

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E A NECESSIDADE DE BOAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SUA PLENA EFETIVAÇÃO

THE GENERAL DATA PROTECTION LAW AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND THE NEED FOR GOOD PUBLIC POLICIES FOR ITS FULL EFFECTIVENESS

CHEDE MAMEDIO BARK

Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Ciências Sociais do Estado do Paraná – ICSP/PR com complementação em Metodologia de Ensino Superior, Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR/PR, Procurador de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: cmbark@mppr.mp.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9792-2401>; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2911487967925743>;

RESUMO

O presente estudo que utilizou, primordialmente, o método dedutivo com base em fontes bibliográficas, visa estabelecer uma discussão sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, com inspiração no Direito Europeu, mais precisamente, no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, e a necessidade de políticas públicas adequadas para a sua completa implementação, mormente se visualizado em nosso ordenamento jurídico, como um direito social fundamental. Partiremos da análise da questão dos chamados direitos fundamentais em suas vertentes, para colimar soluções razoáveis para a prática de políticas públicas eficientes, eficazes e, principalmente, efetivas, ao tratar da aludida lei, muito embora a proteção pessoal de dados não esteja prevista, expressamente, em nosso texto constitucional. Sob a ótica doutrinária visualizaremos a questão da referida lei frente a nossa realidade social e econômica, procurando demonstrar que o fator das políticas públicas não pode se resumir a uma ação isolada, indo mais além, ou seja, com ingerência de todos os atores sociais, além do próprio Estado. Enfim, acenamos para uma discussão que possa desembocar numa visão mais adequada de políticas públicas, pautada para colirmos uma abordagem axiológica, nesta visão mais abrangente, que deve se expandir num olhar da responsabilidade social do ente público em todos os seus níveis, perante toda a sociedade, na procura de soluções, diante da nova lei geral de proteção de dados, em cujo comprometimento se espera de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados; Políticas Públicas; Direito Fundamental; Efetividade.

ABSTRACT

This study, which primarily used the deductive method based on bibliographic sources, aims to establish a discussion on the General Data Protection Law, inspired by European Law, more precisely, by the General Data Protection Regulation of the European Union, and the need for adequate public policies for their complete implementation, especially if viewed in our legal system, as a fundamental social right. We will start from the analysis of the issue of the so-called fundamental rights in their aspects, to collate reasonable solutions for the practice of efficient, effective and, above all, effective public policies, when dealing with the law, even though the personal protection of data is not expressly provided for in our constitutional text. From a doctrinal perspective, we will view the issue of the law considering our social and economic reality, seeking to demonstrate that the factor of public policies cannot be reduced to an isolated action, going further, that is, with interference by all social actors, in addition to the State itself. Finally, we suggest a discussion that can lead to a more adequate view of public policies, guided by an axiological approach, in this broader view, which should expand in a view of the social responsibility of the public entity at all its levels, before the entire society, in the search for solutions, in the face of the new general law on data protection, in whose commitment a true Democratic Rule of Law is expected.

Keywords: General Data Protection Law, Public Policy, Fundamental Law, Effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição dirigente de 1988 vincula o legislador a uma série de tarefas constitucionais que devem ser realizadas, mediante programas normativos, possuindo forte cor comunitária (preâmbulo da CF/88), sendo que na democracia republicana há uma assimilação entre administração pública e sociedade¹, havendo ênfase a projetos coletivos de felicidade.

A despeito do teor comunitário da CF/88 há elementos de democracia deliberativa num processo de auto entendimento da comunidade, tendo foco na criação/ampliação de direitos e procedimentos, desde a esfera pública até a tomada da decisão política, que está racionalizada em discursos onde os direitos fundamentais são necessários para o processo deliberativo. Desse modo, a Constituição de 1988, estabelece projetos coletivos, além de projetos individuais de vida, com alguns direitos de teor universalista (direito à educação e saúde dotados de universalidade intersubjetiva).

¹Sendo que na visão de Hegel o Estado seria a sociedade politicamente organizada.

A atual Constituição Federal possui princípios norteadores do Estado Liberal como a propriedade privada, a livre iniciativa e a livre concorrência e, de outro lado, princípios característicos do Estado Social que seriam a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades e a valorização do trabalho humano.

Com a reaproximação entre a Moral e o Direito a Constituição Federal de 1988 trouxe a ideia de Estado Democrático de Direito, elencando direitos fundamentais que criassem condições mínimas de existência a todos indistintamente.

Os direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão) possuem natureza jusnaturalista (SARLET², 2006, p.54) sendo que seriam o direito à vida, direito à liberdade, direito à propriedade e direito à igualdade, inclusive sendo complementados pelas liberdades coletivas, sendo direitos subjetivos que representam o direito de defesa perante o poder do Estado (ALÁRCON³, 2004, p.77).

A segunda geração refere-se aos direitos fundamentais, que são coletivos, sociais e econômicos, onde o cidadão “tem influência” no direito das prestações estatais, subordinadas na reserva do que é possível ser cumprido pelo Poder Público, de acordo com a situação econômica e o orçamento disponível.

Os direitos de terceira geração referem-se aos direitos de solidariedade e/ou fraternidade, que não estão atrelados ao ser humano de forma individual, destinando-se à proteção de grupos (BONAVIDES⁴, 1997, p.523), não podendo mensurar o número exato de pessoas protegidas (exemplo: direito ao meio ambiente ou à qualidade de vida).

Para Paulo Bonavides há uma quarta geração de direitos fundamentais que é composta pelos Direitos à Democracia e à Informação, assim como o Direito ao Pluralismo (BONAVIDES⁵, 1997, p.524).

² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais e Proibição de Retrocesso: Algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise.** In: **Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais.** DE PAULA, Alexandre Sturion. (coordenador), Campinas, Servanda, 2006.

³ ALÁRCON, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988,** São Paulo, Método, 2004.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, São Paulo, Malheiros, 1997.**

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, São Paulo, Malheiros, 1997.**

Em nosso ordenamento jurídico, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal⁶, e o artigo 21, do Código Civil⁷, fundamentam a proteção da esfera privada de uma pessoa, referindo-se tanto à vida privada, quanto à intimidade da Pessoa Humana.

Destarte, a estrutura constitucional dos Direitos Fundamentais leva ao reconhecimento de que a proteção de dados pessoais, ainda que não prevista, expressamente, no texto constitucional, pode ser feita tanto da proteção à intimidade (artigo 5º, inciso X), quanto do direito à informação (artigo 5º, inciso XIV), ou do direito ao sigilo de comunicações e dados (artigo 5º, inciso XII), assim como da garantia individual ao conhecimento e correção de informações sobre si pelo *Habeas Data* (artigo 5º, inciso LXXII).

2 DESENVOLVIMENTO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei 13.709/18) dispõe sobre o tratamento de dados de pessoas naturais, tanto por meio físico, quanto por meio digital, reconhecendo a finalidade da tutela desses dados/informações para a proteção de direitos, como os da liberdade de expressão e de comunicação, privacidade, honra, imagem, autodeterminação informativa e livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2º).

Ademais, a referida lei reconhece a efetivação, e promoção, de direitos humanos fundamentais como justificativa para a tutela dos dados pessoais (artigo 2º, inciso VII).

A lei protege situações que concernem, exclusivamente, à operações de tratamento de dados, isto é, aquelas “que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (artigo 5º, inciso X).

⁶ Artigo 5º, X, CF – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁷ Art. 21, Código Civil - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.



Percebe-se pelo rol descritivo do que se entende por tratamento de dados, que inúmeras atividades que envolvem dados pessoais sofrerão a limitação e escrutínio da referida lei.

Há, contudo, algumas exceções relevantes à aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, enumeradas, taxativamente, no artigo 4º, quais sejam: (I) tratamento por pessoas naturais para fins particulares e não econômicos; (II) tratamento para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos ou acadêmicos; (III) tratamento para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; e (IV) tratamento de dados provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequados ao previsto na LGPD.

Em relação aos princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, a sua previsão é reconhecida no artigo 6º, da LGPD, com o objetivo de restringir a atividade de tratamento de dados pessoais, exigindo-se que haja o seu cumprimento para que seja reconhecida a licitude da atividade.

São os seguintes princípios previstos na lei: Finalidade, Adequação, Necessidade, Livre Acesso, Qualidade dos Dados, Transparência, Segurança, Prevenção, Não Discriminação, Responsabilização e Prestação de Contas.

A Lei Geral de Proteção de Dados, faz uma distinção entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis, onde dado pessoal é composto por informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável (artigo 5º, inciso I) e dado pessoal sensível se refere à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (artigo 5º, inciso II).

Inobstante, a referida lei geral de proteção de dados (LGPD), trazer um conceito ampliado dos dados pessoais sensíveis, o direito brasileiro, anteriormente, já possuía legislação própria, através da Lei de Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), que já previa em seu artigo 3º, § 3º, inciso II, a proibição de anotação nos bancos de dados para

créditos “*informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas*”; querendo traduzir que para a análise de concessão de crédito estariam vedadas todas as informações de natureza personalíssima que não se relacionassem com a finalidade da análise de crédito, inclusive para evitar qualquer tipo de tratamento discriminatório.

Dos Princípios previstos, dois são de vital importância, quando do tratamento de dados sensíveis, que seriam: o Princípio da Finalidade e o da Não Discriminação.

Pelo Princípio da Finalidade, os dados devem ser tratados para determinados propósitos, que devem ser informados ao titular de dados previamente, de maneira explícita e sem que seja possível a sua utilização posterior para outra aplicação.

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

Ainda com relação ao princípio da finalidade, Maria Celina Bodin de Moraes, em apresentação à obra de Stefano Rodotà, entende que o tratamento de dados e especialmente a sua coleta “não pode ser tomada como uma rede jogada ao mar para pescar qualquer peixe”. Ao contrário, as razões de coleta, principalmente quando se tratar de “dados sensíveis”, devem ser objetivas e limitadas” (MORAES, 2008, p. 9). A medida dessa objetividade e limitação será determinada justamente pela finalidade legítima do tratamento, que fica condicionada “à comunicação preventiva ao interessado sobre como serão usadas as informações coletadas; e para algumas categorias de dados especialmente sensíveis estabelece que a única finalidade admissível é o interesse da pessoa considerada” (RODOTÀ, 2008, p. 87).

Em relação ao Princípio da Não Discriminação, fica vedada a utilização dos dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

O legislador, ao relacionar o uso discriminatório às qualidades de ilicitude e abusividade, parece reconhecer a possibilidade de tratamento distintivo, desde que lícito e não abusivo. Ou seja, há a possibilidade de tratamentos discriminatórios de dados,

desde que não se caracterizem pela ilicitude ou abusividade, o que será determinado segundo critérios definidos tanto pelas regras expressas de direito civil e penal, quanto por princípios como o da boa-fé objetiva. Em sentido semelhante, Rodotà sustenta que a formação de perfis baseados em dados pessoais sensíveis pode gerar discriminação [...] seja porque dados pessoais, aparentemente não “sensíveis”, podem se tornar sensíveis se contribuem para a elaboração de um perfil; seja porque a própria esfera individual pode ser prejudicada quando se pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil com conotações negativas” (RODOTÀ; 2008, p. 56).

Os direitos fundamentais, previstos em nosso texto constitucional, formam “*um conjunto complexo e extremamente heterogêneo de posições jurídicas*” (SARLET, 2008, p.118), e conforme ensinamentos de Konrad Hesse, os Direitos Fundamentais cumprem a função de “*criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana*” (HESSE apud BONAVIDES, 2001, p.514).

Para Bonavides, “*a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da Pessoa Humana*” (BONAVIDES, 2001, p. 516).

Sabemos que a unidade, do sistema jurídico, tem por base de ordenamento uma norma fundamental, qual seja, uma unidade sistemática, onde o sistema é entendido como uma totalidade ordenada, ou seja, conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem, numa relação não só com o todo, mas de coerência, entre eles, conforme lição de Norberto Bobbio, em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, Tradução Ari Marcelo Solon, Editora Edipro, 2ª edição, 2017, *in verbis*:

Acolhemos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria se presta a dar uma explicação sobre a unidade de um ordenamento jurídico complexo. O núcleo dessa teoria é que *as normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores até aquelas que se encontram mais acima, chega-se enfim a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Todo o ordenamento possui uma *norma fundamental*. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; isto é, faz das normas esparsas e de variada proveniência um todo unitário, que se pode chamar, a justo título, de ‘ordenamento’. A norma

fundamental é o termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas, das quais falamos até agora, constituiriam um acúmulo de normas, não um ordenamento. Em outras palavras, conquanto sejam numerosas as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com desvios mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem ser deduzidas de uma única norma.⁸

Nesta análise, há de se destacar que, a regra de direito, imposta aos governantes, é a mesma regra imposta aos governados, tanto no caso do direito público, como do direito privado, consoante escólio de Léon Duguit, em seus *Fundamentos do Direito*, Tradução Márcio Pugliesi, 3ª edição, São Paulo, Editora Martin Claret, 2009, nestes termos: A regra de direito imposta aos governantes é a mesma para os governados. Nas relações dos governantes com os governados, e nas relações recíprocas entre governados, só pode haver uma regra de direito, que é sempre a mesma: cooperar na solidariedade social. O direito público e o direito privado têm, portanto, igual fundamento.⁹

O princípio vetor da Dignidade da Pessoa Humana, alçado constitucionalmente como fundamento do Estado Democrático de Direito, seria a sustentação valorativa de toda e qualquer situação jurídica, inclusive de Direito Privado, possuindo duas acepções: 1º) Garantia de um tratamento não degradante a todas as pessoas, sendo protetivo da integridade psicofísica de qualquer pessoa e; 2º) A concretização da humanização de qualquer pessoa, por meio de ações visíveis, para a realização de projetos e propostas, tendo em vista a caracterização da pessoa como um fim em si mesmo, de molde a haver a manifestação legislativa tendo como finalidade precípua a promoção do homem e dos seus valores.

Esse valor constitucional, do princípio insculpido como fundamento do Estado Democrático de Direito, encontra dificuldade para aplicação consciente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois como adverte Maria Celina Bodin de Moraes, “*levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível sua aplicação*” (MORAES, 2003, p. 84).

⁸BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Tradução Ari Marcelo Solon, Editora Edipro, 2ª edição, 2017, páginas 58/59.

⁹DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*, Tradução Márcio Pugliesi, 3ª edição, São Paulo, Editora Martin Claret, 2009, 3ª reimpressão, 2015, página 106.

De sorte que, o Direito civil, além do Direito Administrativo, é chamado a dar concretude a este princípio por meio de uma atuação protetiva, onde o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana será identificado em cada uma das situações reais em que se possa verificar a concretização dos princípios da liberdade, da igualdade, da integridade ou da solidariedade social, na medida que, o Princípio Vetor da Dignidade da Pessoa Humana, atua não só como uma ancora aos demais princípios elencados no texto constitucional, seja de maneira expressa, implícita ou explícita, mas norteando os demais princípios vigentes, agindo como uma verdadeira bússola, que norteia os demais princípios, dando-lhes rumo e conferindo um porto seguro para que sejam plenamente concretizados.

Perfaz-se, assim, o princípio em uma cláusula geral de tutela da pessoa, servindo como princípio “prevalente no momento da concretização normativa e [n]a ponderação de princípios” (RUZYK, 2002, p.131). Significa isto dizer que para toda e qualquer situação em que esteja em jogo ou discussão a situação jurídica existencial, esta deverá prevalecer sobre aquelas patrimoniais se com elas incompatíveis (MULHOLLAND, 2009, p. 69).

Em suma, a análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se realiza, considerando-se sempre a plena tutela da pessoa, seja considerando aspectos relacionados à sua liberdade, seja à sua identidade e privacidade, como no caso dos dados pessoais.

Não podemos olvidar que as políticas públicas são de responsabilidade do Estado, mas não somente isso, este ônus também cabe à iniciativa privada (RUA¹⁰, 2009, p.39).

Na perspectiva sistêmica uma política pública é uma comunicação, um sistema de interação, capaz de autorreferenciar e adquirir estabilidade no tempo, de molde que a política pública se instrumentaliza através do Direito, sendo um conceito do Direito e da Sociedade, entrelaçando discursos jurídicos e políticos (LUHMANN, 2001).

O conceito de política pública possui elementos variáveis, pois buscam fins e objetivos, sendo mutáveis de acordo com as necessidades sociais, mas devendo haver coerência entre si e com o resultado almejado. A análise do conceito de política pública

¹⁰RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas**, Florianópolis, UFSC, 2009.

não pode ser fragmentada, não podendo se isolar dos objetivos do Estado e da Sociedade, pois adquire “vida” a partir desses campos, de molde que a política pública seria um dos modos pelos quais os cidadãos atuam sobre si (LUHMANN, 2001).

As políticas públicas envolvem um ou mais objetivos, e órgãos de planejamento, não só por atores individuais, mas, também, em nível social nos processos de formação de opinião e deliberação.

O processo de formulação de uma política pública pode ser descrito como uma negociação de troca e de concessão, podendo ser realizado de maneira imediata, ou lenta e recorrente, com trocas entre os atores políticos nas possibilidades, e oportunidades, propiciadas pelo ambiente institucional.

O conceito de política pública deve encontrar respaldo numa “ação conjunta”, não podendo delegar a formulação de prioridades a um único gestor¹¹. *A priori* não há como distinguir, o interesse público do interesse geral, que deverá ser definido, e identificado, através de um procedimento democrático, sendo que, no âmbito das ciências sociais, os sistemas são ordens estruturadas de comunicação, onde o fenômeno social é a comunicação que implica na ligação de um sistema psíquico a outro por intermédio da informação (LUHMANN, 2007).

São três tipos de sistemas comunicativos: 1º) Sistemas Sociais, que se organizam em torno de funções, como o Direito, a Economia e a Política; 2º) Sistemas Organizacionais, que se organizam em forma de rede de tomada de decisão e: 3º) Sistema de Interação que seria um sistema comunicativo menos estável que os sociais, de molde que a noção de políticas públicas pode ser analisada a partir de todos os sistemas (LUHMANN, 1997).

Uma análise complexa das políticas públicas conhecerá os sistemas sociais, com funções, códigos e programas. O Direito terá a função de manter as expectativas normativas; a Economia a determinação de preços e a Política, a fixação de programas vinculantes a toda comunidade.

Por organizações (entidades como entes federativos, administração indireta e organizações privadas) é essencial ter a noção de subsistemas, que seriam órgãos

¹¹Dom do “interesse público”.

dentro dos órgãos¹², onde as organizações seriam sistemas comunicativos especializados em decidir.

A política pública é um sistema de interação que mantém expectativas normativas estabelecendo ações vinculantes para toda a comunidade, sendo um cruzamento de perspectivas jurídicas e políticas (LUHMANN,1997).

Por conseguinte, não podemos deixar de lado, que a questão ética na democracia, dos antigos e dos modernos, inclusive quando falamos em políticas públicas, sendo que tal fato não passou despercebido por BOBBIO, que tem uma visão icônica acerca do tema, pois ao abordar o assunto, nos ensina que:

“Como teoria do Estado (e também como chave de interpretação da história), o liberalismo é moderno, ao passo que a democracia, como forma de governo, é antiga. O pensamento político grego nos transmitiu uma célebre tipologia das formas de governo, das quais uma é a democracia, definida como governo de muitos, dos mais, da maioria, ou dos pobres (mas onde os pobres tomam a dianteira é sinal de que o poder pertence ao *pléthos*, à massa), em suma, segundo a própria composição da palavra, como governo do povo, em contraposição ao governo de um [a Monarquia] ou de poucos [a Oligarquia]. Seja o que for que se diga, a verdade é que, não obstante o transcorrer dos séculos e todas as discussões que se travaram em torno da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, o significado descritivo geral do termo não se alterou, ainda que se tenha alterado, conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo, segundo o qual o governo do povo pode ser preferível ao governo de um ou de poucos e vice-versa. O que se considera ter sido alterado na passagem da democracia dos antigos para a democracia dos modernos, ao menos no juízo dos que consideram ser útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre o ‘povo’, entendido como o conjunto dos cidadãos a quem cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais amplo ou menos amplo) de exercer esse direito.”¹³

¹²Exemplo: Secretarias, Delegacias etc.

¹³BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia, Tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Editora Edipro, 2017, página 56.

Não podemos nos iludir que a análise do assunto, não só envolve uma questão retórica, mas, também, uma certa dialética, que conforme ensinança de Arthur Schopenhauer, em sua obra *A arte de ter razão, 38 estratégias*, Tradução de Milton Camargo Mota, Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2017, seria a seguinte:

Meu ponto de vista, portanto, é que a dialética deve ser separada da lógica mais nitidamente do que fez Aristóteles, deixando para a lógica a verdade objetiva, na medida em que ela é formal e restringindo a dialética a ter razão; mas não seria necessário separar a dialética da sofística e da erística como fez Aristóteles, pois essa diferença repousa na verdade objetiva material, sobre a qual não podemos ter clara certeza de antemão. Em vez disso, somos forçados a dizer com Pôncio Pilatos: o que é a verdade? - pois *veritas est in puteo [A verdade está nas profundidades]: máxima de Demócrito (Diógenes Laércio, IX,72)*. É fácil dizer que, numa discussão, não devemos buscar senão a promoção da verdade, só que ainda não sabemos onde ela se encontra; somos extraviados pelos argumentos do adversário e pelos nossos próprios. De resto, *re intellecta, ira verbis simas faciles [Entendido bem o assunto, sejamos claros nas palavras]*.¹⁴

Ao mesmo tempo, ao analisar a questão, pertinente aos conceitos estritamente jurídicos, não poderíamos deixar de lado a denominada *Teoria Tridimensional do Direito*, idealizada por Miguel Reale¹⁵, que leva em conta o fato, o valor e a norma. De acordo com a teoria, haverá sempre e necessariamente um fato subjacente (econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor que confere determinada significação a esse fato; e uma regra ou norma que, integrando o fato ao valor, representa a sua relação ou medida.

De acordo com Reale (1994, p. 120), “O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir.”

Ademais, com base na teoria tridimensional do Direito (REALE, 1994), a Ciência do Direito visa atingir a norma, para interpretá-la e aplicá-la, através de um valor criado por um fato social (fato – valor – norma). Já na Sociologia do Direito o objetivo é o fato. O sociólogo quer conhecer o direito como fato social, fato jurídico, não se compreende sem referir-se a uma norma e ao valor que se visa realizar. (norma – valor – fato). Por

¹⁴SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão, 38 estratégias*, Tradução de Milton Camargo Mota, Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2017, Notas, página 57.

¹⁵REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva, 5ª. Edição, 1994.

fim, a Filosofia do Direito é do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor justo (fato – norma – valor).

A importância de se avaliar uma situação jurídica, não somente do ponto de vista legal, ou seja, estritamente da lei, deve extrapolar o campo normativo, incidindo sobre as questões filosóficas, sociológicas, e devem ser inseridas na contextualização histórica do momento, sem descuidar o aspecto legal.

Esta ampla visão, onde temos a ciência do Direito, a Sociologia, a Filosofia e a própria História, além de outros ramos das ciências humanas, não podem deixar de incidir, dentro de um olhar mais abrangente do Direito, mormente, nas relações que envolvem a questão ético- moral que permeia a situação das políticas públicas.

A política pública se utiliza do direito administrativo para a sua consecução¹⁶, sendo que o conceito de contingência se insere na questão das políticas públicas, com a inexistência de relações ou decisões únicas, mas, sim, compartilhadas.

Para LUHMANN¹⁷ o órgão é uma espécie de organização que decide de modo autorreferencial¹⁸, onde cada órgão possui sua autonomia, que estaria enlaçada em redes, com uma dinâmica própria de funcionamento.

O juiz ao aplicar o direito deve fazê-lo com o comprometimento da ordem jurídica e a tarefa de pacificação dos conflitos, agregado a ideia da máxima realização dos direitos fundamentais e sociais, devendo decidir em benefício da comunidade, mas sempre amparado por lei, tendo em mente a própria unidade do sistema jurídico e a emancipação do sujeito, envolvendo um conteúdo moral de concretização dos direitos fundamentais sociais, que deverá refletir as aspirações sociais legítimas de toda a sociedade (LUHMANN).

HABERMAS¹⁹ (2003) apresenta a formulação de uma teoria do direito capaz de descrever o processo político que envolve formas de argumentação e negociação, ou

¹⁶Fomento de bolsas, convênios, serviços públicos, poder de polícia, obras públicas, regulação etc.

¹⁷Para Luhmann (2001), comunicação também é uma unidade procedimental que envolve emissão, informação e recepção. (LUHMANN, N. *A improbabilidade da Comunicação*. Lisboa: Vega, 2001).

¹⁸Decidindo que é uma comunicação.

¹⁹HABERMAS, J. *A era das transições*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, VII*, Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 2003.

seja, a criação correta e legítima do direito dependerá dos processos e pressupostos de comunicação racional mediada pelo procedimento (HABERMAS, 2003).

Segundo referido autor, tal processo não necessita da cobertura de uma filosofia da história, pois está amparado pela premissa de que o modo de operar um sistema político, constituído pelo Estado de Direito, não poderá ser descrito, ainda que em nível empírico, sem que se considere a “dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito” (HABERMAS, 2003, p.09).

HABERMAS²⁰ fala de uma “construção comunicativa”, onde a missão de decidir, e fundamentar decisões, que envolvem a concretização de políticas públicas, nos moldes de uma teoria crítica, exige alto grau de maturação das ciências jurídicas, e de seus operadores, buscando a ideia de uma dimensão de validade, que seja “ideal” e/ou “universal”, não no sentido de fora da história (metafísico), mas de uma *comunicação construída* (HABERMAS, 2004, p.31).

HABERMAS prioriza três perspectivas para que o juiz possa agir corretamente, que seriam: 1º) O paradigma do Estado Democrático de Direito; 2º) Fundamentação argumentativa através de discursos de aplicação e; 3º) Legitimidade em termos de abertura à participação do processo de tomada de decisão.

Desse modo, a política pública é a forma pela qual os cidadãos atuam sobre si mesmos, devendo haver uma organização de ações no tempo, envolvendo um ou mais objetivos, órgãos, com atos de planejamento e execução num “caminho do fazer estatal”, no sentido de “modo de operar do Estado”, donde um procedimento democrático tem a função de produção de uma decisão mais legítima em termos sociais.

Segundo HABERMAS o conceito de ação comunicativa se retro liga com o de racionalidade discursiva, pressupondo que para uma ação comunicativa, mediante o uso de linguagem, os atores que interagem, devem ser capazes de se posicionar, frente às pretensões de validade, apresentadas pelos outros atores, devendo ocorrer uma contestação, mediante argumentos válidos relacionados à verdade, à justiça e à

²⁰HABERMAS, J. *Verdade e Justificação*, Tradução Milton Camargo Mota, São Paulo: Loyola, 2004.

autenticidade, onde todas as verdades, consideradas válidas e inabaláveis, podem ser questionadas, respeitando-se a reciprocidade na busca do consenso e da negociação.

O ideal de legitimidade democrática é aquele que atende aos pressupostos de ação comunicativa, em cuja autorização do exercer estatal, deva emergir das decisões coletivas dos integrantes da sociedade, que dialogam entre si, devendo haver esta interlocução.

As sociedades democráticas têm o desafio central de assegurar três bens públicos: 1º) Legitimidade; 2º) Bem-estar econômico e; 3º) Sentimento viável de identidade coletiva. O modelo deliberativo de democracia, para alcançar legitimidade e racionalidade nos processos de tomada de decisão coletiva, está assentado na condição necessária de que suas instituições estejam arranjadas de modo que, o que é considerado do interesse comum de todos, resulte dos processos de deliberação coletiva conduzidos de maneira racional e equitativa, entre indivíduos livres e iguais.

Disso resulta que a construção de uma política pública deverá se dar *comunicativamente* entre *Estado, comunidade e mercado*, sendo que a nossa Constituição Federal não definiu *exaustivamente* um rol de políticas públicas de ação governamental, mormente porque uma política pública visa atender a uma necessidade a partir de uma realidade histórica, social e cultural.

Destarte, o conceito de política pública não pode ser feito de forma fragmentada, tampouco de modo a ser vista isoladamente dos objetivos do Estado e da sociedade, máxime se é a partir do Estado e da sociedade é que passa a ter existência (“vida”), como resultado da própria política, sendo compreendida à luz das instituições e dos processos alicerçados aos interesses sociais.

O Estado tem o dever de procurar a realização plena, colocando em discussão essa questão da responsabilidade social, sob a busca do desenvolvimento socioeconômico e a busca de uma boa política pública atendendo aos anseios da vida plena e harmônica, significando a mudança da racionalidade estratégica para a racionalidade comunicativa, defendida por HABERMAS²¹.

²¹ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneicheler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

Por fim, deve-se atentar que o Estado deverá desenvolver, não só em suas instituições, mas aos membros da sociedade civil, para a responsabilidade social quando da implementação de uma política pública, por meio da CONSCIENTIZAÇÃO e MOBILIZAÇÃO SOCIAL.

3 CONCLUSÃO

Não podemos olvidar que a história das políticas públicas está ligada com a história da moderna sociedade capitalista e a consolidação dos modernos Estados Nacionais, onde, neste encontro, houve o debate sobre o dever estatal, e o da sociedade civil, com a obrigação de formular, e concretizar, políticas públicas sociais.

De toda forma, a política pública é um dos modos pelos quais os cidadãos atuam sobre si, tendo como característica certa organização de ações no tempo, significando que a política pública envolve um ou mais objetivos, órgãos, atos de planejamento e execução, numa janela do tempo que não pode ser instantânea, mas com certa regularidade, remetendo à esfera do público, dizendo respeito ao plano das questões coletivas, ou seja, da *POLIS*, onde o público se distingue do estatal, por ser uma dimensão mais ampla que se desdobra em estatal e não-estatal, visando a busca de resultados que devem ser obtidos mediante um programa adremente estabelecido e compactuado.

O conceito de política pública deve encontrar respaldo numa “ação conjunta”, não podendo delegar a formulação de prioridades a um único gestor, devendo haver um espaço de interlocução por meio de uma ação comunicativa que envolva, e privilegia, o maior número de atores sociais, buscando uma construção comunicativa da coletividade pautada ao interesse público.

A construção da ideia de “interesse público” necessita da ação coletiva, entre os diversos setores e atores sociais, devendo haver, neste processo, um verdadeiro espaço de deliberação, entre a ação estatal e a sociedade civil, onde interesses e prioridades deverão ocorrer na esfera acessível a todos os interessados, que poderão atuar como

interlocutores desta ação para a formulação de uma “boa política pública”, atendendo aos critérios de uma eficaz ação comunicativa com opiniões multifacetadas que serão fluídas e sobrepõem-se umas sobre as outras nas fronteiras reais, temporais e sociais, numa convivência de solidariedade entre estranhos, “sem abandonar o direito de permanecerem estranhos entre si” (HABERMAS, 2003).

Destarte, a participação conjunta entre Estado, sociedade civil e mercado se mostra imperiosa, onde o debate público, na ação comunicativa entre os diversos atores interessados, promove a formação de uma “agenda” para avaliação de uma política pública eficaz.

Conclui-se a necessidade de que as políticas públicas sociais devem ser construídas a partir da comunicação entre Estado, comunidade e mercado, bem como, a abertura para a participação da comunidade atingida pelas políticas públicas agrega capital social e reduz significativamente os custos e as margens de erro, posto que estas comunidades conhecem as verdadeiras necessidades de seus integrantes.

Por fim, é essencial na escolha de uma “boa política pública social”, que seja formatada a partir da necessidade em prol do bem público e de uma genuína deliberação entre Estado, sociedade e mercado de sorte que a assimetria, entre aqueles que são titulares dos dados, sejam pessoais ou sensíveis, e aqueles que realizam o tratamento destes mesmos dados, gera um desequilíbrio social, que pode motivar a vulneração dos princípios da liberdade e da igualdade, que, em última análise, pode promover uma irremediável ofensa ao princípio fundamental que norteia todo o nosso ordenamento jurídico, qual seja, o **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco, Livro II*, Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, **NBR 6023**: informação e documentação: referências – elaboração. Rio de Janeiro, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Tradução Ari Marcelo Solon, Editora Edipro, 2ª edição, 2017.



_____. **Liberalismo e democracia**, tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Editora Edipro, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9ª edição revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2009.

COHEN, Julie. **Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object**. 52 Stan. L. Rev. 1373-1438 (2000).

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**, Companhia das Letras, 2ª edição. São Paulo, 2006.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia, História e grandes temas**, Editora Saraiva, 16ª.edição, São Paulo, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (E de Teoria do Direito)**, Editora Acadêmica, São Paulo, 1993.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**, Tradução Márcio Pugliesi, 3ª edição, São Paulo, Editora Martin Claret, 2009, 3ª reimpressão, 2015.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneicheler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, J. **A era das transições**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**, Rio de Janeiro: Tempo Brasil,2003.

_____. **Direito e democracia: entre faticidade e validade, VII**, Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 2003.

HABERMAS, J. **Verdade e Justificação**, Tradução Milton Camargo Mota, São Paulo: Loyola, 2004.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes Contendo A Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude**, Tradução Edson Bini, Editora Edipro, São Paulo, 1ª edição, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **A Monografia Jurídica**, Porto Alegre, 2ª edição, Sérgio Antônio Fabris Editores, 1987.

LEWICKI, Bruno. **A Privacidade da Pessoa Humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia Del Riesgo**. Guadalajara: *Universidad Ibero-americana*, 1992.



LUHMANN, N. **Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** Anthropos: México, 1997.

LUHMANN, N. **A improbabilidade da Comunicação.** Lisboa: Vega, 2001.

LUHMANN, N. **O Direito da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 20011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. Apresentação. In: RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MULHOLLAND, Caitlin. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin. **O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade.** Comentário ao REsp 1.195.995. Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 1, p. 1, 2012.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito,** São Paulo, Saraiva, 5ª. Edição, 1994. Disponível em: <https://www.google.com/search?tbm=isch&q=fato+valor+e+norma&sa=X&ved=0ahUKEwiu_NTj8Z7IAhXch7kGHSbcAmsQrNwCCEIoAw&biw=1920&bih=969&dpr=1> Acesso em: 05. nov. 2019.

REVISTA JURÍDICA DO UNICURITIBA, v.2, n. 55, 2019.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas,** Florianópolis, UFSC, 2009.

RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile.** Milano: Giuffrè, 1967.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje,** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas,** 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.



SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal**, Editora Record, São Paulo, 2006.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão, 38 estratégias**, Tradução de Milton Camargo Mota, Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2017.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**, tradução Laura Teixeira Motta, revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes, São Paulo, 6ª reimpressão, Companhia da Letras, 2007.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Trad. de Laura Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VÂZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**, Tradução de João Dell'Anna, 30ª edição, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2008.