

NESTA EDIÇÃO:

Observatório Social em Foz do Iguaçu

Acesso a informações públicas x proteção de dados pessoais

Ciência de dados aplicados à Auditoria Interna

Controle Governamental, Prevenção e Combate da Corrupção

E AINDA:

Dossiê

“Accountability e Controle em Contexto de Pandemia”

Revista da CGU

Brasília • Volume 12 • Nº 22 • Jul-Dez 2020

Controladoria-Geral da União

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO

Ministro da Controladoria-Geral da União

JOSÉ MARCELO CASTRO DE CARVALHO

Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

ANTÔNIO CARLOS BEZERRA LEONEL

Secretário Federal de Controle Interno

GILBERTO WALLER JÚNIOR

Corregedor-Geral da União

VALMIR GOMES DIAS

Ouvidor-Geral da União

CLÁUDIA TAYA

Secretária de Transparência e Prevenção da Corrupção

JOÃO CARLOS FIGUEIREDO CARDOSO

Secretário de Combate à Corrupção

Revista da CGU / Controladoria-Geral da União

<http://gov.br/cgu/revista>

e-ISSN 2595-668X

Multidisciplinar

Diagramação: Assessoria de Comunicação Social - Ascom/CGU

Foto da Capa: Juliano Rocha da Silva, vencedor do II Concurso de Fotografia da Ouvidoria-Geral da União

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro.

CEP: 70070-905 - Brasília/DF

Telefone: (61)2020-6826

E-mail: revista@cgu.gov.br

www.cgu.gov.br

Revista da CGU

Periódico científico voltado à difusão e promoção do conhecimento e da pesquisa nos seguintes temas: accountability e políticas anticorrupção; controle interno e auditoria pública; governança e riscos; correição e responsabilização administrativa; transparência e controle social; integridade e ética pública; ouvidoria e participação social; prevenção e combate à corrupção; e metodologia de pesquisa aplicada aos referidos temas.

EQUIPE EDITORIAL

Comissão Editorial

Dr. Temístocles Murilo de Oliveira Júnior • Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Dr. Marcio Camargo Cunha Filho • Universidade de Brasília (UnB)

M. Sc. Flavio Rezende Dematté • Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Dra. Mariana Barbosa Cirne • Centro de Ensino Unificado de Brasília (UniCEUB)

M. Sc. Vítor César Silva Xavier • Universidade de Brasília (UnB)

Editores Especiais

Dr. Eduardo José Grin • Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV EAESP)
(dossiê especial Accountability e Controle em Contexto de Pandemia)

Dr. Frederico Lustosa da Costa • Universidade Federal Fluminense (UFF)
(dossiê especial Accountability e Controle em Contexto de Pandemia)

CONSELHO EDITORIAL

Dr. Andityas Soares de Moura Costa Matos • Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Dr. Carlos Frederico Pereira da Silva Gama • Universidade Federal de Tocantins (UFT)

Dra. Cecília Olivieri • Universidade de São Paulo (USP)

Dr. César Augusto Tibúrcio Silva • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. Dawisson Elvécio Belém Lopes • Universidade Federal Minas Gerais (UFMG)

Dr. Frederico Lustosa da Costa • Universidade Federal Fluminense (UFF)

Dr. Ivan Ricardo Gartner • Universidade de Brasília (UnB)

Dra. Janaína Lima Penalva da Silva • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. José Célio Silveira Andrade • Universidade Federal Bahia (UFBA)

Dr. José Matias-Pereira • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. Leonardo Secchi • Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC)

Dr. Luciano da Ros • Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Dr. Marco Cepik • Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Dr. Matthew M. Taylor • American University
Dra. Paula Veiga • Universidade de Coimbra
Dr. Robert Gregory Michener • Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EBAPE)
Dr. Rubens Pinto Lyra • Universidade Federal da Paraíba (UFPB)
Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho • Universidade Federal de Goiás (UFG)

REVISORES (2020)

Dra. Adila Maria Taveira de Lima • Universidade Federal de Tocantins
Dr. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho • Universidade de Brasília
M. Sc. Alzira Ester Angeli • Universidade Federal do Paraná
Dra. Ana Cláudia Pedrosa • Universidade Federal do Amazonas
Dra. Ana Júlia Possamai • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Ana Luíza Aranha • Universidade Federal de Minas Gerais
Dr. Anderson Roberto Pires e Silva • Universidade Federal do Pará
M. Sc. Andréa Lucas Fagundes • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Andrea Oliveira Ribeiro • Universidade Federal do estado do Rio de Janeiro
Dr. Antonio Duarte de Lima Júnior • Controladoria-Geral da União
Dra. Arianne Cristine Roder Figueira • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Bruno Jorge Fagali • Universidade de São Paulo
Dr. Bruno Mello Souza • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Caio César de Medeiros Costa • Universidade de Brasília
Dra. Cláudia Cappelli • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Cláudia da Silva Jordão • Corvinus University of Budapest
M. Sc. Cláudia Maria de Freitas Chagas • Universidade de Brasília
Dra. Christiane da Silva Schroeder • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
M. Sc. Daiane Londero • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Daniella Maria dos Santos Dias • Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Dra. Elizabeth Matos Ribeiro • Universidade Federal da Bahia
Dra. Érica Bezerra Queiroz Ribeiro • Centro Universitário de Brasília
Dr. Fabio Lopes Soares • Florida Christian University
Dr. Fabrício Martins Mendonça • Universidade Federal de Juiz de Fora
Dr. Fabrício Vasconcelos Oliveira • Universidade da Amazônia
Dr. Felipe Fernandes Ribeiro Maia • Faculdades Milton Campos
Dra. Fernanda Odilla Vasconcelos de Figueiredo • Università di Bologna
Dr. Francisco Rogério Madeira Pinto • Universidade de Brasília

Dr. Fúlvio Eduardo Fonseca • Universidade de Brasília
Dr. Gills Vilar-Lopes • Universidade da Força Aérea
Dra. Gilmara Mendes da Costa Borges • Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dr. Hugo Melo Filho • Università degli Studi di Roma La Sapienza
Dra. Isolda Lins Ribeiro • Universidade Federal de Minas Gerais
Dra. Izabela Moreira Corrêa • London School of Economics
M. Sc. Jacqueline Maria Cavalcante da Silva • Centro Universitário de Brasília
Dra. Jennifer Azambuja de Moraes • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Joacy Victor Araújo • Universidad Nacional de La Matanza
M. Sc. Joeldson Ferreira Guedes • Universidade San Carlos Asuncion
M. Sc. José Antonio Gouvêa Galhardo • Universidade de São Paulo
Dr. José Flávio Bianchi • Universidade de Brasília
Dra. Karina Furtado Rodrigues • Escola de Comando e Estado Maior do Exército
Dra. Karoline Marinho • Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dra. Layde Lana Borges da Silva • Universidade Federal de Rondônia
Dr. Li Chong Lee Bacelar de Castro • Universidade Católica de Brasília
M. Sc. Leonino Gomes Rocha • Universidade de Salamanca, Espanha
Dra. Loiva Mara de Oliveira Machado • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Lucas Borges de Carvalho • Escola Nacional de Administração Pública
Dra. Ludmila Melo Souza • Universidade de Brasília
M. Sc. Luma Poletti Dutra • Universidade de Brasília
Dr. Marcus Vinicius de Azevedo Braga • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Maria Fernanda Colaço Alves • Universidade Sorbonne-Paris
M. Sc. Maria Paula Escobar Bins • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Mariana Batista da Silva • Universidade Federal de Pernambuco
Dr. Maurício Vasconcellos Leão Lyrio • Universidade Federal de Santa Catarina
Dr. Mauro Salvo • Banco Central do Brasil
M. Sc. Nyalle Barboza Matos • Universidade de Brasília
M. Sc. Olavo Venturim Caldas • Universidade de Brasília
Dr. Otacílio Silveira Neto • Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dr. Pedro da Silva Moreira • Universidad Autónoma de Madrid
Dra. Priscila Spécie • Universidade de São Paulo
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral • Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Dr. Ramiro de Ávila Peres • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques • Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Dr. Raphael Schilickmann • Universidade Federal de Santa Catarina
Dra. Raquel Mattos Pimenta • Universidade de São Paulo
Dra. Renata Mendes de Araujo • Mackenzie
Dr. Ricardo Lins Horta • Universidade de Brasília
Dr. Rodrigo de Souza Gonçalves • Universidade de Brasília

Dr. Rodrigo Lins • Universidade Federal de Pernambuco
Dr. Rodrigo Piquet Saboia de Mello • Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia
Dr. Rogério de Souza Farias • Fundação Alexandre de Gusmão
Dr. Romualdo Anselmo Santos • Universidade de Sheffield
M. Sc. Ronaldo José Rêgo de Araújo • Universidade Federal da Paraíba
Dra. Simone Cristine Araújo Lopes • Universidade Federal de Juiz de Fora
Dra. Taiana Fortunato Araujo • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Thiago Nascimento Fonseca • Universidade de São Paulo
Dr. Thomaz Anderson Barbosa da Silva • Fundação Getúlio Vargas
M. Sc. Victor Godeiro de Medeiros Lima • Universidade de Brasília
M. Sc. Vladimir Pinto Coelho Feijó • Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Índice

EDITORIAIS

Entre rapidez e rigor: a eterna tensão do processo científico • 162

Marcio Cunha Filho

Accountability e controle em tempos de pandemia: desafios e interlocução entre os campos científico e profissional • 164

Frederico Lustosa da Costa, Eduardo José Grin e Temístocles Murilo de Oliveira Júnior

ARTIGOS

Controle social: as ações do Observatório Social (OSFI) em Foz do Iguaçu (PR/Brasil) • 168

Social control: the actions of the Social Observatory (OSFI) in Foz do Iguaçu (PR/Brazil)

Control social: Las acciones del Observatorio Social (OSFI) en Foz do Iguaçu (PR/Brasil)

Rafaela Marçal Buono / Maria Alejandra Nicolás

Critérios de ponderação entre o direito de acesso a informações públicas e o direito à proteção de dados pessoais: lições a partir do modelo espanhol • 184

Balancing criteria between the right to access public information and the right to personal data protection: lessons from the spanish model

Criterios de ponderación entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales: lecciones del modelo español

Leonardo Valles Bento

Ciência de dados aplicada à Auditoria Interna • 196

Data science applied to Internal Audit

Ciencia de datos aplicada a Auditoría Interna

Gustavo Fleury Soares

CONTROLE GOVERNAMENTAL, PREVENÇÃO E COMBATE DA CORRUPÇÃO

Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal: mudanças e agentes políticos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 • 210

Internal Control System of the Federal Executive Branch: changes and political agents in the 1987 National Constituent Assembly

Sistema de Control Interno del Ejecutivo Federal: cambios y agentes políticos en la Asamblea Nacional Constituyente de 1987

Beatriz Silva da Costa

Análise da eficiência do modelo de contratação de execução indireta de serviços baseado na prestação e remuneração mensuradas por resultados: estudo de caso de dois hospitais públicos do estado de Minas Gerais • 228

Analysis of efficiency of the indirect service execution hiring model based on performance and remuneration measured by results: case study of two public hospitals from Minas Gerais state

Análisis de la eficiencia del modelo de contratación para la ejecución indirecta de servicios a partir de la prestación y retribución medida por resultados: estudio de caso de dos hospitales públicos en el estado de Minas Gerais

Igor Kaiser Garcia Gomes, Sérgio Ricardo Gaspar, Antônio Artur de Souza

DOSSIÊ “ACCOUNTABILITY E CONTROLE EM CONTEXTO DE PANDEMIA”

Restrições ao direito de acesso à informação em contextos emergenciais: análise dos efeitos da Covid-19 nos governos subnacionais • 246

Restricciones del derecho de acceso a la información en contextos de emergencia: análisis de los efectos del Covid-19 en los gobiernos subnacionales

Restrictions on the right of access to information in emergency contexts: an analysis of the effects of Covid-19 on subnational governments

Lívia Neto Machado, Marília Sorrini Peres Ortiz, Thomaz Anderson Barbosa da Silva e Laila Bellix

Transparência governamental em capitais dos estados no Brasil nas contratações emergenciais para o combate da Covid-19 • 260

Governmental transparency in state capitals in Brazil in emergency contracts to combat Covid-19

Transparencia gubernamental en las capitales de estado en Brasil en contratos de emergencia para combatir Covid-19

José Antonio Gomes de Pinho, Ana Rita Silva Sacramento, Fabiano Maury Raupp, Marcelo Santos Amaral

Situações de emergência, controle social, tribunais de contas e jurimetria: Um estudo das decisões sobre denúncias e representações apresentadas ao Tribunal de Contas da União • 275

Emergency situations, social control, courts of accounts and jurimetrics: A study of decisions on complaints and representations submitted to the Federal Court of Accounts

Situaciones de emergencia, control social, tribunales de cuentas y jurimetría: Estudio de las decisiones sobre denuncias y representaciones presentadas al Tribunal de Cuentas Federal

Gilson Piqueras Garcia

Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19 • 289

Economic and financial rebalance in infrastructure concessions in Brazil: reflections on the impacts of the Covid-19 pandemic

Reequilibrio económico y financiero en concesiones de infraestructura en Brasil: reflexiones sobre los impactos de la pandemia Covid-19

Rodrigo Carvalho Gonçalves e Marcos Lima Bandeira

Inovação em accountability no combate à Covid-19 no Brasil: Uma análise empírica do Controle Interno • 302

Innovation in accountability in the fight against Covid-19 in Brazil: An empirical approach of the internal control

Innovación en accountability en la lucha contra el Covid-19 en Brasil: Un análisis empírico del control interno

Marcus Vinicius de Azevedo Braga, Daniel Matos Caldeira e Sandro Zachariades Sabença

Innovation in accountability in the fight against Covid-19 in Brazil: An empirical analysis of internal control • 317

Marcus Vinicius de Azevedo Braga, Daniel Matos Caldeira and Sandro Zachariades Sabença

La contratación pública en tiempos de Pandemia del Covid-19 en España • 330

Public procurement in Spain in the context of the Covid-19 Pandemic

Contratações públicas na Espanha no contexto da Pandemia Covid-19

Carmen Pineda Nebot y Gonzalo Pardo Beneyto

Accountability and trust in government: what's next? • 343

Rendición de cuentas y confianza en el gobierno: perspectivas para el futuro

Accountability e confiança: perspectivas para o futuro

Kathryn E. Newcomer

Critérios de ponderação entre o direito de acesso a informações públicas e o direito à proteção de dados pessoais: lições a partir do modelo espanhol¹

Balancing criteria between the right to access public information and the right to personal data protection: lessons from the spanish model

Criterios de ponderación entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales: lecciones del modelo español

Leonardo Valles Bento²

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v12i22.173>

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar o conflito ente o direito de acesso à informação pública e o direito à proteção de dados pessoais, a partir da experiência espanhola. O primeiro estabelece que toda informação mantida por órgãos públicos é, em regra, acessível, sendo o sigilo uma exceção. O segundo, por outro lado, determina que as informações relativas a pessoas identificadas ou identificáveis devem ser protegidas e seu tratamento e transmissão a terceiros somente se permite com o consentimento do seu titular ou em situações especiais legalmente previstas. Uma vez que não existe uma hierarquia entre direitos fundamentais, diante de um pedido de informação que contenha dados pessoais, a autoridade encarregada de decidi-lo deve avaliar, à luz das circunstâncias do caso concreto, qual dos direitos deve merecer a prevalência. De um modo geral, a técnica jurídica empregada nessa avaliação chama-se ponderação de direitos e consiste em um teste de dano e interesse público. Trata-se de sopesar o interesse público na transparência contra o interesse na proteção da privacidade e da autodeterminação informativa dos titulares dos dados. O artigo discorre sobre o conteúdo jurídico dos direitos em conflito e os critérios normalmente utilizados para otimizá-los, de forma que nenhum deles seja sacrificado além da medida estritamente necessária para a proteção do outro. Nesse sentido, a experiência do sistema jurídico espanhol revela-se particularmente instrutiva, ao definir critérios de ponderação entre direito de acesso e proteção de dados já na própria legislação, e ao estabelecer uma obrigação de coordenação entre as instituições encarregadas do controle, da promoção e da defesa de ambos os direitos.

Palavras-chave: Transparência; proteção de dados pessoais; ponderação de direitos.

Abstract: This article aims to analyze the conflict between the right of access to public information and the right to protection of personal data based on the Spanish experience. The first establishes that all information maintained by public agencies is, as a rule, accessible, with secrecy being an exception. The second, on the other hand, determines that the information related to identified or identifiable persons must be protected and its treatment and transmission to third parties is only allowed with the consent of its owner or in special legal situations. Since there is no hierarchy between fundamental rights, in the case of a request for information containing personal data, the authority responsible for deciding it must assess, in the light of the circumstances of the specific case, which of the rights should be given priority. In general, the legal technique used in this assessment is called balancing of rights

1 Artigo recebido em 12/06/2019 e aprovado em 18/03/2020

2 Universidade de Valência, Espanha

and consists of a test of harm and public interest. It is a matter of weighing down the public interest in transparency against the interest in protecting privacy and informational self-determination of data subjects. The article discusses the legal content of the conflicting rights and the criteria normally used to optimize them, so that neither is sacrificed beyond the measure strictly necessary for the protection of the other. In this sense, the experience of the Spanish legal system is particularly instructive, as it defines weighting criteria between the right of access and data protection already in the legislation itself, and in establishing an obligation of coordination between the institutions in charge of control, promotion and defense of both rights.

Keywords: transparency; personal data protection; balancing of rights

Resúmen: Este artículo tiene como objetivo analizar el conflicto entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos personales, a partir de la experiencia española. El primero establece que cualquier información mantenida por los organismos públicos es, por regla general, accesible, siendo el secreto excepcional. El segundo, por otro lado, determina que la información relacionada con personas identificadas o identificables debe ser protegida y su tratamiento y transmisión a terceros solo se permite con el consentimiento de su titular o en situaciones especiales legalmente previstas. Dado que no existe una jerarquía entre los derechos fundamentales, ante una solicitud de información que contenga datos personales, la autoridad responsable por la decisión debe evaluar, a la luz de las circunstancias del caso concreto, cuál de los derechos debe ser prioritario. En general, la técnica jurídica utilizada en esa situación es la ponderación de derechos y consiste en una prueba de daño e interés público. Se trata de sopesar el interés público por la transparencia frente al interés por proteger la privacidad y la autodeterminación informativa de los interesados. El artículo discute el contenido legal de los derechos en conflicto y los criterios que normalmente se utilizan para optimizarlos, de modo que ninguno sea sacrificado más allá de la medida estrictamente necesaria para la protección del otro. En este sentido, la experiencia del ordenamiento jurídico español es especialmente instructiva, ya que define criterios de ponderación entre el derecho de acceso y la protección de datos ya en la propia legislación, y al establecer una obligación de coordinación entre las instituciones encargadas de control, promoción y defensa de ambos derechos.

Palabra-clave: transparencia, protección de datos personales, ponderación de derechos

INTRODUÇÃO

Os direitos à proteção de dados e de acesso à informação pública sempre revelaram uma tensão recíproca, que não tem uma solução pré-definida, exigindo julgamento e ponderação nos casos concretos em que ocorre. Por um lado, acesso à informação é essencial para garantir o princípio da transparência na Administração Pública e o exercício competente de liberdade de expressão, além de ser instrumento de participação política e combate à corrupção. Por outro lado, uma parte significativa dos documentos e informações solicitadas no exercício desse direito é permeada por dados pessoais, cuja proteção também é considerada um direito fundamental.

Promover uma conciliação entre estes direitos não é uma tarefa trivial. Do ponto de vista da transparência, todas as informações detidas pelo Estado devem ser publicamente acessíveis, em regra, sendo o segredo a exceção. A proteção dos dados, por sua vez, exige a confidencialidade das informações pessoais como princípio, autorizando sua divulgação, sem o consentimento do titular, somente em situações específicas. Cada um tem, portanto, seu próprio ponto de partida. Harmo-

nizar ambos os direitos significa que nem a transparência pública pode justificar a perda de autodeterminação informativa ou a exposição da vida privada dos cidadãos, nem a proteção da privacidade pode ser um pretexto para impedir o livre fluxo de informação e a *accountability* das instituições públicas.

No Brasil, a aprovação recente da Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018) deverá produzir novas situações de conflito com a Lei de Acesso à Informação (LAI) – Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – uma vez que, como será explicado adiante, o conceito de *dado pessoal* não se confunde com o de *informação pessoal*, definido no art. 4º, IV da LAI.

O objetivo do presente artigo³ consiste em expor os contornos e a natureza desse conflito, e analisar as técnicas jurídicas para o seu gerenciamento, tomando por base a experiência da Espanha. Tal como no caso brasileiro, a Espanha possui duas leis distintas que re-

3 Este trabalho é o resultado de uma pesquisa de pós-doutorado realizada junto à Universidade de Valência, sob a orientação do Professor Dr. Lorenzo Cotino Hueso, Catedrático de Direito Constitucional, e com o apoio institucional e financeiro da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da sua política de capacitação de servidores.

gulam o acesso à informação e a proteção de dados, e duas autoridades independentes encarregadas da respectiva supervisão e promoção. Isso obrigou o legislador espanhol a prever critérios de ponderação e mecanismos de coordenação institucional com a finalidade de mitigar esses conflitos e garantir segurança jurídica.

O artigo está estruturado em cinco tópicos. Os dois primeiros são dedicados a explorar o conteúdo jurídico e os princípios norteadores do direito de acesso à informação pública e de proteção de dados pessoais, respectivamente. O terceiro tópico visa esclarecer a dupla relação de complementaridade e oposição entre os dois direitos, introduzindo a técnica da ponderação e os testes de dano e interesse público que devem guiar a busca do equilíbrio em caso de colisão entre ambos. O tópico seguinte analisa a forma como se concretiza a aplicação dos critérios de ponderação, a partir da legislação espanhola e da jurisprudência desenvolvida pelo Conselho de Transparência e Bom Governo, órgão responsável pela resolução de reclamações administrativas envolvendo acesso à informação. O último tópico do desenvolvimento expõe os mecanismos de cooperação, previstos na própria Lei de Transparência, Acesso à Informação e Bom Governo daquele país, entre o Conselho de Transparência e a Agência Espanhola de Proteção de Dados, apontando as mais importantes resoluções interpretativas conjuntas que visam orientar os órgãos da Administração Pública espanhola no atendimento a pedidos de informação que contenham dados pessoais. Por fim, a título de conclusão, o artigo aponta algumas reflexões sobre as semelhanças e diferenças entre o contexto espanhol e brasileiro, no tocante ao conflito entre os direitos de acesso à informação e o direito à proteção de dados.

A metodologia consistiu em levantamento e análise de documentos e decisões administrativas tomadas em sede de recurso administrativo (reclamação) envolvendo solicitações de informações públicas a órgãos da Administração Pública central da Espanha, além da revisão da literatura de referência na área.

2. DIREITO DE ACESSO A INFORMAÇÕES PÚBLICAS

Direito à informação pública significa, basicamente, o direito do cidadão de ter acesso a informações produzidas ou sob custódia de órgãos e entidades públicas, bem como de outras que atuam em nome destas. Parte da premissa de que o Poder Público não produz nem guarda informações em seu próprio interesse, mas no interesse da coletividade. Por conseguinte, toda informação sob controle estatal deve ser acessível por

quaisquer cidadãos, a menos que exista uma justificativa superior de interesse público para que este acesso lhes seja negado (BENTO, 2015).

Existe um expressivo consenso de que o acesso à informação é um direito humano fundamental, por ser condição necessária ao exercício competente da liberdade de expressão e da cidadania em um sistema político democrático. Essa condição aparece nas palavras de Tocqueville (2005, p. 209):

Quando se concede a cada qual um direito de governar a sociedade, cumpre reconhecer-lhe a capacidade de escolher entre as diferentes opiniões que agitam seus contemporâneos e apreciar os diferentes feitos cujo conhecimento pode guiá-lo.

Sem o conhecimento dos fatos e das diferentes opções políticas, não se pode falar de um autêntico exercício de liberdade democrática. Além disso, em um sistema republicano, baseado na delegação de poder a representantes, o acesso à informação pública encontra seu fundamento na obrigação das autoridades públicas de prestar contas de suas ações perante os governados (*accountability*), garantindo a fidelidade dos representantes ao interesse público (CUNHA FILHO, 2018, p. 881).

Por fim, acesso à informação é um importante instrumento de combate à corrupção. A corrupção se desenvolve em ambientes marcados pela falta de transparência e pela apatia política dos cidadãos. Ela ocorre porque decisões são tomadas a portas fechadas, longe dos olhos do público e da imprensa. Ter acesso às informações em poder do Estado permite o monitoramento das decisões políticas e administrativas, dificultando o desvio de poder para benefício de grupos privados (MICHENNER, 2019, p. 1301).

Atualmente, mais de 90 países possuem legislação específica para assegurar o direito de acesso a informação. Existem inúmeras diferenças entre os diversos marcos normativos nacionais, as quais já deram origem a vários estudos de direito comparado (MENDEL, 2009). No entanto, em todas elas podem ser encontrados os seguintes elementos essenciais (BANISAR, 2018): (1) direito de exigir informações de órgãos públicos, sem ter que demonstrar interesse legítimo nessas informações; (2) obrigação do órgão demandado de responder formalmente e fornecer as informações solicitadas, segundo procedimentos ágeis e gratuitos, com limite de tempo para respondê-las; (3) rol restrito e taxativo de exceções de confidencialidade da informação, relacionadas com a proteção da segurança nacional e das relações internacionais, privacidade pessoal, confidencialidade comercial, garantia da lei e da

ordem pública, e discussões internas; (4) exigência de que os órgãos governamentais publiquem ativamente informações de interesse público, por meio de tecnologias de informação e comunicação.

Ademais, a recusa no fornecimento de informação normalmente exige que algum dano ao interesse protegido seja demonstrado, e que a informação tenha passado por algum procedimento formal de classificação. Além disso, o sigilo é um atributo temporário da informação, a qual deve tornar-se acessível depois de esgotado um período de tempo legalmente estabelecido. Embora esse direito não seja absoluto, deve ser assegurado na maior medida possível, em conformidade com o princípio da máxima divulgação. O caso *Claude Reyes vs. Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006, estabeleceu que o direito de acesso à informação como um direito humano e que o sigilo é uma medida excepcional, clara e taxativamente prevista em uma lei, que deve satisfazer os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade. (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2006, §§88-93).

Encontrar esse equilíbrio entre transparência, privacidade e segurança da informação é, de longe, a tarefa mais complexa de um regime de acesso.

3. DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Embora muitas vezes resumido como “o direito de ser deixado em paz”, o direito à privacidade evoluiu para abordar questões relacionadas à coleta, uso e disseminação de dados pessoais em bancos de dados. O desenvolvimento cada vez mais intenso das tecnologias de informação e de comunicação, da capacidade de processamento e armazenamento de computadores, do desenvolvimento de algoritmos para captura e processamento em massa de dados, e do surgimento de novas fontes de dados (sensores, GPS, redes sociais, motores de busca, etc.) despertou questionamentos quanto ao controle no tratamento e na utilização de informações pessoais, tanto por governos, quanto por organizações privadas, e à ameaça que a ausência de controle pode representar para as liberdades individuais e, no limite, para a própria democracia (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2018).

De fato, a própria Administração Pública possui gigantescas bases de dados de seus cidadãos, relativos, por exemplo, à situação fiscal, patrimônio (por meio dos registros de imóveis, veículos, etc.), viagens ao exterior, nível de escolaridade, utilização de serviços de saúde, entre outras informações que, em princípio, não são da

conta de ninguém além das pessoas a que se referem. Por outro lado, os próprios indivíduos compartilham informações a todo instante por meio de plataformas de redes sociais. Tudo isso levou a preocupações sobre abusos, incluindo uso indevido de informações para fins comerciais e até ilegais, bem como para roubo de identidade.

A resposta a esses desafios veio no sentido de reconhecer a existência de um direito à “autodeterminação informativa”. Trata-se do direito do indivíduo de participar, por meio de seu consentimento, do processo de coleta e processamento de dados compreendidos em sua esfera de personalidade (CUEVA; PIÑAR-MAÑAS, 2009). Tal direito se orienta por um conjunto de princípios, desenvolvidos e adotados por governos e organizações internacionais, a exemplo do Regulamento Europeu de Proteção de Dados (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2018, pp. 74-83). Entre eles, relacionam-se com o objeto deste artigo: (1) princípio de *especificação de propósito*: as finalidades para as quais os dados pessoais são coletados devem ser especificadas no momento da coleta de dados; e sua reutilização posterior deve limitar-se ao cumprimento desses propósitos, ou ao cumprimento de outros propósitos compatíveis; (2) Princípio de *tratamento leal e transparente*: devem ser disponibilizados mecanismos para que o titular dos dados possa conhecer a existência e a natureza dos dados pessoais de que dispõe a organização e os principais objetivos de seu uso, assim como a identidade do controlador de dados (MONTERO, 2016).

Dos princípios acima expostos, decorrem um conjunto de direitos para o seu titular, assim como obrigações correlatas aos responsáveis pelo tratamento dos dados. Os direitos mais tradicionais, que constituem a espinha dorsal da autodeterminação informativa, são conhecidos como direitos ARCO, isto é, direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição. A primeiro compreende o direito de saber que categorias de dados pessoais estão sendo tratados, a que tipo de tratamento são submetidos e a identidade do tratador dos dados (CORCHETE, 2016). O direito de retificação, como o próprio nome diz, é o direito de corrigir informações incompletas ou inexatas legitimamente coletadas e tratadas. O direito de cancelamento e bloqueio refere-se à eliminação ou interrupção do tratamento dos dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a legislação. O direito de oposição é o direito de opor-se ao tratamento de seus dados em razão de circunstâncias particulares do titular (CARO, 2016).

Tais direitos apontam para o reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito autônomo,

que não se confunde com o direito à privacidade.⁴ Enquanto o direito à privacidade é um direito negativo, que visa imunizar o espaço pessoal do indivíduo, sua vida familiar e doméstica, limitando-se a uma “*proibição de invadir*”, a proteção de dados pessoais vai além, e confere aos indivíduos um direito ativo de saber quais, como e por quem seus dados pessoais são processados, com que finalidade, e se esse processamento se dá com salvaguardas adequadas.

No entanto, para os objetivos do presente trabalho, a razão mais importante para se distinguir o direito à proteção de dados do direito à privacidade é que nem todos os dados pessoais protegidos são, por natureza, relacionados à intimidade e vida privada. Com efeito, o conceito de “*dado pessoal*” é bastante amplo, porquanto compreende quaisquer informações referentes a pessoas físicas identificadas ou identificáveis, por exemplo, o nome, número de documento de identidade, dados de localização, enfim qualquer elemento da identidade física, genética, psíquica, econômica, cultural ou social. Todo dado pessoal assim definido é, em princípio, objeto de proteção, ainda que nem todos o sejam na mesma intensidade (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2018, p. 77).

Dependendo do tipo de dados processados, estes podem ser, por exemplo, meramente *identificativos* (nome, sobrenome, número do documento de identidade, endereço), os quais não são considerados inerentes à privacidade, e os chamados dados pessoais *sensíveis*, categoria que compreende dados de saúde e os relacionados com a origem étnica, convicções políticas, religiosas ou filosóficas, afiliação sindical ou partidária, dados genéticos e biométricos, e aqueles relacionados à sexualidade (ÁLVAREZ, 2016, p. 52).

Portanto, embora possua uma conexão, o bem jurídico tutelado pelo direito à proteção de dados pessoais não é tanto a privacidade quanto a autodeterminação informativa, isto é, o controle dos indivíduos sobre as informações que lhe concernem, compreendendo não somente aquelas mais íntimas e potencialmente incômodas, mas até mesmo as mais triviais. É exatamente por estender-se além do âmbito da privacidade que o direito à proteção de dados entra em rota de colisão com a transparência e o direito de acesso a informações públicas.

⁴ Nesse sentido, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia consagra um artigo específico (art. 8º) à proteção de dados pessoais, separando-o do direito à vida privada e familiar, previsto no art. 7º.

4. CONFLITO ENTRE O DIREITO DE ACESSO A INFORMAÇÃO E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Por um lado, é preciso reconhecer que o direito de acesso à informação e o direito à proteção de dados pessoais desempenham papéis complementares em uma sociedade democrática. Ambos buscam assegurar o *accountability* de instituições aos indivíduos, numa era em que a informação se torna um poderoso instrumento de controle e, nesse sentido, também uma ameaça. Tornar o Estado transparente ao escrutínio dos cidadãos e, ao mesmo tempo, assegurar a opacidade do cidadão ao escrutínio do Estado, são dois lados de uma mesma moeda.

A convergência mais óbvia entre ambos é o direito do cidadão obter acesso a informações sobre si mesmo, mantidas por entidades públicas, que decorre do princípio do tratamento leal e transparente. Trata-se de uma importante salvaguarda para garantir que os cidadãos sejam tratados de forma justa e não discriminatória pelos órgãos governamentais, e que as informações mantidas sejam precisas.

Contudo, a necessidade de salvaguardar ambos os direitos também pode dar lugar a conflitos, especificamente quando se solicitam informações que contêm dados pessoais de terceiros. A Administração Pública coleta grandes quantidades de informações pessoais de cidadãos e há uma demanda para acessar essas informações por vários motivos. Os solicitantes incluem jornalistas investigativos, grupos da sociedade civil que atuam no combate à corrupção, indivíduos que exigem saber por que uma determinada decisão foi tomada, e acadêmicos que pesquisam eventos históricos (BANISAR, 2011, p. 12). Embora todas as legislações nacionais de direito à informação preveem uma exceção de confidencialidade para a informação que afeta a intimidade e a vida privada das pessoas, o reconhecimento de um direito autônomo à proteção de dados insere uma nova dificuldade. Não há consenso sobre até que ponto é legítimo restringir o acesso público à informação para proteger informações que não possuem uma conexão direta com a privacidade, simplesmente pelo fato de referir-se a pessoas identificáveis.

Convém ressaltar que em matéria de colisão de direitos fundamentais, não é possível atribuir uma primazia absoluta a um deles em detrimento do outro, uma vez que não existe uma hierarquia abstrata entre eles. Dessa forma, parece não existir outro método para equilibrar os direitos colidentes que não a ponderação em face das circunstâncias do caso concreto. Trata-se, em outras palavras, de realizar um teste individualizado

de dano e uma ponderação de interesse público sempre que uma informação, em tese passível de proteção, é solicitada. De acordo com Salguero (2016, p. 339), o teste de dano se concentra em ponderar se a divulgação pode gerar danos presentes, prováveis e específicos à autodeclaração informativa, em um grau mais significativo que o dano que a confidencialidade impõe à transparência; o segundo (teste de interesse público) consiste em ponderar se o benefício público a ser obtido com a entrega da informação justifica sua divulgação, por se tratar de um interesse de ordem superior ao da proteção de dados.

A continuação, será apresentada, de uma forma sucinta, a solução adotada pelo ordenamento jurídico da Espanha, cuja experiência pode servir de orientação para possíveis conflitos futuros envolvendo a recentemente aprovada Lei 13.709/2018, de proteção de dados pessoais.

5. PONDERAÇÃO ENTRE TRANSPARÊNCIA E PROTEÇÃO DE DADOS: LIÇÕES DO ORDENAMENTO ESPANHOL

Tal como ocorre no sistema jurídico brasileiro, o ordenamento espanhol regula o direito de acesso à informação e o direito à proteção de dados pessoais em diplomas legais distintos. Ao contrário do Brasil, porém, a Espanha possui uma tradição mais antiga de proteção de dados pessoais que de garantia de acesso à informação pública. Enquanto a proteção de dados é considerada um direito fundamental, decorrente do art. 18 (4) da Constituição Espanhola, e por esse motivo regulada por uma Lei Orgânica, a transparência e o acesso à informação foram considerados pelo legislador como uma emanção dos princípios de boa administração pública e, nessa medida, reconhecidos tão somente como direitos subjetivos, regulados por Lei Ordinária (PIÑAR MAÑAS, 2014, p. 49)⁵. Atualmente, vigora a Lei Orgânica nº 03/2018 de Proteção de Dados Pessoais e Garantia de Direitos Digitais, em consequência da entrada em vigor do Regulamento Europeu de Proteção de Dados (Regulamento nº 2016/679). Já o direito de acesso à informação ganhou reconhecimento

somente quando da aprovação da Lei nº 15, de 9 de dezembro de 2013 (Lei de Transparência, Acesso à Informação Pública e Bom Governo – LTAIGB), a qual não se dedica exclusivamente ao tema da transparência pública, mas também aos princípios de bom governo. Em âmbito europeu, a Espanha foi o último europeu com mais de um milhão de habitantes a adotar uma lei específica de acesso à informação (LEY, 2014).

Apesar disso, a legislação espanhola desperta interesse por haver tratado com significativo grau de detalhe a relação entre os dois direitos, incorporando regras e critérios que podem contribuir para resolver eventuais conflitos entre a transparência e o acesso a informação, por um lado, e a proteção de dados pessoais, por outro. Dedicou a isso todo o seu art. 15.

As diretrizes para a solução dos eventuais conflitos entre ambos os direitos atendem, principalmente, à natureza dos dados envolvidos e ao grau potencial de dano à esfera privada que seu acesso público comportaria. A lei reconhece que o grau de ingerência ou de afetação da esfera privada das pessoas não é o mesmo quando se publicam dados meramente identificativos, como o nome, que quando se difundem informações relacionadas com a ideologia, as crenças ou a saúde de uma pessoa. Nesse sentido, tanto a normativa europeia como a espanhola estabelecem distintos níveis de proteção em função dessa maior ou menor afetação da esfera privada que decorre de seu conhecimento por terceiros (ÁLVAREZ, 2016, p. 52).

Em primeiro plano se situa o conjunto de dados pessoais mais sensíveis, aqueles cuja divulgação ou conhecimento por terceiros podem potencialmente resultar embaraçosos e incômodos, afetando com maior intensidade a esfera da intimidade e que, por essa razão, desfrutam de uma proteção reforçada, seguindo a linha do direito europeu. Assim, os dados relativos à ideologia, afiliação sindical, religião, ou crenças, somente poderão ser objeto de tratamento com o consentimento expresso e por escrito do afetado. Trata-se, em realidade, de uma decorrência direta do disposto no art. 16.2 da Constituição espanhola, segundo o qual “*nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*”. Já quando façam referência à origem racial, saúde e vida sexual, admite-se sua publicação não apenas com o consentimento do afetado, mas também quando autorizado por norma com nível de lei. Também integram a classe dos dados especialmente protegidos os relativos ao cometimento de infrações penais ou administrativas,

5 O direito de acesso à informação encontra amparo no art. 105 da Constituição Espanhola, o qual reza que “La ley regulará (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. No entanto, este dispositivo não se encontra no Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”), mas no Título IV, que trata do governo e da administração. Por essa razão, as instituições espanholas relutam em reconhecê-lo como um direito fundamental autônomo. Prova disso foi a opção por não regulá-lo por lei orgânica e sim por lei ordinária. De fato, o art. 81 (1) da Constituição estabelece que “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

que também podem ser publicados somente por consentimento do titular ou autorização legal.

No extremo oposto encontram-se os denominados “dados meramente identificativos” relacionados com a organização, o funcionamento, ou a atividade desenvolvida pelos órgãos públicos. Para estes casos, o art. 15.2 da LTAIBG estabelece uma espécie de presunção *relativa* a favor da publicação ou acesso a esse tipo de dados, tendo em vista o limitado impacto que sua divulgação acarreta sobre a vida privada do agente público concernido e, em segundo lugar, a importância do conhecimento de tais informações para efeito de responsabilização da Administração Pública junto aos cidadãos. Trata-se de um critério geralmente aceito na maioria dos ordenamentos jurídicos que se deve facilitar o acesso aos documentos e informações relacionadas com a organização, o funcionamento e as atividades das administrações públicas, ainda que com isso se revelem dados identificativos das pessoas vinculadas a elas.

Quando as informações solicitadas contiverem dados pessoais que não se enquadram nas hipóteses anteriores de dados especialmente protegidos ou dados meramente identificativos de agentes públicos, a legislação espanhola determina ao órgão demandado que realize uma ponderação dos direitos colidentes, aplicando um teste de dano e de interesse público. Ao realizar esse exame, deve levar em conta os critérios do art.15.3, dentre os quais convém ressaltar os seguintes: (1) justificativa do requerente de que seu pedido é necessário ao exercício de um direito, ou de que deseja a informação para fins históricos, científicos ou estatísticos; (2) avaliação do prejuízo potencial para os direitos dos titulares dos dados especialmente os mesmos se referem a menores.

Ressalte-se que o critério (1) acima não deve ser interpretado como uma exigência de motivar o pedido ou justificar interesse, ônus considerado incompatível com o princípio da máxima divulgação. Na realidade, o art.17, item 3 da LTBG dispensa o solicitante de motivar seu pedido e afirma que a ausência de motivação não pode, por si mesma, ser causa de denegação da solicitude. Contudo, o mesmo dispositivo esclarece que o solicitante poderá expor os fundamentos do seu pedido, e que estes poderão ser levados em consideração quando da decisão final. É nesse contexto que o critério deve ser compreendido (PIÑAR MAÑAS, 2014, p. 61).

A técnica da ponderação exige sopesar caso a caso de um lado o interesse público em conhecer a informação e de outro o impacto que a divulgação da informação teria sobre os direitos fundamentais dos atingidos, em particular sobre o seu direito à proteção

de dados pessoais. A decisão sobre qual dos direitos ou interesses há de ter prioridade em cada caso concreto deve ser motivada, com referência a um princípio de proporcionalidade, buscando um ponto de equilíbrio justo, que não implique restringi-los mais que a medida que resulte indispensável para dar efetividade necessária ao direito a que se deu preferência. Para tanto, é necessário proceder a uma rigorosa análise de todas as circunstâncias concorrentes, considerando tanto os aspectos fáticos como os jurídicos. De resto, os critérios legais não são exaustivos. É possível empregar outros que, nas circunstâncias do caso concreto, resultem ser mais relevantes, ou inclusive determinantes, para realizar a ponderação e resolver o caso em um sentido ou em outro (ÁLVAREZ, 2016, p. 58).

Compete ao Conselho de Transparência e Bom Governo decidir reclamações por incumprimento da LTAIBG. Sua atividade, no exercício dessa competência, resultou em um significativo repertório de jurisprudência administrativa, a partir do qual é possível divisar de que maneira o órgão busca equilibrar os direitos em conflito. Observa-se, nesse sentido, que o Conselho de Transparência observa escrupulosamente a letra da lei, ao classificar os dados pessoais como meramente identificativos e ou não meramente identificativos, e realiza uma ponderação cuidadosa com o objetivo de avaliar até que ponto a concessão do acesso às informações de fato contribui com o objetivo legal de dar maior transparência e promover o controle social do Poder Público.

Em um dos casos analisados, foram solicitados os valores recebidos por cada um dos colaboradores eventuais dos programas de televisão da RTVE (*Radio-televisión Española*), tais como correspondentes de notícias internacionais, participantes de programas de debates, freelancers, etc., que não possuem relação laboral com a referida empresa pública. O Conselho julgou improcedente o recurso, ressaltando que, conforme se encontra expresso em seu preâmbulo, o objetivo da Lei de Transparência é submeter ao escrutínio a ação dos responsáveis públicos, conhecer como se tomam as decisões que afetam os cidadãos, como se manejam os recursos públicos ou sob que critérios atuam as instituições. Esta finalidade não se alcança conhecendo a identidade e remuneração de todos e cada um dos colaboradores que formam a rede de correspondentes da TVE, sendo suficiente o conhecimento, por exemplo, do número de colaboradores a nível nacional e internacional, as despesas incorridas com essa colaboração, o percentual de gastos em relação ao orçamento geral e os critérios de seleção desses colaboradores. A identidade deles não aporta, do ponto de vista da transparência,

nenhum valor agregado ou essencial que exija que se tornem públicos os dados pessoais (ESPAÑA, 2020).

O Conselho aplicou o mesmo esquema de fundamentação em um pedido de informações sobre despesas com uma das residências oficiais do Primeiro Ministro, incluindo a relação de visitantes. A seu juízo, os dados pessoais de visitantes privados à residência oficial não podem, de acordo com a lei, ser considerados meramente identificativos, pois não estão relacionados com a organização, o funcionamento e as atividades do órgão (Presidência de Governo). Assim, nessa situação, o interesse público no acesso à informação deve ser ponderado com o direito à proteção de dados pessoais. O Conselho concluiu que a finalidade de realizar um controle social sobre o uso do patrimônio público, embora relevante, pode ser satisfeito simplesmente conhecendo o número de visitantes privados, o número de dias em que tal residência foi utilizada, e o montante das despesas incorridas com a sua manutenção, sendo, portanto, desnecessário conhecer a identidade dos visitantes. Dessa forma, se aporta transparência ao processo, permitindo aos cidadãos conhecer a informação que possui interesse público, ao mesmo tempo em que se salvaguarda os dados pessoais de cidadãos. Ressaltou que o interesse jurídico amparado pela LTAIBG é conhecimento do uso dos recursos públicos e do processo de tomada de decisões das autoridades, de maneira a assegurar a adequada prestação de contas. Assim, o que resulta relevante são as datas, que permitem conhecer o número de vezes em que a residência foi utilizada, e o número de visitantes que disfrutaram das acomodações, permitindo assim avaliar os critérios de sua utilização, mas não a identidade dos frequentadores, que deve ser protegida (ESPAÑA, 2020a).

Por outro lado, ao julgar uma solicitação de informação acerca das despesas de viagem realizada pelo Primeiro Ministro a diversos países latino-americanos, bem como os nomes completos de cada uma das pessoas que formaram parte de sua comitiva, o Conselho reconheceu que os dados pessoais dos acompanhantes das autoridades públicas, mesmo em se tratando de jornalistas ou diplomatas nacionais ou estrangeiros, devem ser considerados como meramente identificativos, uma vez que o seu transporte pela Força Aérea espanhola foi considerado necessário como parte da atividade do órgão para quem o serviço de transporte foi prestado. Assim, em relação a esse tipo de dado, a lei atribui primazia ao acesso à informação sobre o direito à proteção de dados pessoais (ESPAÑA/2016).

Convém registrar, ainda, a jurisprudência do Conselho de Transparência em relação à divulgação nominal da remuneração paga a agentes públicos. Em

diversas decisões (ESPAÑA, 2020b; ESPAÑA, 2016a), o Conselho reconheceu o direito de acesso à informação sobre os abonos de produtividade percebidos por agentes públicos que ocupem cargos de alto nível na hierarquia do órgão, com maior grau de responsabilidade e autonomia na tomada de decisões, ou cargos de especial confiança, ou ainda cargos preenchidos por meio de procedimentos discricionários, visto que, nesses casos, o interesse público prevalece sobre os direitos à privacidade ou à proteção dos dados pessoais. Com efeito, a informação lança luz sobre o funcionamento e a atividade do órgão, e é útil ao cidadão, a fim de exigir prestação de contas acerca do critério de avaliação de produtividade dos agentes públicos. Por outro lado, em relação a postos de menor nível de responsabilidade e autonomia, ou a postos cujo preenchimento se verifica por procedimentos vinculados ou não implicam uma relação de especial confiança, prevalecerá o respeito pela proteção de seus dados, devendo ser divulgados apenas informações genéricas sobre o montante pago globalmente a título de abono de produtividade, sem identificação nominal dos recebedores.

Em outro recurso, o Conselho conheceu de uma reclamação contra a recusa parcial de acesso à identidade do autor de uma nota técnica de um órgão público. Nesta ocasião, o CTBG considerou que embora o nome do autor de uma nota técnica constitua apenas dado identificativo, nos termos do artigo 15.2 da LTAIBG, não é oportuno permitir o acesso a tal informação, uma vez que o conhecimento do autor de uma nota técnica não tem impacto público a partir do momento em que o seu conteúdo é assumido pelo órgão que a solicitou. Em outras palavras, uma vez que o órgão a que a nota técnica se dirige aprova o seu conteúdo, a identidade do autor inicial da informação torna-se sem relevância pública para efeitos de transparência e prestação de contas (ESPAÑA, 2016c).

Portanto, a análise dos precedentes revela que o Conselho de Transparência e Bom Governo da Espanha, ao decidir o conflito entre o direito de acesso à informação e o direito à proteção de dados pessoais, procura identificar, inicialmente, se os dados solicitados tem relação com a organização, funcionamento e atividades desenvolvidas pelas instituições públicas, caso em que seriam meramente identificativos, conforme a letra do art. 15.2 da LTAIBG, resultando na primazia do acesso à informação. Caso contrário, e em não se tratando de dados pessoais sensíveis, o Conselho realiza uma ponderação e um teste de dano e de interesse público, com vistas a avaliar se a informação solicitada de fato possui relevância do ponto de vista da transparência das instituições e da prestação de contas das au-

toridades públicas. Conforme visto acima, o Conselho confere primazia à proteção de dados quando não vislumbra na informação solicitada nenhum “valor agregado” significativo para a promoção desses objetivos.

6. COLABORAÇÃO ENTRE O CONSELHO DE TRANSPARÊNCIA E BOM GOVERNO E A AGÊNCIA ESPANHOLA DE PROTEÇÃO DE DADOS

O direito à proteção de dados sempre contou com uma autoridade específica, a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), criada já na década de 1990, com amplas competências – normativas, administrativas, sancionadoras e jurisdicionais - para assegurar o cumprimento da legislação sobre essa matéria. O legislador espanhol, quando da aprovação da Lei de Transparência, decidiu não atribuir a competência de supervisão e controle nessa área à AEPD. Optou por criar uma nova autoridade, o Conselho de Transparência e Bom Governo (CTBG), ao qual incumbe a promoção de uma cultura de transparência e o controle no cumprimento das obrigações de publicidade ativa e da garantia do direito de acesso à informação pública.

Conforme lembra Álvarez (2016, p. 64), com essa decisão, Espanha se afastou da tendência seguida nos últimos anos na Europa, em países como Reino Unido, Suíça, Alemanha, Irlanda e Eslovênia, e se filiou aos modelos institucionais implantados nos anos 80 e 90, em países como França, Itália, Portugal e Bélgica, contando assim com duas autoridades de controle diferentes, uma em matéria de proteção de dados e outra no âmbito da transparência pública.

Ambas as fórmulas possuem vantagens e desvantagens. De acordo com Banisar (2011, p. 23-24), o principal benefício de se ter instituições separadas é que ela permite criar “campeões” para cada um dos direitos. Noutras palavras, cada instituição, ao especializar-se, pode promover uma defesa mais robusta do direito que lhe compete promover, livre da necessidade de equilibrar potenciais concorrentes. Isto pode ser particularmente importante quando um dos direitos é novo e ainda não está bem enraizado na cultura do público, e o outro é mais antigo e já goza de uma ampla aceitação. Foi o caso da Espanha, em relação ao direito de acesso à informação, e é igualmente o caso do Brasil, em relação ao direito à proteção de dados pessoais, cuja lei também cria uma nova autoridade.

Por outro lado, o principal problema do modelo dual é que, ao existir dois órgãos independentes com competências concorrentes sobre o mesmo objeto (delimitação dos âmbitos respectivos da transparência e da

proteção de dados pessoais) existe o risco de que se produzam discrepâncias interpretativas e inclusive conflitos entre eles, com consequências negativas para a segurança jurídica (PIÑAR-MANAS, 2014, p. 60).

A fim de evitar, ou pelo menos mitigar, esses riscos a LTAIBG estabeleceu um mecanismo de coordenação obrigatória, determinando que o Conselho de Transparência e a Agência Espanhola de Proteção de Dados adotem critérios interpretativos conjuntos para a aplicação, em seus respectivos âmbitos de decisão, das regras contidas no artigo 15 da lei, em particular no que respeita aos critérios de ponderação em caso de conflito de direitos.

Conforme assinalava Álvarez (2016, p. 65), mais do que uma mera colaboração, trata-se de uma obrigação legalmente imposta a ambas as instituições para atuar de maneira conjunta no sentido de dar coerência ao sistema, esclarecendo e especificando de comum acordo o sentido dos critérios de ponderação determinados pelo legislador, e assim segurar um justo equilíbrio entre o interesse público no acesso à informação e à garantia dos direitos dos interessados, de forma a assegurar uma integração harmônica da normativa de transparência com a de proteção de dados pessoais.

Entre 2015 e 2016, o Conselho de Transparência e Bom Governo, em conjunto com a Agência Espanhola de Proteção de Dados aprovaram 12 resoluções interpretativas, as quais aplicam os critérios legais de ponderação a determinadas categorias de dados pessoais objetos de solicitação de acesso. Muitas dessas resoluções serviram de fundamento para as decisões do Conselho mencionadas no tópico anterior.

Assim, o Critério Interpretativo nº 001/2015 dedica-se a classificar as várias categoria de agentes públicos, determinando, para cada uma delas, se devem ser disponibilizados, por meio de publicidade ativa ou solicitação, os diversos componentes de sua remuneração, de forma nominal, inclusive os abonos de produtividade. Conforme visto acima, os critérios acordados foram, em linhas gerais, o nível hierárquico do cargo ocupado, se se trata de um cargo de especial confiança, e a natureza de seu preenchimento (se discricionário ou vinculado). Quando mais elevado o cargo, ou mais discricionário o seu preenchimento, ou maior a confiança envolvida na investidura, maior o peso do direito de acesso à informação sobre a proteção de dados (ES-PAÑA, 2015).

O Critério Interpretativo nº 004/2015, por sua vez, considerou que o Documento Nacional de Identificação (DNI) de cidadãos é um dado de caráter pessoal e, portanto, deve estar sujeito à ponderação conforme

os critérios do art. 15 da LTBG. Mesmo em relação a agentes públicos, entende-se que o conhecimento deste dado não é relevante para efeitos do cumprimento do objetivo de transparência presidido pelo LTAIBG, o qual se atinge com a identificação feita através da publicação dos seus nomes e sobrenomes. Tais dados extrapolam a esfera pública dos sujeitos concernidos, critério que a Lei leva em consideração para prever a publicação de informações. (ESPAÑA, 2015a).

Por fim, outro exemplo de cooperação entre ambas as agências é o Critério interpretativo nº 002/2016, referente a informações sobre as agendas de funcionários públicos. Nessas situações, a AEPD e o CTBG concluíram que nas solicitações de informações acerca pessoas ou entidades de direito público ou privado que tenham participado ou tenham estado presentes numa reunião, a resposta deve limitar-se à lista das entidades ou organizações participantes, sem necessidade de dar uma indicação das pessoas físicas que participaram da reunião (ESPAÑA, 2016d).

Resulta, tanto da jurisprudência comentada no item anterior, quanto dos critérios interpretativos exemplificados acima, que o Conselho de Transparência e Bom Governo e a Agência Espanhola de Proteção de Dados puseram-se de acordo quanto ao critério de equilíbrio entre os direitos promovidos por cada uma das instituições. O critério é a contribuição efetiva da informação solicitada para a promoção da transparência e do *accountability* de autoridades públicas (teste de interesse público) *vis a vis* a exposição da privacidade ocasionada pela divulgação dos dados pessoais envolvidos (teste de dano).

7. CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo verificou-se que a técnica de ponderação, em decorrência das circunstâncias do caso concreto, é a mais utilizada pelas instituições encarregadas de decidir os pedidos de acesso a informações que contenham dados pessoais de terceiros. Isso acontece não apenas porque as regras o determinam, mas principalmente porque parece que não há outro método jurídico mais apropriado para equilibrar reivindicações que são igualmente legítimas.

De fato, é essencial esclarecer a relação entre transparência e proteção de dados, enfatizando a importância do primeiro para o desenvolvimento de uma esfera pública vigorosa e uma sociedade aberta e democrática, para que o respeito devido à privacidade e à proteção de dados pessoais não seja uma desculpa para frustrar este desenvolvimento. Por outro lado,

devemos estar atentos à rápida evolução tecnológica, que apresenta novos desafios para a autodeterminação informativa dos cidadãos. A magnitude da coleta, circulação e processamento de dados pessoais aumentou significativamente, permitindo que empresas privadas e autoridades públicas usem os dados dos cidadãos em uma escala sem precedentes no desempenho de suas atividades. Trata-se, então, de não dar caráter absoluto a nenhum desses dois direitos, mas de harmonizá-los, para que o Estado possa ser transparente sem que os indivíduos o sejam.

A experiência espanhola acima descrita representa um bom exemplo de esforço de conciliação. A definição prévia de critérios interpretativos e de ponderação, de acordo com a categoria de dados pessoais tratados, bem como o estabelecimento de um mecanismo de coordenação institucional obrigatório para as duas autoridades encarregadas da promoção e defesa de cada um dos direitos, parecem ser boas práticas, que podem servir de modelo para o Brasil. Verificou-se que o Conselho de Transparência e Bom Governo da Espanha somente concede primazia ao direito à informação sobre o direito à proteção de dados quando fica devidamente caracterizado que o acesso à informação, no caso concreto, efetivamente contribui para uma maior transparência administrativa e uma *accountability* mais efetiva das autoridades públicas, rechaçando, a bem da privacidade, aqueles pedidos que, à juízo do Conselho, parecem decorrer mais da curiosidade que de uma demanda de controle social.

Conforme dito na introdução, harmonizar os direitos em colisão não é uma tarefa trivial. O ponto em que se deve colocar o fiel da balança não depende apenas da categoria de dados objeto do litígio no caso concreto, mas também da cultura e da percepção da sociedade e das instituições sobre os problemas vividos em cada país. Nos países em desenvolvimento, com um histórico de corrupção e secretismo, é provável que se atribua um peso maior à transparência e ao acesso a informações, ao passo que os cidadãos de países desenvolvidos, particularmente afetados pelos avanços tecnológicos de coleta e processamento massivo de dados, tendem a ser mais sensíveis a considerações de privacidade e reivindicam um maior controle sobre seus próprios dados. Além disso, diversos países europeus passaram por experiências totalitárias, caracterizadas por polícias secretas (como a Gestapo na Alemanha nazista) e patrulhamento ideológico. Nessas sociedades, a conexão entre privacidade e democracia é bastante evi-

dente. E a Espanha que sofreu sob o violento regime fascista de Franco, não é exceção.

De fato, é possível antever que, com a entrada em vigor da nova Lei brasileira de Proteção de Dados Pessoais, chegará o momento em que a Comissão Mista de Reavaliação de Informações, órgão decisório máximo no âmbito administrativo para decidir solicitações de acesso à informação, e mesmo a Controladoria-Geral da União, por sua liderança técnica na matéria e incum-

bida pela Lei de Acesso de Informação de monitorar o cumprimento de suas disposições e de promover a cultura de transparência, terão de coordenar-se com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e com o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, instituídos, respectivamente, pelos arts. 55-A e 58-A da Lei nº 13.709/18. A experiência do modelo espanhol pode ajudar a iluminar o caminho.

8. REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ, J. L. R. Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación. In: AMETLER, D. C. (ed.). Datos. Protección, transparencia y buena regulación. Girona: Documenta Universitaria, 2016. pp. 41-67.
- BANISAR, D. The right to information and privacy: balancing rights and managing conflicts. World Bank Institute: 2011.
- BENTO, L. V. Acesso a informações públicas: princípios internacionais e o direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015.
- CARO, M. A. El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas. In: PIÑAR-MANAS, J. L. (org.). Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos. Madrid: Reus, 2016. pp. 227-240.
- CORCHETE, J. A. H. Transparencia en la información al interesado de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos. In: PIÑAR-MANAS, J. L. (org.). Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos. Madrid: Reus, 2016. pp. 205-226.
- CUEVA, P. M. de la; PIÑAR MANAS, J. L. El derecho a la autodeterminación informativa. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- CUNHA FILHO, Marcio C. O que sabemos sobre transparência pública? Uma revisão bibliográfica das abordagens normativa, conceitualista e empírica. Revista da CGU, v. 10, n. 16, 2018. pp. 878-907.
- ESPAÑA. CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Reclamación R/0270/2020.
- _____. Reclamación R/0162/2020, de 03/07/2020a. Disponible em: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/recursos_jurisprudencia/Recursos_AGE/2020.html. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.
- _____. Reclamación R/0279/2016, de 16/09/2016. https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/recursos_jurisprudencia/Recursos_AGE/2020.html. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.
- _____. Reclamación R/0423/2015, de 21/01/2016a. Disponible em: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/recursos_jurisprudencia/Recursos_AGE/2016.html. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.
- _____. Reclamación R/0429/2015, de 15/02/2016b. Disponible em: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/recursos_jurisprudencia/Recursos_AGE/2016.html. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.
- _____. Reclamación R/0433/2015, de 15/02/2016c. Disponible em: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/recursos_jurisprudencia/Recursos_AGE/2016.html. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.
- ESPAÑA. CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Critério Interpretativo CI/001/2015, de 24 de junio de 2015. Disponible em: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/criterios.html. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

_____. Critério Interpretativo CI/004/2015, de 23 de julio de 2015a. Disponível em: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/criterios.html. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

_____. Critério Interpretativo CI/002/2016, de 05 de julio de 2016d. Disponível em: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/criterios.html. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

LEY, M. Transparencia: una cuestión de actitud más que de leyes. *El Mundo*, 9 dez. 2014. Disponível em: <https://www.elmundo.es/espana/2014/12/08/5480546d268e3ef32a8b457a.html>. Acesso em: 18 de março de 2018.

MENDEL, T. Liberdade de informação: um estudo de direito comparado. 2 ed. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000158450_por. Acesso em: 03 de setembro de 2011.

MICHENER, Gregory. Brazil's Information Ecosystem: What is Transparency's Impact?. *Revista da CGU*, v. 11, n. 20, 2019. .

MONTERO, R. P. Los principios del derecho a la protección de datos. In: PIÑAR-MAÑAS, J. L. (org.). *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Madrid: Reus, 2016. pp. 135-150.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 25 de setembro de 2012.

PIÑAR MAÑAS, J. L. Transparencia y protección de datos: una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. In: PIÑAR MAÑAS, J. L. (org.) *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*. Madrid: Reus, 2014. pp. 45-62.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. G. *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos versus Big Data*. Valencia: Tirant lo Branch, 2018.

RODRÍGUEZ, P.; PALOMINO, N.; MONDACA, J. El uso de datos masivos y sus técnicas analíticas para el diseño e implementación de políticas públicas en Latinoamérica y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo, 2017. Disponível em: <https://publications.iadb.org/handle/11319/8485>. Acesso em: 10 de novembro 2018.

SALGUERO, F. J. S. Relación entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública dentro del marco del derecho comparado. *Revista Ius et Praxis*, año 22, n° 1, 2016, pp. 323-376.

TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Leonardo Valles Bento

Universidade de Valência, Espanha
vallesbento@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-8621-3191>

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2007). Auditor da Controladoria-Geral da União (CGU) no Estado do Maranhão. Pesquisador Visitante de Pós-Doutorado da Universidade de Valência – Espanha (2018-2019). Autor do livro “Acesso a informações públicas: princípios internacionais e o direito brasileiro”, publicado pela Editora Juruá (2015).