencial diz respeito à parcela do conteúdo de um direito sem o qual ele perde a sua mínima eficácia, descaracterizando-o como um direito fundamental. Assim, o estabelecimento de uma restrição a um direito fundamental não pode chegar ao ponto de negar a ele uma

9 A razoabilidade, apesar de correntes pregarem a sua fungibilidade com a proporcionalidade, com esta não se identifica. Sua conexão, segundo Alexy, se dá no terceiro nível de aplicação da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), o que não significa que se confundam e não tenham aplicações distintas. Uma das diferenças que se anota entre esses dois princípios é que a proporcionalidade requer, necessariamente, a uma análise trifásica (como será exposto), ao passo que a razoabilidade não solicita tal procedimento. (SARLET, 2007, p.409-410)

eficácia mínima. Entretanto, em que pese ser de suma importância proteger do núcleo essencial do direito fundamental, não há como defini-lo em abstrato e por antecipação, pois a qualificação do conteúdo protegido face às restrições se dá não pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas sim pela circunstância de estar imune à ação do poder público e à disposição do titular do direito (SARLET, 2012, p. 411-413).

Assim, entende-se que a *conditio sine qua non* do caso concreto para se avaliar a garantia do núcleo essencial impede que se aprecie, neste trabalho, eventual restrição abusiva ao direito à privacidade pela LAI sob este prisma. Isto porque seria necessário, para tanto, o exame de fato já ocorrido, que não é objeto deste artigo.

A proporcionalidade se refere diretamente ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais, no qual desponta, como um instrumento metódico de controle dos atos - tanto comissivos quanto omissivos - dos poderes públicos, sem prejuízo de sua aplicação a atos de sujeitos privados. Assim, a proporcionalidade atua em dois campos, impedindo tanto o excesso de atuação do Estado ao limitar os direitos fundamentais bem como a insuficiente proteção estatal ante a esses direitos. Neste contexto, segundo a doutrina majoritária, identifica-se três desdobramentos desse princípio quando atuando no controle da legitimidade das medidas restritivas: a) como elemento de adequação ou conformidade, que se traduz no controle da viabilidade da medida restritiva de alcançar o fim objetivado (idoneidade técnica); b) como elemento que avalia a necessidade da medida, ou seja, que a opção feita para restringir o direito foi a menos gravosa e c) para estimar a proporcionalidade em sentido estrito, que entende-se pelo equilíbrio entre os fins buscados na restrição com os meios utilizados para tanto, realizada por meio de comparação entre ambos. A isto soma-se o fato que a aferição da proporcionalidade em uma restrição a um direito fundamental deve, necessariamente, levar em conta uma justificação constitucional para essa restrição, sem a qual ela carece de motivação para existir (SARLET, 2012, p. 404-406).

Nessa quadra, entende-se ser possível a apreciação, em tese, de eventual restrição de um direito fundamental via princípio da proporcionalidade, tornando desnecessária a ocorrência do caso concreto para tanto. Esta possibilidade pode ser particularmente útil à análise da exceção ao sigilo das informações pessoais proposta pela LAI, uma vez que se trataria de juízo preventivo, em um contexto de proatividade, antes que ocorra dano à privacidade como já hipoteticamente descrito antes.

Para tanto, é necessário estabelecer um método para empregar a proporcionalidade no estudo da privacidade *versus* LAI, o que poderia ser viabilizado pela aplicação da proporcionalidade, sob a perspectiva de proibição de proteção deficiente, na avaliação dessa disputa. Isto porque a excessividade da restrição a um direito fundamental, colocada no âmbito de uma lei, também pode ser considerada, sob outro ponto de vista, uma falha na proteção desse direito no diploma legal em questão.

Nesse contexto, o uso da proporcionalidade para avaliar a suficiência ou não da proteção a um direito fundamental poderia ser realizado conforme a análise proposta por Christian Callies, que é composta de três etapas, sendo a primeira a verificação da adequação ou idoneidade da medida protetiva (e da sua própria concepção), ou seja, se ela é hábil para garantir o bem protegido. Caso positiva a resposta dessa fase, investiga-se se há meios de proteção mais eficiente sem que se tenha que intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da comunidade. Vencida a segunda etapa, como ato final, avalia-se se o impacto das ameaças e riscos remanescente, após a efetivação das medidas de proteção, são admissíveis em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos (SARLET, 2012, p. 408).

Entende-se que há a possibilidade da LAI não ser aprovada numa análise desse tipo. De fato, verifica-se que LAI seria apta, numa primeira aproximação, a dar a adequada proteção às informações pessoais do cidadão. Isto se deduz dos dispositivos que tratam da informação pessoal (como os artigos 6º e artigo 31 já citados). Entretanto, num estudo mais profundo, se verificaria que toda informação pessoal estaria sujeita às exceções do artigo 31, §3º, no qual o interesse público geral e preponderante está previsto inciso V. Ora, como esgrimido antes, interesse público é um conceito indeterminado, cuja valoração dependerá do juízo de valor realizado no caso concreto e segundo algum parâmetro previamente estabelecido. E é justamente por este parâmetro não estar explícito na Lei que se poderia conceber a hipótese de uma restrição desmensurada do direito à privacidade do cidadão e, desse modo, configurando uma ilegalidade.

6 CONCLUSÃO

Como já discorrido, os direitos fundamentais à informação e à privacidade, podem, por vezes, apresentarem áreas de incidência comuns, o que sugeriria uma possível indefinição de alcance entre eles. Assim, é fato corrente que a aplicação desses direitos, no caso concreto, dependerá sempre

da determinação dos seus limites de incidência, obtidos pela interpretação da lei e da Constituição. Tal questão tem especial importância no direito brasileiro, devido à proteção insuficiente dispensada à privacidade e o surgimento da Lei nº 12.527/11, a Lei de Acesso à Informação.

Pode-se afirmar que a Lei de Acesso à Informação é, inegavelmente, um grande e importante avanço na construção democrática brasileira, oportunizando ao indivíduo o acesso a elemento essencial do exercício da cidadania: a informação sobre a coisa pública. Assim, se faz necessário que este instrumento legal seja manejado de forma a permitir sua melhor utilização, dando máxima eficácia ao direito fundamental à informação conforme estabelecido na Constituição.

A aplicação da lei, porém, deve ser executada de acordo com parâmetros que permitam visualizar alcance da incidência da lei, estando entre esses a definição dos reais limites entre a informação e a privacidade. A definição desse ponto, além de prevenir eventuais lesões à privacidade, reforçariam o direito do cidadão de exigir informações ao Estado, uma vez que esta exigência estaria apoiada em bases cabalmente estabelecidas.

Entretanto, tais parâmetros não estão definidos na Lei de Acesso à Informação, uma vez que esta, como se demonstrou, tem lacunas na definição dos contornos dos limites dos direitos à privacidade e informação. A solução decorrerá, necessariamente, da concepção desses critérios via interpretação sistemática da lei bem como de uma atuação pró-ativa da Administração Pública, de forma que o trato da informação pessoal pelo servidor por ela responsável ocorra com uma margem de segurança aceitável, permitindo não só o resguardo da privacidade do cidadão como, de outro lado, a implementação plena dos objetivos visados pela Lei de Acesso à Informação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. (Ingo W. Sarlet, org.). 2. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre.

ARENDDT, Hannah. *A condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.1, n.235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=212003>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede: a era da informação - Economia, Sociedade e Cultura*. v.1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

DONEDA, Danilo. *A tutela da privacidade no Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Danilo_Doneda_a_tutela.pdf>. Acesso em: 06 jun. 15.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 06 jun. 15.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Direito de Acesso à Informação. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 9, jan./mar. 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos* (um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt). Cia das Letras, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PALHARES, Cinara. Direito à informação e Direito à privacidade: Conflito ou Complementaridade? *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 878, dez. 2008.

ROUVROY, Antoinette. Privacy, Data Protection and the Unprecedented Challenges of Ambient Intelligence. In: *Studies in Ethics, law and Technology*, 2008, v. 2, Issue 1. Disponível em: <http://works.bepress.com/antoinette_rouvroy/2>. Acesso em: 15 jun. 2016.

ROUVROY, Antoniette; POULLET, Yves. *The right to informational self-determination and the value of self - development*: reassessing the importance of privacy for democracy, em *Reinventing Data Protection?*, de Serge Gutwirth, Yves Poullet, Paul de Hert, Cécile de Terwangne e Sjaak Nouwt (Org), Ed. Springer science+business media b.v.2009.

RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Temis. O Direito de Privacidade do Servidor na Lei de Acesso à Informação e sua consequência no Crime de Violação do Sigilo Funcional. *Revista de Estudos Criminais*, ano X, n. 46. São Paulo: Síntese, 2012.

RBS. *ZERO HORA*. Porto Alegre, RS, 5 de junho de 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*. Temas de Direito Civil. 3. ed. São Paulo: RENOVAR, 2004.

TRYBUS, Daiana. Restrições de direitos fundamentais com base em razões de interesse público. In: PIOVESAN, Flávia (coor). *Direitos Humanos*. v. I. Curitiba: Juruá, 2006.

WELLAUSEN, Saly da Silva. Terrorismo e os atentados de 11 de setembro. *Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo - USP*, 14(2): 83- 112, outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v14n2/v14n2a05.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 15.

Esta Obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília - DF
Tiragem: 50 exemplares