

O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS NA INTERNET EM CASO DE COLISÃO

Indra Spiecker*

LL. M. (Georgetown). Titular da cadeira de Direito Público, Direito da Informação, Direito Ambiental e Ciências da Administração na Universidade Goethe de Frankfurt a.M., Alemanha. Diretora do Centro de Pesquisas em Proteção de Dados. Chefe do Instituto Europeu de Política de Saúde e Direito Social (Ineges). *E-mail:* <czoik@jur.uni-frankfurt.de>.

Resumo: As tecnologias da informação ocasionaram profundas mudanças na realidade jurídica, o que demanda especial atenção ao direito fundamental à proteção de dados e as suas possíveis colisões com os demais direitos individuais. Essas colisões possuem particularidades por envolverem bens públicos, que abrangem interesses multipolares relacionados ao acesso e à manipulação das informações, além de peculiaridades da interconectividade, internet e digitalização. Além disso, no âmbito dessas colisões, a proteção de dados necessita ter primazia, pois sua posição jurídico-constitucional baseia-se numa proteção preliminar, que intervém antes da limitação fática e ocasiona diferentes métodos e objetivos de proteção. Assim, a falta de um campo do direito uniformizado e apto a estabelecer um equilíbrio adequado entre os vários interesses envolvidos com a proteção de dados causa a possibilidade de esse direito fundamental entrar em colisão, por várias vezes, com os demais direitos fundamentais. Com isso, uma maior cautela é demandada para alcançar uma solução estruturada e sensível às consequências dessa espécie de colisão multifacetada como forma de contribuir para que sociedade, política e economia evoluam mesmo em tempos de digitalização e internet.

Palavras-chave: Direito fundamental à proteção de dados. Direito fundamental de acesso à informação. Internet. Interesses multipolares. Colisões de interesses.

Sumário: **1** Introdução – **2** Informações como bens especiais – **3** Interesses envolvidos: um polígono – **4** Compensação de colisões de interesses – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

A época da digitalização levou a diversas transformações da realidade jurídica. As novas tecnologias produziram novas situações de perigo para o campo da liberdade. Algoritmos determinam, eventualmente, o resultado de decisões de

* Agradecimentos especiais aos acadêmicos de direito Viktor Limberger, pelas proveitosas pesquisas, e Bianca Grujcic, que complementou algumas notas de rodapé. O presente trabalho vem complementar e ampliar outro trabalho: SPIECKER, Indra. Datenschutzrecht im Internet in der Kollision [“Direito da proteção de dados na Internet na colisão”]. In: STIFTUNG DATENSCHUTZ (Org.). *Zukunft der Informationellen Selbstbestimmung*. Leipzig, 2016, p. 137-150.

seleção e compra, colocando assim em risco as ideias tradicionais de democracia e autonomia privada. Além disso, os sistemas de autoaprendizagem impossibilitam atribuições de responsabilidades unívocas e, por conseguinte, posições de deveres jurídicos vinculantes inequívocos.¹ A ampla interconectividade faz com que as possibilidades técnicas de anonimização pareçam ilusórias, bem como a recombinação de dados e análises no *Big Data* redistribui o conhecimento.

Nesse contexto, o direito à proteção de dados como um campo da ciência jurídica é particularmente exigido, especialmente por ser praticamente o único campo do direito que tratou até agora da digitalização das informações. É que o campo de aplicação do direito à proteção de dados pressupõe um “processamento automatizado dos dados”, conforme o art. 1º, §2º, da BDSG (*Deutsche Bundesdatenschutzgesetz* – lei federal alemã sobre a proteção de dados) e o art. 2º, §1º, do REGPD (Regulamento Europeu Geral de Proteção de Dados).

Não obstante, esse campo do direito não é determinante, já que, a par dele, existem, também, interesses juridicamente assegurados na contenção e no controle de dados, bem como na utilização de dados e no acesso à informação. O presente trabalho trata das colisões que surgem a partir daí e sobre como as possíveis soluções podem se afigurar, considerando-se especialmente o caráter das informações e a privacidade como bens públicos. Desse modo, almeja-se traçar um ponto de partida para as particularidades dessas colisões, principalmente quanto ao fato que, em dado momento, esses valores jurídicos estão associados de forma indissolúvel, mas também, em outro momento, podem se contrapor diametralmente, requerendo, por conseguinte, especial atenção para realizar não só o possível, mas, sim, o desejável normativamente a fim de alcançar soluções efetivas na proteção desses direitos fundamentais.

2 Informações como bens especiais

O direito à proteção de dados é um dos campos mais recentes do direito se consideramos que suas raízes estão na legislação moderna dos anos 1970, na Alemanha, e 1990, no restante da Europa. Contudo, como parte de um direito à informação (mais) amplo, o direito à proteção de dados é, apenas, uma parcela de uma parte do ordenamento jurídico global. Neste, podem ser encontrados, mesmo já em tempos mais remotos, outras formas do direito à informação, dentre

¹ A esse respeito, v. SPIECKER, Indra. Zur Zukunft systemischer Digitalisierung - erste Gedanken zur Haftungs- und Verantwortungszuschreibung bei informationstechnischen Systemen: warum für die systemische Haftung ein neues Modell erforderlich ist. In: *Computer und Recht-CR: Zeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologien*, v. 32, n. 10, 2016, p. 698.

as quais estão, por exemplo, matérias jurídicas como o direito autoral, o direito à patente ou o direito à marca. E não se deve negligenciar a grande quantidade de permissões de acesso a informações de cunho policial e relevantes para a segurança pública. Além disso, já existe, em todo o mundo, uma multiplicidade de ideias de proteção de dados específicos, como, por exemplo, no setor da saúde.

Não obstante, até hoje não existe uma abordagem abrangente de um direito da informação uniforme e global. Por um lado, isso está relacionado com o conceito, a posição jurídica e as características da informação. A própria questão sobre o que vem a ser, de fato, informação e como ela pode ser diferenciada de conhecimento e de dados está longe de estar esclarecida, inclusive no campo da ciência do direito.² Isso fica evidente no fato de legislador e prática jurídica não empregarem esses conceitos de modo uniforme a fim de que o “direito à proteção de dados” e o “direito do acesso à informação” coexistam lado a lado, sem diferenciação de conteúdo.³ Pode-se questionar se o “direito à proteção de dados” não deveria se chamar, na realidade, “direito da proteção da informação”, uma vez que seu objeto de proteção está essencialmente relacionado com informações contextuais.⁴ Isso porque o direito não protege informações de modo abrangente: existem direitos singulares, como, por exemplo, o direito ao nome do art. 12 do Código Civil alemão, bem como existem matérias jurídicas singulares, como o direito à proteção de dados e o direito autoral. Todavia, a própria atribuição de informações, de modo geral, por exemplo, às posições jurídicas protegidas do art. 823, §1º, do Código Civil alemão costuma falhar. Não é à toa que ainda não se sabe bem se a propriedade sobre informações é realmente possível ou como os direitos de disposição dessas podem ser construídos.⁵

Isso tem relação, sobretudo, com as características especiais das informações: na terminologia econômica, elas podem ser conceituadas como “bens públicos”. Como tais, padecem da característica de seu consumo não ser rival, isto é, de seu uso paralelo e múltiplo não depreciar seu valor e sua

² A esse respeito, v. ALBERS, Marion In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-AßMANN, Eberhard; VOBKUHLE, Andreas (Org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts* [“Fundações do Direito Administrativo”], v. II: *Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*. 2. ed.: 2012; §22: *Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten*, notas 8 e ss.; TRUTE, Hans-Heinrich. Wissen – Einleitende Bemerkungen. In: RÖHL, Hans Christian (Org.). *Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts*. 2010, p. 12 e ss.

³ Ocasionalmente, eles são descritos, mas não acertadamente, como duas faces de uma mesma moeda (SCHOCH, Friedrich. *Informationsfreiheit und Informationsrecht*. Jahrbuch 2012, p. 126).

⁴ Isso já fica evidente no conceito de dado pessoal (art. 3º, §1º, da *BDSG*: Depende justamente das etapas intermediárias da identificabilidade).

⁵ A esse respeito, v. SPECHT, Louisa. *Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung: Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels*, Carl Heymanns Verlag, 2012, p. 17 e ss.; BUCHNER, Benedikt. *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2006, p. 201 e ss.

utilidade (é a chamada não rivalidade no consumo). De fato, um jornal pode ser lido por várias pessoas, umas após as outras, ou em conjunto, sem que isso gere obrigatoriamente uma redução do valor da informação para um dos envolvidos. Em segundo lugar, informações costumam carecer da característica de outros poderem ser excluídos do seu uso de fato (é a chamada não excludibilidade do consumo), ou seja, informações também podem ser utilizadas sem autorização. Essas características já esclarecem por que não existe até hoje um direito da informação abrangente. Isso também se aplica ao bem de proteção da privacidade,⁶ devendo-se notar, porém, que privacidade e proteção de dados não andam necessariamente de mãos dadas⁷ e observam conceitos de proteção totalmente distintos. Assim, de acordo com o entendimento europeu e alemão, é totalmente possível uma proteção de dados no espaço público e, nesse sentido, a privacidade vir a proteger muito mais do que apenas dados.

Entretanto, isso leva necessariamente a colisões entre os campos jurídicos existentes e as valorações jurídicas neles expressas, uma vez que interesses, instrumentos regulatórios e conceitos de proteção não estão necessariamente paralelizados. Por conseguinte, há que se proceder a uma compensação dos diversos interesses na informação. Em regra, não se pode recorrer a uma relação que goze de reconhecimento geral ou esteja estabelecida no ordenamento jurídico.

Isso diz respeito, de modo especial, à proteção de dados, já que, nesse âmbito, os interesses em uma contenção de dados por ela perseguidos colidem necessariamente com os interesses ao acesso aos dados defendidos de múltiplas formas. O presente trabalho esboça, dentro da concisão exigida, de quais colisões de interesses trata a proteção de dados. Como essas se manifestam especialmente na internet, o foco será concentrado nos conflitos de interesses que surgem nesse espaço, que também são totalmente distintos – sob o aspecto qualitativo – do uso de dados *off-line*.⁸

3 Interesses envolvidos: um polígono

Os interesses que podem colidir na proteção de dados são classificáveis em vários grupos, que se orientam – grosso modo – por um ciclo de informações

⁶ V. FAIRFIELD, Joshua A. T.; ENGEL, Christoph. Privacy as a public good. *Duke Law Journal*, v. 65, 2015-2016, p. 385 e ss.

⁷ Nesse sentido, porém, até agora, o TJUE, sem necessidade de uma diferenciação; e.g., decisão de 13.05.2014, C-131/12 (Google Espanha).

⁸ Sobre o último ponto, já SPIECKER, Indra. "Online- und Offline-Nutzung von Daten: Einige Überlegungen zum Umgang mit Informationen im Internetzeitalter". In: BARTSCH/ BRINER (org.) *Internet – Überholt die Wirklichkeit das Recht? DGRI-Jahrbuch*, 2010, pp. 39 e ss.

e conhecimentos.⁹ Para as finalidades do presente trabalho, naturalmente essa classificação e sua fundamentação não poderão ser feitas senão de modo rudimentar. Além disso, a atribuição a cada um dos grupos nem sempre pode ser feita de modo exato.

Não obstante, essa atribuição permite uma maior clarificação dos interesses que podem colidir eventualmente e, por conseguinte, uma definição mais precisa das relações entre eles. Além disso, ela torna evidente que determinados conflitos são obrigatórios e inevitáveis. Aqui, conceitos como assimilação, utilização, transmissão, entre outros, não se orientam estritamente pelos conceitos do direito à proteção de dados, pois esse não representa todas as dimensões no ciclo dos conhecimentos. Além disso, em todo caso, com a entrada em vigor do REGPD em maio de 2018, as distinções feitas pelas legislações nacionais até então existentes tornaram-se obsoletas.¹⁰

Em primeiro lugar, encontram-se os interesses daqueles que querem ver a manipulação de dados restringida. Estes, segundo as noções do direito à proteção de dados, são apenas os particulares.¹¹ Em regra, esse interesse pode ser fundamentado com o direito à personalidade ou com um direito à privacidade, mas também podem intervir razões de cunho econômico – por exemplo, quando um empregador potencial não deva ter conhecimento de informações ligadas a relações de trabalho anteriores ou quando uma possível parte contratual não deva tomar conhecimento de determinadas características da outra parte.

Em segundo lugar, estão os interesses daqueles que desejam ter acesso a informações. Inteligentemente, desde o início, o direito à proteção de dados já estabeleceu distinções claras entre as diversas formas do tratamento de dados, exigindo, para cada etapa, uma justificativa própria. Coleta, armazenamento, alteração e processamento ulterior são apenas alguns dos conceitos previstos na lei, que chega até a oferecer a alguns deles uma definição legal. Acesso,¹² como conceito não técnico, significa, para as finalidades do presente trabalho, a primeira etapa da utilização da informação, ou seja, é o processo em que a informação alcança, além de seu detentor original, um terceiro, sendo potencialmente utilizável

⁹ A esse respeito, v. SPIECKER, Indra. Wissensverarbeitung im Öffentlichen Recht. In: *Rechtswissenschaft*. 2010, p. 247 e ss.

¹⁰ Cf. art. 1º, §1º, DSGVO. Sobre a cláusula de flexibilidade para o direito nacional, apesar da existência de uma legislação europeia, por exemplo, BENECKE, Alexander; WAGNER, Julian. Limits and Opportunities of Member State Data Protection Law. In: *European Data Protection Law Review - EDPL*, n. 2, 2016, p. 353 e ss.

¹¹ É outro desiderato abordar finalmente uma proteção abrangente de dados comerciais e industriais – não apenas de sigilos industriais e comerciais!

¹² O conceito é claramente mais amplo que aquele empregado pelo legislador, isto é, “coleta”, e abrange, por exemplo, a “informação imposta”.

por este. Aqui, não se exige o conhecimento ativo. Esse acesso é o primeiro a gerar o potencial de risco, já que é a partir dele que se pode conceber um tratamento ulterior por outrem que não o interessado. Ilustrativamente, dentre os campos do direito da informação, estão o direito à proteção de dados e o direito de acesso à informação, sobretudo que se interessam por essa possibilidade de acesso como objeto de regulação. Já outros campos do direito – como, por exemplo, o direito autoral – iniciam-se apenas com o emprego fático de informações, sendo a mera troca na possibilidade de acesso irrelevante nesses campos. Interesses de acesso são muito abrangentes. Essencialmente, há que se distinguir – e é justamente isso o que faz o direito à proteção de dados – entre interesses de acesso indefinidos (“a informação pode vir a ser útil em algum momento”), que não são protegidos, e interesses de acesso estimulados por ideias de processamentos posteriores, que são totalmente reconhecidos (execução contratual, interesses públicos, interesse próprio do detentor da informação etc.). Na era do *Big Data*, vem aumentando consideravelmente o interesse no mero acesso, sem qualquer outro interesse concreto percebido em um primeiro momento.

Os outros grupos, que têm necessariamente um interesse também no acesso antecipado, porque apenas este lhes possibilita o tratamento ulterior tal como o concebem, são definidos de acordo com o respectivo interesse de utilização. Eles pretendem fazer uso das informações para finalidades determinadas. Entretanto, essas finalidades são consideravelmente diferentes umas das outras, possibilitando, por conseguinte, que se estabeleça nelas uma distinção.

Em primeiro lugar, há que se mencionar o grupo dos reais usuários das informações. Eles pretendem utilizar os dados para uma finalidade própria, como, por exemplo, concluir um contrato, conseguir avaliar melhor outrem, preparar uma decisão própria ou satisfazer outro interesse próprio qualquer no conteúdo da informação. Frequentemente, nesse campo, a utilização de dados restringe-se a contextos em que eles são utilizados uma única vez, contextos (mais) estreitamente limitados. Nesses casos, a motivação da finalidade da utilização de dados poderá ser encarada de modo absolutamente crítico se considerarmos que a curiosidade e até mesmo o *stalking* podem constituir finalidade.

Intimamente relacionados a esse grupo estão aqueles outros que se reúnem sob o conceito de “público” e aos quais, muitas vezes, são atribuídos interesses jurídicos próprios.¹³ O interesse pessoal desses grupos é, então, revalorizado, mais uma vez, pela norma por meio de interesses acessórios, como transparência, controle estatal, aperfeiçoamento das decisões (estatais), maior legitimação etc.

¹³ Esse é o caso, particularmente, no direito de acesso à informação, mas também se aplica ao direito à proteção de dados.

Esses interesses não são genuinamente próprios do indivíduo, mas lhes são atribuídos pelo direito de modo fictício. Isso torna já claro que a equiparação entre interesse público e interesses individuais não precisa estar necessariamente presente e que isso nem sempre é refletido ou mesmo tencionado pelo próprio indivíduo: aquele que, por curiosidade, recebe informações do Estado através de direitos de acesso à informação zela também por seu controle, mas, possivelmente, sem querer ou mesmo sem estar de acordo com isso.

Outro grupo de interesses é formado pelos prestadores de serviços de informação. Eles processam seus dados acessíveis de modo a gerar novas informações e fornecem o conteúdo. Recombinação de informações é algo significativo não apenas sob o aspecto pontual, mas também estrutural. A informação é interessante para os prestadores de serviços de informação não por motivos pessoais, mas, em regra, como modelo de negócio em sentido amplo.¹⁴ Desse grupo, fazem parte, por exemplo, gestores de arquivos de informação e *scoring*. É característica desse grupo o interesse particularmente grande na utilização ulterior, que não se esgota numa única utilização. Além disso, muitas vezes,¹⁵ dados isolados são pouco significativos, pois prestadores de serviços de informação costumam estar interessados numa multiplicidade de registros de dados.

Outro grupo a ser considerado é o dos intermediários da informação. Eles difundem e distribuem as informações existentes, apenas tornando-as acessíveis a terceiros. O ulterior processamento da informação – por exemplo, mediante recombinação, complementação, etc. – fica em segundo plano em relação à função de difusão.¹⁶ Muitas vezes, isso se dá através de uma função *pull*, ou seja, o cliente define qual informação disponível no intermediário de informação ele “puxará”. Por essa razão, seu interesse primeiro reside no acesso e na possibilidade de divulgação (inalterada). Exemplos típicos disso são os gestores de *sites* de busca, os dicionários e enciclopédias *on-line*, como a Wikipédia, ou os *sites* de comparação de preços. Também podem ser incluídas aqui as redes sociais de todos os tipos, em sua função orientada para o ambiente externo. Contudo, o fato de existirem também outros interesses na lida com informações

¹⁴ Nem mesmo um prestador de serviços de informação não comercial tem um interesse próprio na informação em si, mas, sim, um interesse em prestar o serviço a um cliente.

¹⁵ É claro que nem sempre é assim: um detetive deve justamente fornecer a prova da traição de uma pessoa determinada.

¹⁶ Não obstante, a difusão, por sua vez, pode decorrer de acordo com determinados critérios, como, por exemplo, a disposição de resultados de pesquisa de acordo com determinados critérios do operador do *site* de busca, sem que com isso a utilização principal das informações seja reduzida na divulgação.

não impede que elas sejam classificadas como intermediárias de informação quanto a funções relacionadas a esse âmbito.

Próximos dos interesses dos intermediários de informação estão os interesses dos difusores de informação. É típico destes não apenas processar, selecionar e difundir a informação existente, como também proceder a uma estruturação e a uma avaliação autônoma do conteúdo da informação antes de difundi-la. Ou seja, eles não se limitam apenas a difundir, mas também processam a informação. Integrantes típicas desse grupo são as atividades jornalísticas clássicas, inclusive as atividades editoriais.

Por fim, há que se considerar ainda – em relação à internet, justamente – os interesses daqueles que não colaboram diretamente para a informação, mas mantêm disponível uma infraestrutura para a obtenção e a utilização de informações. Fala-se aqui, sobretudo, das plataformas de conteúdo na internet, que oferecem a terceiros a possibilidade de gerar e difundir conteúdos próprios. Elas podem ser classificadas neste grupo, do mesmo modo que as demais estruturas de distribuição, para difundir os conteúdos de informação reais e, quanto mais intensamente elas estruturam os conteúdos que são incorporados, mais poderão ser também intermediárias de informação.

Não apenas esse último grupo torna ainda mais claro, definitivamente, que não é possível determinar com exatidão quais são os grupos de interesses diante das estruturas de utilização de informações na internet.¹⁷ Muitas vezes, é justamente nos limiares que se torna difícil uma classificação. Ademais, muitos difusores de informações costumam defender vários desses interesses, conforme a orientação de suas atividades. Assim, será incluído em vários grupos um gestor de *site* de pesquisa que também analisa as solicitações de pesquisa com o fim de vender essa análise a terceiros para que estes possam ajustar suas ofertas. Em regra, porém, é possível descrever, ao menos, as diferentes etapas da informação, separando-se os interesses de acordo com essa distinção, o que torna possível uma classificação, em todo caso, quanto à determinada informação.

4 Compensação de colisões de interesses

Esses diferentes grupos de interesses são definidos de modos distintos do ponto de vista jurídico. Em regra, o direito atribuiu-lhes posições jurídicas próprias, procedendo até mesmo a uma valoração jurídico-constitucional em alguns casos.

¹⁷ Nessa medida, as dificuldades do direito das mídias clássico também prosseguem de modo potencializado na internet.

A compensação entre essas posições jurídicas é de considerável relevância, mas, ao mesmo tempo, coloca o direito diante de problemas centrais. Não se trata aqui de um problema novo do direito à proteção de dados, mas, sim, de uma questão que apresenta dificuldades fundamentais na lida com conflitos de interesses multipolares.

4.1 Limites analíticos

Foram escritos livros sobre a ponderação de diferentes posições jurídicas¹⁸ sem que se possa falar de uma posição segura sobre essa questão da ciência do direito. As exposições que se seguem não de ser necessariamente limitadas, não podendo abordar uma série de problemas. Não obstante, elas são feitas com base nesses problemas.

Um desses problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais está no tratamento não esclarecido do acúmulo de violações aos direitos fundamentais e da pluralidade de posições jurídicas fundamentais atingidas.¹⁹ Isso se aplica do mesmo modo à dificuldade geral de determinar com exatidão a intensidade das violações e, com maior razão, à intensidade de violações de informação.²⁰ Em todo caso, não se pode sustentar facilmente o argumento de que as violações de informação são, *per se*, menos agressivas do que, por exemplo, outras medidas de direito regulatório²¹ sem que a tese contrária seja necessariamente correta.

Intimamente relacionada com essa questão está a problemática de que informações e violações da informação, como bens públicos que são, apresentam possivelmente, além dos problemas já ilustrados, atributos e características especiais, que a discussão tradicional, orientada por ponderações gerais, nem sempre pode abranger. Dentre eles, estão, por exemplo, aspectos especiais da cadeia de valores no caso de informações e serviços de fornecimento de informações na internet, bem como a questão ainda não esclarecida sobre o

¹⁸ Em vez de muitos, v. apenas HOFMANN, Ekkerhard. *Abwägung im Recht: Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht*. 2007.

¹⁹ A esse respeito, v., por exemplo, SCHAKS, Nils. Das Verbot der Belastungskumulation als Bestandteil der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. In: *DÖV* 2015, p. 817 e ss., com outras remissões e o panorama do estágio da discussão.

²⁰ Apesar disso, o direito à autodeterminação informativa continua dispondo de critérios comparativamente definidos com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.

²¹ Nesse sentido, e.g., em especial o direito policial, na dogmática sobre a suspeita de risco, cf. KINGREEN/ POSCHER. In: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KNIESEL, Michael. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 2014: 8ª ed., §4º, notas marginais 50 e ss.; DARNSTÄDT, Thomas. *Karlsruher Gefahr- Eine kritische Rekonstruktion der polizeirechtlichen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Vorratsdaten-Urteil und im Online-Urteil*. In: *DVBj*, 2011, p. 263 e ss.

modo como se deve lidar com informações que dizem respeito a várias pessoas. Por essa razão, pode haver uma necessidade especial de ajuste na ponderação.

Além disso, outro grande problema deriva do fato de questões jurídicas prejudiciais não levarem (ou poderem levar) em conta as peculiaridades da interconectividade, da internet e da digitalização. Entre o tratamento de dados no ambiente *off-line* e no ambiente *on-line*, existem diferenças fundamentais de caráter quantitativo e qualitativo, de modo que as argumentações não podem ser facilmente transpostas. Sob essas condições, a comunicação mudou fundamentalmente, e as transformações cognitivas que isso implica permanecem amplamente inexploradas, não tendo chegado ainda ao direito. Também nesse âmbito, o aprofundamento do presente trabalho não pode ser senão limitado, muito embora ele tenha peso relevante para a definição de uma compensação.

Por isso, as reflexões que se seguem restringem-se a trabalhos exploratórios – também devido ao formato e aos limites do artigo. Elas indicam alguns elementos centrais, esclarecem por que, afinal, acontecem determinadas colisões e mostram que nem mesmo os interesses individuais precisam ser colocados em posições paralelas (2) e quais mecanismos potenciais devem ser considerados numa compensação (3). Assim sendo, o objetivo aqui não é apresentar um manual para uma compensação abrangente, tampouco proceder a uma análise jurisprudencial ou discutir abordagens existentes.

4.2 Colisão

É frequente que atividades relacionadas à informação, principalmente na internet, levem à colisão de diferentes interesses. Quem coloca *on-line* as fotos de uma excursão escolar permite que uma grande quantidade de pessoas e máquinas visualize e analise essas fotos do ponto de vista pessoal ou técnico. Quem posta avaliações sobre um médico num *site* de avaliações permite conclusões sobre sua própria pessoa, enfermidade e quanto a seus próprios critérios de avaliação. Por meio das buscas feitas em *sites* de pesquisa ou enciclopédias *on-line*, é possível apurar as necessidades de conhecimento e, por conseguinte, o processo de tomada de decisão do usuário. Todas essas operações podem comportar ganhos de liberdade, mas, também, podem muito bem levar a perdas de liberdade. Como as consequências para o campo da liberdade não coincidem em uma única pessoa, mas atingem várias pessoas, existe um conflito dos interesses envolvidos pré-programado. Quem tem a finalidade de difundir dados costuma se sentir limitado pela proteção de dados; quem exerce ativamente seus direitos de personalidade considera-se restringido nesse exercício pela difusão de informação.

Muitas vezes, esses diferentes interesses são apresentados como uniformes em si. De acordo com isso, a esfera pública tem certo interesse na difusão de informação; o intermediário de informação, em geral, gostaria de ter acesso a informações; o prestador de serviços de informação visa basicamente à maior quantidade possível de informações. E, inversamente, o interessado, em princípio, visa à prevenção e à economia de dados. Que essa última afirmação não seja correta *per se* é algo que pode ser visto claramente no comportamento fático de muitos particulares, que difundem seus dados pessoais de modo objetivo. Isso também é juridicamente reconhecido – não por acaso, o direito à proteção de dados previsto no direito alemão é um direito fundamental à autodeterminação informativa. Mas, além disso, existem outras desconformidades nos interesses a serem consideradas.

Assim, há que se distinguir entre interesses comerciais e direitos privados pessoais. Mesmo quem pratica uma difusão de informações por motivos privados pode ter uma postura crítica em relação à exploração comercial das informações. De qualquer modo, é frequente que interesses econômicos e não materiais encontrem-se lado a lado, podendo muito bem contradizer-se, ainda que ambos os titulares de interesses pertençam a um mesmo grupo. E até mesmo interesses comerciais podem apresentar configurações muito variadas no que se refere à relação com o tratamento das informações. Quem disponibiliza uma plataforma para outrem ou administra um *blog* depara com limitações diferentes daquelas encontradas por um prestador de serviços de informação que visa a uma grande quantidade de informações ou também por um prestador de serviços de informação que realiza a busca e o processamento de informações especialmente valiosas. Quem oferece serviços de classificação deseja usar informações diferentes daquele que simplesmente transmite informações.

Aliás, os conflitos de interesses inerentes tornam-se particularmente claros no caso do Estado: uma tarefa genuína – garantia da segurança – encontra-se em conflito permanente com outra tarefa genuína – asseguramento da liberdade. O Estado dispõe de interesses próprios na utilização de dados enquanto, ao mesmo tempo, deve se empenhar na contenção de dados. Observando-se mais de perto, no Estado e em suas diferentes tarefas e competências encontram-se, novamente, todos os grupos de interesses acima mencionados: ele é usuário, interessado, intermediário de informação, difusor, prestador de serviços e até produtor de informação.

4.3 Pontos de partida para uma compensação de interesse

Mas quais podem ser os potenciais pontos de partida para uma compensação dos diferentes interesses, que nem sequer em si mesmos são uniformes?

4.3.1 Proteção preliminar *versus* prejuízo

Um ponto de partida possível é a estimativa do respectivo momento de acesso e de sua importância para a realização dos direitos envolvidos. Proteção de dados é um direito de proteção que se inicia no campo da prevenção; ele visa a um campo preliminar. Não apenas a utilização real é vista como problemática, mas já a possibilidade de acesso.

Isso é sistemático e também lógico se considerarmos o direito à proteção de dados como direito de regulação técnica. Como tal, ele se insere, em sua orientação, na multiplicidade de leis técnicas que, para começar, identificam um risco oriundo de uma nova tecnologia inovadora, acompanhando, então, sua evolução com um princípio de prevenção.²² Abordagens comparáveis podem ser encontradas – por exemplo, mas não apenas – nas legislações relativas a medicamentos, tecnologia de materiais e manipulação genética. As próprias exposições do *BVerfG* (Tribunal Constitucional Alemão)²³ na decisão sobre o censo populacional tornam evidente que se tratava de acompanhar preventivamente, no âmbito do direito, as vastas consequências de um novo tipo de tecnologia – qual seja, o processamento automatizado de dados. Já a maioria das posições jurídicas conflitantes não segue essa ideia do campo preliminar: liberdade de opinião ou de exercício profissional, por exemplo, requer a existência fática de um prejuízo.

Assim, algumas posições conflituosas entre o direito à proteção de dados e outros campos do direito passam a ser compreensíveis: quem opera no campo da proteção preliminar não pode esperar até que exista um prejuízo (por exemplo, causado por conhecimento, utilização ou embasamento de decisão fática). Muito pelo contrário, a proteção de dados exige uma intervenção precoce. Isso, por sua vez, vem a colidir com a ideia de outras posições jurídicas se verem prejudicadas apenas em caso de limitação evidente. Aqui, basicamente, concede-se à proteção de dados uma primazia, porque a posição jurídico-constitucional baseia-se na proteção preliminar e, por conseguinte, intervém antes da limitação fática.

²² Cf., nesse sentido, também LADEUR, Karl-Heinz. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion? In: *DÖV*, 2009, p. 45- 54.

²³ *BVerfGE* 65, 1.

4.3.2 Efeitos para a coletividade e imutabilidade

Um segundo ponto de partida pode ser visto na pergunta sobre se, juntamente com a proteção de uma posição jurídica do indivíduo, também são protegidas as mesmas posições jurídicas de outras pessoas, isto é, se a realização da posição jurídica do indivíduo depende também de outras posições jurídicas de outras pessoas serem protegidas. Dogmaticamente, esse ponto de partida é ancorado pelo ordenamento de valores objetivo transmitido pelos direitos fundamentais. Todavia, os impactos têm intensidades diferentes para os diferentes direitos fundamentais. Em todo caso, comparativamente, direitos de propriedade clássicos, como a propriedade de coisas materiais, não sofrem tanto se forem concedidos menos direitos amplos a outras pessoas.²⁴ Em contrapartida, proteção de dados e liberdade de opinião somente podem surtir efeitos em um ambiente definido, na mesma medida, pela proteção de dados e pela liberdade de opinião.

Isso, por sua vez, leva à observação de que determinadas violações são irreversíveis e seus efeitos não podem ser restituíveis: informação é algo que não pode ser recuperado, ela não pode ser esquecida coercitivamente, pois influencia decisões. Em contrapartida, perdas econômicas, por exemplo, são compensáveis. Elas podem ser amortizadas e revertidas, e outras atividades também podem ser compensadas.

4.3.3 Bases para o exercício de outros direitos fundamentais

Outro ponto de partida que se pode invocar é o efeito remoto da limitação de um direito fundamental sobre o exercício de outros direitos fundamentais. Basicamente, têm menor peso aquelas restrições de direitos que, por sua vez, constituem o fundamento para o exercício do direito de liberdade, que é garantido por outros direitos. Quando a liberdade de opinião ou proteção de dados sofre uma restrição considerável, não é possível manter outros direitos fundamentais, como liberdade de reunião, voto livre ou mesmo, de modo mais amplo, um sistema democrático.

²⁴ Não é assim na legislação relativa à proteção da vizinhança ou relativa à proteção contra emissões de gás.

4.3.4 Compacidade jurídico-informacional

Está claro que as posições jurídicas apresentam distintas compacidades jurídico-informacionais. A atribuição de ganhos e perdas no ramo da informação, a determinação de seus riscos e chances, a avaliação da cadeia de valor e dos impactos produzidos sobre ela costumam ser menos um problema atinente ao direito da informação e mais um problema do campo do direito econômico. A deficiência do mercado na área do direito das telecomunicações repousa nas peculiaridades da rede, não na informação transportada. Em consequência disso, esse aspecto também é capaz de orientar a ponderação: quais peculiaridades se apresentam justamente em razão da arquitetura especial da internet e da informação, além desses problemas de caráter geral? Quais desafios surgem para o direito oriundos justamente da esfera da informação e de suas peculiaridades? Quais são, pelo contrário, de natureza geral? O que é necessário para assegurar um mercado funcional para informações, considerando-se sua qualidade de bem público? A separação entre dificuldades e interesses gerais e, especificamente, jurídico-informacionais pode contribuir para orientar a diferenciação ao longo do processo de ponderação.

5 Conclusão

Ainda falta muito para a criação de um direito da informação uniformizado, que estabeleça um equilíbrio adequado entre os múltiplos interesses, torne os mercados da informação funcionais e aprimore decisões tanto privadas quanto públicas, preservando, ao mesmo tempo, os direitos de liberdade de todos os interessados, protegendo a inovação, a democracia e a privacidade e, além disso, integrando potências, evoluções e interesses europeus e globais. Diante desses objetivos variados e – como se mostrou – algumas vezes necessariamente contraditórios, as expectativas a esse respeito não podem ser demasiadamente elevadas.

Até lá, o direito à proteção de dados entrará em colisão várias vezes com outros direitos – isso é ilustrado de modo marcante por sentenças recentes do TJUE, como as decisões sobre conservação de dados²⁵ (liberdade *versus* segurança; Estado *versus* cidadão), sobre o Google Espanha²⁶ (privacidade; proteção de dados; família *versus* liberdade de empreendimento; liberdade de

²⁵ TJUE, decisão de 08.04.2014 – C-293/12 e C-594/12.

²⁶ TJUE, decisão de 13.05.2014 – C-131/12.

opinião; liberdade de informação; cidadão *versus* empresa) ou sobre o acordo *Safe Harbor*²⁷ (privacidade; controle organizacional *versus* mercados da informação; Estado *versus* Estado). Nas diferentes colisões, os interesses juridicamente assegurados envolvidos mudam, e, conforme os fatos, alteram-se também as alianças entre as posições jurídicas envolvidas. Liberdade de opinião e proteção de dados podem estar associadas de modo indissolúvel, mas também podem se contrapor diametralmente.

Uma lida cautelosa com essas colisões multifacetadas, uma especificação dos interesses envolvidos e de suas bases normativas, uma consciência da variação dentro dos próprios grupos de interesses e uma consideração dos diferentes métodos e objetivos de proteção podem, ao menos, contribuir para que se tratem essas colisões de forma estruturada e com sensibilidade para as consequências. Isso trará benefícios de médio e longo prazo para a proteção de dados e contribuirá para que sociedade, política e economia evoluam mesmo em tempos de digitalização e internet, fazendo-se não apenas aquilo que é possível, mas também aquilo que é desejável normativamente.

Abstract: Information technology has brought about profound changes in the legal reality, which demands special attention to the fundamental right to data protection and its possible collisions with other individual rights. These collisions have particularities because they involve public goods, which cover multipolar interests related to access and manipulation of information, as well as peculiarities of interconnectivity, Internet and digitization. Moreover, in the context of these collisions, the fundamental right to data protection needs to take precedence, because its legal-constitutional position is based on a preliminary protection, which intervenes before the factual limitation and causes different protection methods and objectives. Thus, the lack of a uniform law field capable of establishing an appropriate balance between the various interests involved in data protection leads to the possibility of this fundamental right colliding, on several occasions, with other fundamental rights. Therewith, greater caution is required to reach a structured and sensitive solution to the consequences of this kind of multifaceted collision as a way to contribute to society, politics and economy evolve even in times of digitization and the Internet.

Keywords: Fundamental right to data protection. Fundamental right of access to information. Internet. Multipolar interests. Collisions of interests.

Summary: **1** Introduction – **2** Information as special goods – **3** The interests involved: a polygon – **4** Compensation of interest collisions – **5** Conclusion – References

²⁷ TJUE, decisão de 06.10.2015 – C-362/14.

Referências

- ALBERS, Marion. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; VOßKUHLE, Andreas (Org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen. 2. ed.: 2012; §22: Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, notas 8 e ss.
- BENECKE, Alexander; WAGNER, Julian. Limits and Opportunities of Member State Data Protection Law. In: *European Data Protection Law Review - EDPL*, n. 2, 2016, p. 353 e ss.
- BUCHNER, Benedikt. *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2006.
- DARNSTÄDT, Thomas. Karlsruher Gefahr- Eine kritische Rekonstruktion der polizeirechtlichen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Vorratsdaten-Urteil und im Online-Urteil *DVBI*, 2011, p. 263 e ss.
- FAIRFIELD, Joshua A. T.; ENGEL, Christoph. Privacy as a public good. *Duke Law Journal*, v. 65, 2015-2016, p. 385 e ss.
- HOFMANN, Ekkerhard. *Abwägung im Recht: Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht*. 2007.
- LADEUR, Karl-Heinz. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion? In: *DÖV*, 2009, p. 45- 54.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KNIESEL, Michael. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 8. ed. C. H. Beck, 2014.
- SCHAKS, Nils. Das Verbot der Belastungskumulation als Bestandteil der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. In: *DÖV* 2015, p. 817 e ss.
- SCHOCH, Friedrich. *Informationsfreiheit und Informationsrecht*. Jahrbuch 2012, p. 126.
- SPECHT, Louisa. *Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung- Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels*, Carl Heymanns Verlag, 2012.
- SPIECKER, Indra. Online- und Offline-Nutzung von Daten: Einige Überlegungen zum Umgang mit Informationen im Internetzeitalter. In: BARTSCH/BRINER (Org.). *Internet – Überholt die Wirklichkeit das Recht? DGRI-Jahrbuch*, 2010. p. 39 e ss.
- SPIECKER, Indra. Wissensverarbeitung im Öffentlichen Recht. In: *Rechtswissenschaft*. 2010, p. 247 e ss.
- SPIECKER, Indra. Zur Zukunft systemischer Digitalisierung - erste Gedanken zur Haftungs- und Verantwortungszuschreibung bei informationstechnischen Systemen: warum für die systemische Haftung ein neues Modell erforderlich ist. In: *Computer und Recht-CR: Zeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologien*, v. 32, n. 10, 2016, p. 698-704.
- TRUTE, Hans-Heinrich. Wissen – Einleitende Bemerkungen. In: RÖHL, Hans Christian (Org.). *Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts*. 2010, p. 12 e ss.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A62012CA0293>>. Acesso em: 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SPIECKER, Indra. O direito à proteção de dados na internet em caso de colisão. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 17-33, jan./jun. 2018.

Submetido: 10.10.2017

Aprovado: 13.05.2018

Cota convite