

ORLANDINO GLEIZER
LUCAS MONTENEGRO
EDUARDO VIANA

O DIREITO DE PROTEÇÃO DE DADOS
NO PROCESSO PENAL
E NA SEGURANÇA PÚBLICA

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	9
AGRADECIMENTOS	13
PREFÁCIO	15
INTRODUÇÃO	19
I. A razão de ser deste livro	19
II. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública	22
III. Estrutura do livro	27
IV. Breve nota terminológica	28
V. Das normas traduzidas	29
A. A dogmática constitucional da proteção de dados	31
I. Considerações gerais sobre a dogmática da intervenção em direitos fundamentais	31
1. A justificação da intervenção em direitos funda- mentais	31
2. A proteção constitucional dos dados pessoais	37
II. A reserva de lei e a reserva parlamentar: o conteúdo das normas autorizativas de intervenção informacional	40
III. Da proporcionalidade no tratamento de dados pessoais: requisitos e concretizações	49

1. Do princípio da vinculação finalística.....	50
2. Da necessidade de regramento específico para as distintas atividades estatais: persecução penal, segurança pública e inteligência	51
3. Da separação informacional de poderes	56
4. Da concretização da proporcionalidade: critérios e subprincípios.....	58
a) Dos critérios da proporcionalidade	58
b) Dos princípios gerais do tratamento de dados	59
IV. Demais exigências materiais na proteção de dados pessoais	66
V. Síntese parcial	69
B. Algumas advertências em relação à Diretiva 2016/680 (DPD): a importância da legislação nacional no contexto europeu	71
C. Intervenções informacionais para fins de segurança pública.....	77
I. A segurança pública como atividade de proteção contra perigos	77
II. Aspectos centrais de um direito de segurança pública: bem protegido, perigo e destinatários	80
1. Bem protegido: a segurança pública	81
2. Perigo.....	82
3. Os destinatários	84
III. Autorizações para o levantamento de dados pessoais .	85
1. Critérios para regras especiais de autorização.....	86
a) Licitude formal	86
b) Licitude material	87

2. Dois exemplos de autorizações especiais no direito alemão	88
a) A identificação eletrônica de veículos automotivos	88
b) Câmeras de vigilância em espaços públicos...	92
3. Critérios para criação de cláusulas gerais	96
IV. Armazenamento, utilização e alteração	100
V. Síntese parcial	103
D. Intervenções informacionais para fins de persecução penal	105
I. Considerações gerais	107
1. O princípio da publicidade do processo e a proteção da personalidade	107
2. A presunção de inocência e os níveis de suspeita do fato	112
3. Formas de tratamento de dados no processo penal	113
II. Medidas de investigação na persecução penal	114
1. Critérios para regras especiais de autorização.....	116
a) Licitude formal	116
b) Licitude material	116
2. Dois exemplos de normas de autorização: o monitoramento de telecomunicações e a infiltração <i>online</i>	121
a) O monitoramento de telecomunicações	121
b) A infiltração online em sistemas informáticos	127
III. Demais formas de tratamento de dados pessoais no processo penal	131
1. Dados constantes dos autos do processo.....	131
2. Dados externos aos autos do processo	132
IV. Síntese parcial	132

E. O compartilhamento de dados pessoais da segurança pública e da persecução penal	135
I. Fundamentos	136
1. Licitude formal: o modelo das duas portas	136
2. Licitude material: a vinculação à finalidade e o critério do levantamento hipotético	138
II. Compartilhamento de dados pessoais obtidos pelos órgãos de segurança pública	140
III. Compartilhamento de dados pessoais obtidos por órgãos da persecução penal	142
IV. Síntese parcial	146
F. Os direitos dos titulares ou afetados pelo processamento de seus dados	147
I. Do direito do titular/afetado à informação e dos correspondentes deveres do controlador	149
1. Dos deveres ativos de informação: a disponibilização de informações ao titular e a notificação do afetado	150
2. Do direito de acesso do titular dos dados e dos deveres passivos do controlador	153
II. Do direito do afetado ao controle do processamento de dados	155
1. Direito à correção dos dados	155
2. Direito à eliminação dos dados.....	155
3. Direito à limitação do processamento dos dados...	156
4. Forma de comunicação da recusa de correção e eliminação dos dados e de limitação do processamento	157
III. Dos direitos à supervisão da autoridade de controle e à apreciação judicial	157
IV. Síntese parcial	158
SÍNTESE	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	163

PREFÁCIO

Tenho enorme alegria em prefaciá-la monografia de meus alunos e amigos Orlandino Gleizer, Lucas Montenegro e Eduardo Viana, sobre “O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública”. O trabalho é uma introdução à tão difícil quanto relevante matéria do direito da proteção de dados pessoais, o qual vem analisado no que diz respeito à sua aplicação às áreas do processo penal e da segurança pública. Falarei, muito sucintamente, dos três autores, para, em seguida, voltar-me para o livro.

Talvez não fosse necessário falar dos *autores*, uma vez que os três são conhecidos e publicaram importantes trabalhos também na editora Marcial Pons. Ainda assim, não resisto a fazê-lo, talvez pela proximidade e afeto que guardo por cada um dos três. O primeiro deles, Orlandino Gleizer, é meu doutorando na Universidade Humboldt de Berlim e assistente científico junto à cátedra do colega Eric Hilgendorf, na Universidade de Würzburg. O tema de sua tese de doutorado é a chamada infiltração online como medida processual penal. O segundo autor, Lucas Montenegro, também é meu doutorando na Universidade Humboldt de Berlim e assistente científico junto à cátedra do colega Joachim Renzikowski, na Universidade Martin-Luther de Halle-Wittenberg. Ele está para concluir a sua tese de doutorado, sobre a relevância das emoções para o juízo de culpabilidade. O

terceiro autor, Eduardo Viana, é doutor pela UERJ, tendo realizado longo período de investigação sob minha tutela quando eu ainda me encontrava na Universidade de Augsburg, o qual deu origem a sua tese de doutorado sobre “Dolo como compromisso cognitivo”. Ele é professor permanente do programa de pós-graduação e da graduação na Universidade Federal da Bahia (UFBa) e professor da graduação da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Ele tem visitado-nos em Berlim, realizando estudos pós-doutorais.

O livro, ainda que escrito por autores que são conhecidos e se autodefinem como penalistas, ocupa-se da temática de uma perspectiva que ultrapassa os estreitos limites da disciplina de origem. A análise tem início no direito constitucional, em cujo bojo é desenvolvida a fundamental categoria da “intervenção informacional”, cujos pressupostos de legitimidade são detalhadamente explicitados. Destaco, nesse tópico, a chamada vinculação finalística, isto é, a exigência de que dados só sejam levantados e utilizados para determinado fim, previamente fixado em lei. Em seguida, os autores recepcionam uma importante distinção, da qual o direito brasileiro poucas vezes cuida, entre um direito de segurança pública e um direito processual penal, a qual servirá, por força da exigência de vinculação finalística, como ponto de referência para o desenvolvimento dos diferentes critérios que hão de regular a intervenção ou para fins preventivos, ou para fins repressivos. Em seguida, os autores cuidam das mudanças de finalidade, isto é, da transferência de dados levantados com finalidade preventiva para fins repressivos e vice-versa. O capítulo final dedica-se ao catálogo de direitos daqueles que veem os seus dados levantados ou utilizados pelas instâncias estatais.

Um prefácio não me parece o local mais adequado para adiantar a riqueza de informações que o livro oferece ao leitor. Encerro cumprimentando os autores, por terem escrito o trabalho certo, na hora certa – em que se discute a respeito de um Anteprojeto de uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para as atividades de segurança

pública e persecução penal, recentemente apresentado por uma Comissão de Juristas instituída pela Câmara Federal dos Deputados. O trabalho expõe de forma cuidadosa e confiável as categorias jurídicas fundamentais para que o leitor possa construir a sua opinião a respeito do caminho a seguir nessa matéria, colocando, a meu ver, as bases para o surgimento da urgente discussão brasileira a esse respeito.

Berlim, 29 de março de 2021.

LUÍS GRECO

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal,
Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal
da Universidade Humboldt, de Berlim

INTRODUÇÃO

I. A razão de ser deste livro

Este livro pretende ser uma introdução à dogmática jurídica da proteção de dados pessoais em dois ramos da atividade estatal nos quais essa proteção faz-se mais urgente: na segurança pública e na persecução penal.

Buscamos, com essa introdução, contribuir para um debate que acaba de iniciar-se no Brasil e ainda nos acompanhará por gerações. É possível afirmar, sem muito receio, que o debate seguirá por muito tempo, porque, como apontaremos em várias ocasiões ao longo desta obra, a incorporação consequente da proteção jurídica de dados pessoais à segurança pública e ao processo penal pressupõe uma profunda reforma de normas e práticas hoje vigentes. A dificuldade de incorporar a proteção jurídica de dados pessoais a esses âmbitos da atividade estatal tem suas raízes em graves deficiências institucionais, como a inexistência do direito de segurança pública (cf. C.I) ou a ampla publicidade que se dá no Brasil ao processo penal (cf. D.I.1). Não será possível alcançar uma proteção jurídica de dados pessoais efetiva sem que seja repensada, profundamente, a forma como as atividades de segurança pública e persecução penal são realizadas no país. Trata-se de um imenso desafio, para cujo enfrentamento, portanto, não podemos ainda oferecer mais do que uma introdução.

O ensejo concreto para uma discussão mais ampla sobre proteção jurídica de dados pessoais nas referidas áreas foi a convocação, pela

Câmara dos Deputados Federal, de uma Comissão de Juristas com a missão de elaborar um Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais para segurança pública e persecução penal (doravante Anteprojeto¹). Pretende-se, com esse Anteprojeto, suprir a lacuna deixada pelo legislador ao aprovar a Lei Geral de Proteção de Dados (doravante LGPD), que excepciona do regime geral de proteção jurídica de dados, dentre outros, a segurança pública e o processo penal (art. 4º III LGPD). No momento em que são escritas estas linhas, o Anteprojeto já se encontra finalizado e à disposição da sociedade civil para discussão e crítica, embora ainda não esteja em tramitação na Câmara Federal.² A convocação da Comissão de Juristas e a elaboração do Anteprojeto representam um importante marco no reconhecimento da proteção de dados como um tema central também para a segurança pública e a persecução penal e um primeiro passo no sentido de enfrentar o grande desafio da regulação da matéria nesses setores. Mas apenas um primeiro passo. Um direito de proteção de dados que leve a cabo os princípios enunciados no Anteprojeto pressupõe a existência de muitas normas não previstas no documento. Por isso, o aprimoramento do Anteprojeto ainda exige, a nosso ver, ampla participação da comunidade jurídica e de muitos setores da sociedade civil. E aqui está uma segunda razão pela qual esta obra permanece como uma introdução. Nosso objetivo é, principalmente, oferecer a um público ainda não familiarizado com o tema os instrumentos

1. Em veículos de comunicação do país e na própria Exposição de Motivos ao Anteprojeto, tem-se apelidado o documento de “LGPD Penal”; cf., exemplificativamente, *Figueira*, “LGPD penal”, vigilantíssimo e o papel do CNJ como autoridade..., *Migalhas*, acessível em: <https://migalhas.uol.com.br/deposito/337223/lgpd-penal--vigilantismo-e-o-papel-do-cnj-como-autoridade-competente--consideracoes-iniciais-acerca-do-anteprojeto-de-lei>. Essa denominação, contudo, é imprecisa. Ela sugere, erroneamente, que o âmbito de regulação do Anteprojeto seria a proteção de dados no direito penal ou, no máximo, também no direito processual penal. O título não faz jus à proteção de dados na segurança pública, que não é uma atividade de natureza penal. Isso, inclusive, reforça um ponto que será ressaltado neste livro (cf. C.I), a saber: o direito de segurança pública e sua correspondente disciplina jurídica ainda estão por ser desenvolvidos no Brasil. Por essa razão, optamos por uma denominação neutra: Anteprojeto. Como veremos, a regulação da proteção de dados na segurança pública precisa ser pensada de forma autônoma ao lado da regulação no processo penal.

2. Pode-se acessar o documento em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outras-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>.

teóricos necessários para compreender a tarefa que tem diante de si e para poder tomar, ele mesmo, parte nessa discussão tão importante.³

Por se tratar de um tema novo no direito brasileiro, é natural que se busque uma orientação em experiências do direito estrangeiro. Esta introdução baseia-se, sobretudo, no direito de proteção de dados desenvolvido na Alemanha, país que conta com, pelo menos, cinco décadas de discussão sobre o tema.⁴ Há duas razões para essa escolha. A primeira delas é a familiaridade dos autores com o direito e a ciência jurídica alemães, o que permite acesso imediato às fontes da discussão e, dessa forma, maior rigor no tratamento dogmático da matéria. A essa razão de cunho pessoal soma-se, em uma feliz coincidência, uma razão, por assim dizer, material. O direito de proteção de dados alemão é tido por pioneiro. A Alemanha influenciou o desenvolvimento desse ramo do direito em todo o mundo, sobretudo na Europa. O regime de proteção de dados hoje vigente na União Europeia, sedimentado no Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante RGPD) e na Diretiva 2016/680 (doravante DPD), carrega consigo as linhas mestras traçadas pela jurisprudência constitucional e doutrina alemãs.⁵ E foi principalmente o desenvolvimento legislativo a nível europeu que o legislador brasileiro tomou como influência para a elaboração da LGPD. Seguindo essa tendência, também os autores do Anteprojeto apontam a legislação europeia como uma fonte de inspiração.⁶ Assim, acreditamos ser justificado o recurso ao direito alemão, não como um arquétipo a ser seguido a todo custo, mas como o melhor ponto de partida para a formulação de um modelo próprio para o Brasil.

Dado o caráter introdutório deste livro, optamos, frequentemente, por um tratamento descritivo da matéria. Isso significa que predomina no livro uma orientação pedagógica, voltada a oferecer ao leitor as

3. Uma introdução a alguns pontos importantes do direito de proteção de dados no processo penal, especialmente em relação a seus fundamentos constitucionais, é oferecida também por *Greco*, Introdução, in: *Wolter*, O inviolável e o intocável no direito processual penal, 2018.

4. A primeira lei de proteção de dados alemã, a Lei de Proteção de Dados do Estado de Hessen, é de 1970.

5. Sobre o desenvolvimento europeu, ver, por todos, *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, *Datenschutzrecht*, 2018, pp. 25 ss.

6. Cf. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal.