

A Necessária Ponderação de Princípios na Publicidade Processual

José Carlos de Araújo Almeida Filho¹

Delton Ricardo de Souza Meirelles²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. I. A PUBLICIDADE COMO PRINCÍPIO E NORMA CONSTITUCIONAL. I.1. A TENSÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS. II. UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS E OS ATOS PROCESSUAIS COMO DADOS INFORMÁTICOS. III. A PESSOA HUMANA E SUA PROTEÇÃO. IV. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O artigo a que nos propusemos elaborar demanda uma análise dos princípios e garantias constitucionais, com enfoque no processo judicial eletrônico, que permeia acesso à justiça, garantias processuais e a necessidade de publicidade dos atos, seja por inclusão, no art. 5º, LX³, seja por inclusão no art. 93, IX⁴, da Constituição da República Federativa do Brasil. de 1988.

¹ Professor efetivo de Direito Processual Civil na Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutorando em Direito e Sociologia pelo PPGSD/UFF. Mestre em Direito pela UGF (2005). Membro Efetivo do Instituto Brasileiro dos Advogados (IAB), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e presidente do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico (IBDE).

² Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal Fluminense. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociologia da UFF. Coordenador do LAFEP (Laboratório Fluminense de Estudos Processuais). Doutor em Direito.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Adentraremos nas questões que envolvem a publicidade do processo. Contudo, analisando o art. 5º, em conjunto com o art. 93, da Constituição, questionamos se o processo, em sua integralidade é público, ou se os julgamentos é que são públicos? E, se em um primeiro momento parece inexistir diferença, admitimos que a mesma é fundamental.

Admitimos, ainda, a partir de estudos já realizados, que uma política internacional de Direitos Humanos, com enfoque no processo judicial eletrônico deva ser adotada. A informatização judicial, apesar de ter no Brasil a grande inspiração e um modelo para outros países, aplica-se mundialmente. A partir desta preocupação, com políticas públicas, o artigo analisará o princípio da publicidade.

Já havíamos tratado do tema relativo à publicidade do processo e outras garantias fundamentais⁵, mas ampliamos o escopo de nossa investigação neste texto.

Mas é preciso identificarmos se o princípio da publicidade não afetará, de alguma forma, outros princípios constitucionais, como o da intimidade e privacidade do cidadão. Ou, uma questão que se faz oportuna ponderar: - Seria o princípio da publicidade absoluto? Em um primeiro momento afirmar-se-á que não, porque há hipóteses de relativização em nossa legislação.

Por outro lado, é preciso debater se, em casos em que a legislação não aplica o segredo de justiça, seria ou não oportuna a relativização da publicidade? Quando assim questionamos, enfrentamos, novamente, a questão acerca de a publicidade ser ou não um princípio absoluto.

A informatização judicial do processo vem sendo aplicada no Brasil, pelo menos, desde 2001, através dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001). No início, e este não será o enfoque de nosso trabalho, discutia-se acesso à justiça e possível violação do mesmo a partir do momento em que trabalharíamos apenas com processos eletrônicos. Superada esta primeira fase, em 2006 temos a promulgação da Lei 11.419 e passamos a questionar outra problemática na esfera dos direitos fundamentais.

⁵ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico. A informatização judicial no Brasil*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

Quando estamos diante do tema informatização judicial, ora estamos diante de questões relacionadas ao acesso à justiça (superado o debate), ora estamos diante de outras questões mais complexas, como o direito à intimidade e privacidade.

Desta forma, à luz de nossa Constituição e dos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil, é importante que analisemos a sistemática da exacerbação da publicidade através de meios eletrônicos.

Um Estado Democrático de Direito não subsiste sem a publicidade dos atos públicos, até mesmo em virtude do disposto no art. 1º da Constituição, que demanda uma teoria contratualista, sendo o poder uma emanção do povo, com mandatários eleitos para os representarem.

É certo e não se discute que tais atos oriundos deste contrato social, devem ser públicos. Mas, questiona-se: - O que deve ser, realmente público? – O que deve ficar na seara da intimidade do ser humano, ainda que estejamos diante de um processo judicial eletrônico, com acesso pela Internet?

A Profa. Flávia Piovesan⁶, em texto acerca dos direitos sociais, trata do nascimento dos direitos humanos e de sua necessidade de nascer:

“Enquanto reivindicação moral, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, não nascem todos de uma vez, e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.⁷ Considerando a historicidade desses direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta para uma pluralidade de significados. Entre estes, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos,

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. In *Sur*, Rev. int. direitos human. vol.1 no.1 São Paulo 2004. Obtido por meio eletrônico, disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452004000100003&script=sci_arttext#end01>. Acesso 28 out. 2012.

⁷ *Cf nota do texto*: A respeito, ver também Lafer (1988, p. 134). No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs (1998, p. 156): "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta, antes de serem reconhecidos como direitos". Para Allan Rosas (1995, p. 243), "O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. [...] O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte integrante de nossa história, de nosso passado e de nosso presente".

introduzida com a Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993.”

Pretendemos, assim, à luz dos Direitos Humanos, respondermos às questões anteriormente expostas, admitindo, ainda, que novos direitos surgem neste cenário informatizado. E, a partir do momento em que surgem novos direitos, estes devem ser protegidos, sob pena de em proteção a um direito, violar-se outro, de igual ou maior necessidade de proteção.

I. A PUBLICIDADE COMO PRINCÍPIO E NORMA CONSTITUCIONAL

A publicidade é um princípio que norteia a administração pública, e, claro, o Poder Judiciário, a fim de que os processos não sejam julgados como se inquisitoriais fossem. Mas, além de ser uma garantia, está positivado em nossa Carta Política. Também observamos a publicidade destacada no Pacto de San José da Costa Rica.

Analisando o art. 8º, do Pacto de San José da Costa Rica, quando trata das garantias judiciais, vê-se, no item 5, que “o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

Da leitura do art. 8º, extrai-se que há necessidade de publicidade no processo penal e que o sigilo será preservado quando houver interesses da justiça. A análise se faz importante, porque não necessariamente há interesse da justiça. Ou, por outro lado, como entendermos este interesse da justiça?

O interesse a que nos propusemos estudar diz respeito a um interesse maior, que ultrapassa a ideia de interesse da justiça. A intimidade e a privacidade estão acima do interesse da justiça. Quando admitimos que o interesse da justiça seja soberano, diante dos termos do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica, estamos privilegiando as informações sigilosas para fins de investigação criminal.

Apesar de este não ser o mote de nosso trabalho, é importante destacar o artigo 8º para podermos desenvolver a idealização de um sistema processual, em ambiente eletrônico, que privilegie a privacidade e a intimidade.

Partimos do pressuposto de que não há direitos absolutos. E, se não há direitos absolutos, temos direitos hierarquicamente dispostos na Carta Política de 1988, que devem ser ponderados.

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo⁸.

O princípio da publicidade, conforme leciona o Prof. Luiz Rodrigues Wambier,⁹ “existe para vedar o obstáculo ao conhecimento. Todos têm o direito de acesso aos atos do processo, exatamente como meio de se dar transparência à atividade jurisdicional”. Para Pellegrini, Dinamarco e Cintra,¹⁰ “o princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição”. É preciso, todavia, comungarmos princípio de tamanha importância com outro, também de natureza constitucional, mas hierarquicamente superior: *o princípio da dignidade da pessoa humana*.

As questões que permeiam o direito à publicidade e a necessária inserção nos sistemas legislativos modernos em contraposição à intimidade e dignidade da pessoa humana se apresentam tensos. A idealização do princípio da publicidade vedará arbitrariedade.

Mas, uma questão deve ser pontuada: - Até que ponto a publicidade excessiva também não fará uma exposição excessiva do litigante?

Não respondendo a questão, mas inserindo outra e devolvendo a discussão acerca de acesso à justiça, mas sob outro prisma, questiona-se se a parte, diante de excessiva publicização de sua demanda, não ficará insegura ou desconfortável com a

⁸ Cf SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). *Curso Avançado de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002. v.I.

¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

demanda judicial proposta, inibindo-se o ajuizamento da ação para a garantia de seus direitos?

Como dissemos anteriormente, a questão envolvendo processo eletrônico e acesso à justiça supera-se. Mas supera-se no que tange a possíveis dificuldades no manuseio de sistemas, programas e toda a infraestrutura informática. Contudo, ressurge uma discussão que demandará ampla pesquisa, já que podemos conceber que a exacerbada publicidade poderá inibir o exercício do direito de ação.

Sendo certo que o princípio da publicidade vedará julgamentos por tribunais de exceção e impedirá que abusos de autoridade sejam praticados,¹¹ torna-se necessário repensarmos a forma como este princípio deverá ser levado a cabo em meio a uma sociedade dita da informação.

O princípio da publicidade é uma garantia constitucional, constituindo-se, nas lições de Egas Dirceu Moniz de Aragão,¹² autoritarismo o ato do juiz que restringe o livre acesso às informações contidas nos autos, é preciso entender o alcance subjetivo dos textos legais.

O livre acesso às informações poderá, sob outra vertente, a partir do momento em que os atos são disponibilizados na Internet, causar sérios danos à imagem da pessoa. E, ferindo a imagem, estamos diante de violações à intimidade e privacidade.

Para Moniz de Aragão, “ou o caso se enquadra entre os que correm em segredo de justiça, ou nenhuma autoridade pode interferir na publicidade dos atos processuais”. Enfrentamos, por outro lado, um grave problema a ser equacionado, no que diz respeito à intimidade, à privacidade e, em especial, ao Processo Eletrônico.

Acerca da assertiva, diante de uma nova realidade processual, questionamos se efetivamente esta é uma realidade e uma norma absoluta?

O art. 11 do Pacto de San José da Costa Rica é claro quanto a dignidade:

¹¹ *Idem, op.cit.* p. 69, relativamente à Revolução Francesa e à independência do Judiciário.

¹² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.II.

“Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

Entendemos que o art. 11 diz respeito ao direito de resposta quando violada a honra e a dignidade. Mas é possível que esta honra e dignidade sejam feridas em demanda judicial, especialmente com a ampliação provocada pela informatização judicial do processo.

I.1. A TENSÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS

Para Alexy¹³, quando há colisão entre princípios, há necessidade de ponderação e um deverá ceder em relação ao outro. Não quer dizer com isto, como Alexy afirma, que um dos princípios será invalidado. E, sem dúvida alguma, não é o que se pretende com a discussão acerca de publicidade e privacidade, mas que os princípios sejam analisados e ponderados.

Não se olvida, pelo visto até o presente momento, que há tensão entre publicidade e intimidade (privacidade, também se pondera na discussão). De acordo com a teoria de Alexy, “na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem procedência em face do outro sob determinadas condições.”

A questão que se traz à baila é justamente ponderar princípios constitucionais e dar-lhes o devido valor. Vale mais a informação (e aqui tratamos de informação, porque o *judicial* passou a ser venda de mídia) do que a intimidade? Se entendemos que a publicidade é um princípio universal, pouco importa a forma como ela é realizada. Mas e se concebermos a intimidade como um princípio constitucional superior? E o direito da personalidade? Existe por si só ou possui suas variáveis?

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Dentre os princípios da personalidade podemos admitir, assim como a Prof^a lusitana Catarina Sarmiento e Castro,¹⁴ ao fazer remição a Murilo de la Cueva,¹⁵ o direito ao esquecimento e “sabemos que, nas condições tecnológicas actuais, os sistemas informáticos não esquecem”. Admitir, a partir da teoria da Profa. Catarina Sarmiento, que os sistemas não esquecem, temos um alargamento da publicidade e a sensação de violação aos princípios em igualdade hierárquica se chocam e conflitam.

Há uma tensão entre princípios que deve ser repensada.

E admitimos de extrema importância este debate, que surge com a sociedade da informação tecnológica. Para Leonardo Greco¹⁶, “somente em casos expressos em lei, pode e deve o juiz impor o sigilo para proteger o interesse público”.

Mas, e quando estamos diante de Direitos e Garantias Fundamentais? Não se deveria impor uma regra de sigilo, diante da possibilidade de exacerbação do princípio da publicidade? E, quanto a este ponto, Pellegrini, Dinamarco e Cintra,¹⁷ asseveram que “... toda precaução deve ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo.”

Parece-nos ser esta a maior tensão envolvendo os princípios que se encontram. Entre os dias 24 a 26 de outubro de 2012 realizou-se, em São Paulo, o V Congresso Internacional de Direito Eletrônico. E um dado se apresenta importante, pelo que se discutiu no evento: diversos trabalhos foram encaminhados e em sua maioria, uma grande preocupação entre a idealização de uma publicidade processual e a preservação ao direito ao esquecimento.

A sociedade da informação tecnológica se apresenta de tal forma inserida no contexto pessoal, que é preciso refletir até que ponto podem os sistemas estar sobrepujando o direito à intimidade e até que ponto este mecanismo interfere ou interferirá no Direito Processual? O tema que envolve Direito e Tecnologia da Informação, vez por outra, nos obriga ao recurso da casuística, notadamente em termos de divulgação e do direito ao

¹⁴ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Almedina: Coimbra, 2005.

¹⁵ *Apud* CASTRO (2005). CUEVA, Pablo Lucas Murilo de. *Informática y protección de datos personales*, p. 240.

¹⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2aed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

¹⁷ *Op. cit.*

esquecimento. No sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como já havíamos narrado em trabalho anterior¹⁸, v.g., continha uma notícia, na íntegra, narrando fatos ocorridos em um estupro praticado por um promotor contra uma defensora pública. Até que ponto a publicidade processual e, mais, a própria informação, estão acima dos direitos da personalidade?¹⁹ Não teria esta Defensora Pública o *direito ao esquecimento*? Seu sofrimento por passar por todo um processo deste jaez não estaria superado? A sociedade já não teria esquecido?

Esta questão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em particular, nos traz à baila a questão entre a publicidade dos atos processuais e a divulgação pela mídia dos atos praticados no processo. Há uma diferença sutil entre publicidade e divulgação da informação. Mas é certo que a adoção ampla do princípio da publicidade gera esta dicotomia inaceitável.

A *publicidade excessiva*, como vem ocorrendo hodiernamente e se ampliará com a inserção do Processo Eletrônico em nosso sistema processual, viola princípios constitucionais de relevante importância, como o da intimidade e o da própria personalidade.

Mas a ideia de *relativização* do princípio não se apresenta distante da doutrina. Em capítulo intitulado *A imperfeita percepção da publicidade como garantia do processo democrático*, o Prof. Roberto José Ferreira de Almada,²⁰ após discorrer sobre temas relevantes e a concepção sociocultural de nosso povo, observa que “... exceto em situações muito particulares em que a privacidade e o interesse público possam

¹⁸ ALMEIDA FILHO, *op.cit.*

¹⁹ Publicado, *ipsi literis*, no sítio do TJERJ, em <http://www.tj.rj.gov.br/assessoria_imprensa/noticia_tj/2006/04/nottj2006-04-10_vii.htm> Começou às 15h de hoje (dia 10 de abril), no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio, o julgamento do promotor de justiça (omitimos o nome, apesar de constar no sítio), acusado de ter estuprado a defensora pública (*omissis*), crime previsto no artigo 213, *caput*, do Código Penal. Segundo a denúncia do Ministério Público, o crime teria ocorrido no início da madrugada do dia 19 de julho de 2001, na estrada que liga Macaé a Conceição de Macabu, dentro de um Jeep Cherokee de propriedade do promotor. Ainda de acordo com o MP, por volta das 21h do dia 18 de julho, quando se dirigia ao hotel onde costumava se hospedar, na comarca de Conceição de Macabu, a defensora encontrou o promotor, que a convidou para jantar em Macaé. Em virtude do mal-estar demonstrado por Márcia ao final da refeição, resolveram ambos, de imediato, retornar a Conceição de Macabu. Quando já se encontravam na estrada, (omitimos), de acordo com a denúncia, parou o carro no acostamento e, lançando-se sobre a defensora, estuprou-a depois de algemá-la. O relator do processo, desembargador Murta Ribeiro, reconheceu que houve demora na instrução do processo, mas, segundo ele, todo o cuidado foi tomado para evitar a alegação de cerceamento de defesa. Ele afirmou que realizou pessoalmente diligências e ouviu, durante mais de um ano, 32 testemunhas em seu gabinete e na sala de sessões da Câmara. Durante a leitura do relatório, o desembargador Murta Ribeiro adiantou que, em seu parecer, o MP pediu a absolvição do promotor. O julgamento está previsto para acabar no início da noite de hoje. Obs.: O promotor foi absolvido.

²⁰ ALMADA, José Ferreira de. *A Garantia Processual da Publicidade*. São Paulo: RT, 2005.

efetivamente recomendar a restrição do direito de informação e de acesso irrestrito aos acontecimentos do processo, por parte das pessoas do povo.”

Parece-nos clara a tensão entre os princípios.

Uma questão deverá ser abordada, também, no que tange aos dados informáticos. São ou não protegidos?

II. UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS E OS ATOS PROCESSUAIS COMO DADOS INFORMÁTICOS.

É princípio do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana. O art. 3º, por sua vez, garante, pelo inciso IV, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Para adentrarmos ao tema, e, depois, analisarmos os princípios da privacidade e intimidade, questionamos se a exacerbação da publicidade em determinado processo judicial, não seria motivo para “(...) *quaisquer outras formas de discriminação*”?

A resposta nos parece positiva, ainda mais quando estamos tratando de dados sensíveis. E, por dados sensíveis, devemos nos ater à ideia de que determinadas informações, e, mesmo, exames laboratoriais, conta corrente, afirmação de doença e outras questões que dizem respeito, única e exclusivamente, ao litigante em um processo judicial. É exemplo de dado sensível, por exemplo, a afirmação de determinada pessoa ser portadora do vírus HIV e demandar contra o Estado para fornecimento de medicamentos.

A doença faz parte da intimidade da pessoa. E foi por esta razão que questionamos, anteriormente, em posição diversa do que já foi debatido pela doutrina²¹, se a informatização e a inserção de dados no processo judicial eletrônico, não expurgaria o

²¹ A doutrina, no início da informatização judicial, afirmava que o processo judicial eletrônico proporcionaria um expurgo do direito de ação. Diversos autores publicaram em *blogs* e periódicos *online* que a informatização provocaria um *apartheid* judicial. Parece-nos haver uma fobia em matéria de informatização. Mas é certo, também, que os debates acerca de um direito fundamental, pelo uso da informática, foi debatido. A Ordem dos Advogados do Brasil, adotando esta teoria, ajuizou a ADI 3880, afirmando que o processo eletrônico expurgaria uma grande parcela de advogados do sistema judicial. Contudo, ainda que ajuizada em 2007, até a presente data não temos uma resposta acerca do debate, pelo Supremo Tribunal Federal. A nossa proposta, neste texto, é tratar o acesso à justiça de forma inversa, ou seja, se a exacerbação da publicidade não provocaria um expurgo do cidadão ao Poder Judiciário?

acesso à justiça de forma transversa? Se é certo que a publicidade tem como escopo impedir o abuso por parte do Estado-Juiz, por outro lado é certo que a divulgação de dados não pode inibir a coação e o livre exercício do direito de ação.

Em outro tom, se admitirmos a ação penal privada como sendo uma garantia da vítima propô-la, ou não, para sua proteção, e a queixa é uma das condições da ação, será que casos que demandam uma ação penal não deixariam de ser ajuizados? Não poderia a vítima estar mais exposta com dados informáticos distribuídos na rede mundial de computadores?

Quando tratamos de dados, assim afirmamos porque com a diretriz da Lei 11.419, de 2006, todos os atos do processo tramitarão pela Internet. Os dados, por sua vez, são documentos eletrônicos, nos termos da Medida Provisória 2.200-2, de 2001. Tratamos, então, de dados eletrônicos nos atos processuais.

Os dados – e aqui somente podemos conceber como dados telemáticos -, são protegidos pela Constituição em seu art. 5º, “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

No Brasil, a regulamentação da privacidade de dados se encontra regulamentada pelo Decreto 3.505/2000, que institui a Política de Segurança da Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Em seu art. 1º, observamos:

“Art. 1º Fica instituída a Política de Segurança da Informação nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal, que tem como pressupostos básicos:

I – assegurar a garantia ao direito individual e coletivo das pessoas, à inviolabilidade da sua intimidade e ao sigilo da correspondência e das comunicações, nos termos previstos na Constituição;

II – proteção de assuntos que mereçam tratamento especial;

III – capacitação dos segmentos das tecnologias sensíveis;

IV – uso soberano de mecanismos de segurança da informação, com o domínio de tecnologias sensíveis e duais;

V – criação, desenvolvimento e manutenção de mentalidade de segurança da informação;

VI – capacitação científico-tecnológica do País para uso da criptografia na segurança e defesa do Estado; e

VII – conscientização dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal sobre a importância das informações processadas e sobre o risco da sua vulnerabilidade.”

Os riscos de vulnerabilidade de qualquer sistema computacional devem ser bem avaliados, sob pena de haver violação a princípios basilares do processo, dentre eles a do sigilo em determinadas demandas, como, nos casos de Direito de Família, *v.g.*

Insistimos que a sistemática processual modificou-se. Atos processuais não são mais – e apenas – atos processuais pura e simplesmente. Os atos processuais passam a ser concebidos como dados telemáticos, uma vez inseridos na informatização judicial do processo. E, como dado que o é, deverá ser protegido pela Constituição e por normas infraconstitucionais.

Com a ampliação de um debate envolvendo Direitos Humanos, uma agenda internacional acerca da proteção dos dados telemáticos envolvidos no processo judicial eletrônico deve ser analisada e pensada.

Estamos, pois, diante de dados sensíveis, pessoais e de dados telemáticos.

Em matéria de Direito Internacional, aplicável à Comunidade Europeia, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento e do Conselho Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995, afirma, em seu art. 1º²², trata do direito à privacidade no que tange aos dados pessoais. Preserva-se, e, ainda, garante-se, a intimidade e a privacidade, como requisitos da dignidade da pessoa humana.

O art. 2º da Diretiva nos aponta as definições, as quais entendemos serem necessárias ao desenvolvimento de nosso trabalho.

Prescreve o art. 2º:

“Definições

Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

²² Objecto da directiva. 1. Os Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.

- a) «Dados pessoais», qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;
- b) «Tratamento de dados pessoais» («tratamento»), qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição;
- c) «Ficheiro de dados pessoais» («ficheiro»), qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessível segundo critérios determinados, que seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico;
- d) «Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário;
- e) «Subcontratante», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que trata os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento;
- f) «Terceiro», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que não a pessoa em causa, o responsável pelo tratamento, o subcontratante e as pessoas que, sob a autoridade directa do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, estão habilitadas a tratar dos dados;
- g) «Destinatário», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que receba comunicações de dados, independentemente de se tratar ou não de um terceiro; todavia, as autoridades susceptíveis de receberem comunicações de dados no âmbito duma missão de inquérito específica não são consideradas destinatários;
- h) «Consentimento da pessoa em causa», qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objecto de tratamento.”

Os dados pessoais, automatizados ou não, integram o conjunto de direitos inerentes ao ser humano e devem gozar de especial protecção, especialmente no âmbito internacional. Políticas públicas internacionais devem estar atentas para uma questão que surge no Brasil, desenvolve-se a partir de debates sobre a doutrina portuguesa e avança para que outros países adotem um processo eletrônico.

E o processo eletrônico é o conjunto de atos processuais eletrônicos. Ou, em outras palavras, conjunto de dados telemáticos na tramitação dos processos judiciais. E, dentre os dados, há aqueles sensíveis e inerentes ao ser humano que, antes dos modernos canais de comunicação não demandavam tanta preocupação quanto demandam atualmente.

Contudo, a Diretiva é datada de 1995, quando o *boom* da Internet ainda não se visualizava, e, mais, não se tratava com tanta repercussão a informatização judicial. Por esta razão, o art. 8º trata de excludentes da proteção:

“Artigo 8º

Tratamento de certas categorias específicas de dados

1. Os Estados-membros proibirão o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual.

2. O nº 1 não se aplica quando:

a) A pessoa em causa tiver dado o seu consentimento explícito para esse tratamento, salvo se a legislação do Estado-membro estabelecer que a proibição referida no nº 1 não pode ser retirada pelo consentimento da pessoa em causa; ou

b) O tratamento for necessário para o cumprimento das obrigações e dos direitos do responsável pelo tratamento no domínio da legislação do trabalho, desde que o mesmo seja autorizado por legislação nacional que estabeleça garantias adequadas; ou

c) O tratamento for necessário para proteger interesses vitais da pessoa em causa ou de uma outra pessoa se a pessoa em causa estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; ou

d) O tratamento for efectuado, no âmbito das suas actividades legítimas e com as garantias adequadas, por uma fundação, uma associação ou qualquer outro organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, na condição de o tratamento dizer unicamente respeito aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contactos periódicos ligados às suas finalidades, e de os dados não serem comunicados a terceiros sem o consentimento das pessoas em causa; ou

e) **O TRATAMENTO DISSER RESPEITO A DADOS MANIFESTAMENTE TORNADOS PÚBLICOS PELA PESSOA EM CAUSA OU FOR NECESSÁRIO À DECLARAÇÃO, AO EXERCÍCIO OU À DEFESA DE UM DIREITO NUM PROCESSO JUDICIAL**²³.”

²³ Grifos inexistentes no original.

A ideia de um processo judicial, a fim de conter uma excludente na Diretiva, trata do processo judicial como costumamos tratar de *autos físicos*. Por outro lado, reafirmamos a importância de debatermos uma nova mentalidade acerca dos Direitos Fundamentais, quando estamos diante de um processo que não existe no papel, mas encontra-se na rede mundial de computadores.

Sobreviverá a norma da Diretiva, quando os países europeus passarem a adotar o processo judicial eletrônico? Ou, quando estamos diante de dados sensíveis, ainda assim, devemos pensar em excessiva publicidade?

Pensamos que não. Não se pode admitir uma excessiva publicidade quando há dados em processo judicial que possa ferir a dignidade da pessoa humana. Ou, ainda, quando determinado dado sensível vier a ser inserido e que faça parte de um núcleo íntimo e extremamente pessoal do litigante.

Repensar o processo à luz dos Direitos Humanos e inserir na agenda internacional uma política que trate da proteção à dignidade da pessoa humana. Com a informatização e o crescente número de acessos à Internet, nossa preocupação deve estar voltada ao ser humano.

III. A PESSOA HUMANA E SUA PROTEÇÃO

Dentro do pensamento desenvolvido até o presente momento, deve-se afirmar que o direito de ação, consagrado como um direito fundamental é exercício de liberdade pública e não pode – e não deve – ser inibido. Por tudo quanto analisado até o presente momento, podemos começar a questionar se a informatização garante, efetivamente, a proteção à pessoa humana, em seu íntimo, em sua privacidade? Ou se, por algum motivo, afastaria a concretização da cidadania pela exposição excessiva?

Em termos de dignidade da pessoa humana a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, já a consagrava. Trata-se de instrumento de consagração dos Direitos Humanos, reconhecido universalmente.

Flavia Piovesan²⁴, ao tratar dos Direitos do Homem, afirma que “não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático”.

Fortalecendo a concepção de Estado Democrático de Direito, tendo como pilar a dignidade da pessoa humana, temos positivado em nosso sistema o princípio universal. Diante deste princípio universal, questionamos, novamente, se estamos diante de um princípio absoluto, como a da publicidade processual?

A resposta parece-nos estar incluída dentre os direitos personalíssimos da pessoa humana. Jose W. Tobias²⁵, discorre sobre os direitos personalíssimos, asseverando:

“Se ha visto el protagonismo de la persona como sujeto de las relaciones jurídicas y la sumisión de todos los bienes y valores jurídicos: esta especial dimensión – resultante de su naturaleza humana y em razón de su dignidad – determina que la persona, antes de “tener” y además con um rango más primario, necesite ser protegida en la realidad de su “ser”; el orden jurídico asume esa realidad y la tutela”.

Ora, se estamos diante de um ordenamento jurídico que garanta o direito personalíssimo da pessoa humana, não podendo olvidar de sua privacidade, e, mais, sua dignidade, não nos parece razoável que o princípio da publicidade suplante os direitos envolvidos nesta relação.

Pensar publicidade, dignidade da pessoa humana, privacidade e intimidade, forma um novo eixo a serem analisados sob a luz dos Direitos Humanos que reclamam a proteção do homem. E o homem como um todo. O homem enquanto ser de direito e de deveres.

Admitir, também, que a publicidade é uma garantia para que direitos não sejam violados, não pode ser argumento para um princípio tornar-se absoluto a ponto de poder violar outras liberdades públicas.

²⁴ PIOVESAN, Fátia. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. In Sur, Rev. int. direitos human. vol.1 no.1 São Paulo 2004. Obtido por meio eletrônico, disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452004000100003&script=sci_arttext#end01>. Acesso 28 out. 2012.

²⁵ TOBIAS, Jose W. *Derecho de las Personas*. Buenos Aires: La Ley. 2009.

Posto estarmos diante de um direito personalíssimo e a fim de avançarmos em nossa teoria acerca de uma necessária relativização, para efetiva garantia dos Direitos do Homem, será preciso analisar se os direitos em questão são disponíveis ou indisponíveis.

Em matéria de direito da personalidade, admitimos, seguindo a doutrina de Jose W. Tobias²⁶, que as derivações da interveniência jurídica à pessoa devem atentar para a intransmissibilidade, relativa indisponibilidade e irrenunciabilidade.

Admitindo-se, assim, a irrenunciabilidade, o sigilo no processo deveria ser conjugado com a personalidade da pessoa humana. Ao conjugarmos irrenunciabilidade com publicidade, não caberia ao juiz não restringir os atos que possam causar sérios danos à imagem da pessoa, ou, ainda – e talvez mais importante -, à sua intimidade. Não apenas o interesse público deve pautar a política de Direitos Humanos em processo judicial, mas o interesse da parte, sob pena de termos um acesso à justiça às avessas. Ou, em outras palavras, inibição quanto ao livre acesso ao Poder Judiciário.

Os dados pessoais, o mérito da demanda e tantas outras questões, podem – e devem -, ser resguardados pelo Estado, sem que se exponha a parte. Estamos tratando de dois princípios que não são absolutos, mas afirmando-se que a publicidade vedará julgamentos obscuros, é certo que para a parte este julgamento será garantido por todas as normas constitucionais.

Portanto, se os Direitos Humanos são fenômeno social²⁷, deve-se analisar o princípio da publicidade diante de uma nova ordem processual.

Esta nova ordem processual, que não está alheia aos debates do Processo Constitucional, demanda uma análise de extrema importância, que é a deduzida neste trabalho. Bobbio afirma, ainda, que “os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual.”

Tratamento igualitário pode ser analisado por diversos pontos de vista. Aqui, como exposto em todo o trabalho, é tratar de forma isonômica aqueles que necessitam do Poder Judiciário para a solução de conflitos. A informática e a sociedade da informação

²⁶ *Op.cit.*

²⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

tecnológica não permitem mais o direito ao esquecimento. E, se o papel esquece, a informática e a Internet não estão permitindo este esquecimento.

Igualdade, neste momento, nesta nova ordem social, é tratar de forma isonômica aqueles que litigam “em papel” e eletronicamente. Há, sim, uma diferença, e esta diz respeito à exacerbação da publicidade.

A *virtualização*²⁸ do processo não se preocupa, como deveria, com o respeito ao tratamento de dados pessoais. Admitindo-se que a coisa julgada vem sendo relativizada,²⁹ exatamente para garantir a eficácia dos Direitos Fundamentais, não nos parece absurda a ideia de relativizarmos a publicidade dos atos processuais praticados por meios eletrônicos. Há princípios constitucionais conflitantes quando se admite publicidade de ato e intimidade à vida privada.

A intimidade se encontra no rol dos Direitos Humanos (art. 5º), ao passo que a publicidade dos atos se encontra nos deveres do Judiciário (93, IX). Analisando o próprio texto constitucional, verifica-se que é possível a mitigação da publicidade dos atos às partes e seus procuradores quando se está diante de possibilidade de violação à intimidade. E esta é a atual redação adotada pela Emenda Constitucional 45/2004, na esteira do que há de mais moderno em termos de direito da personalidade.

A relativização da publicidade dos atos processuais, em matéria de Processo Eletrônico, deve ser vista com cautela e em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em termos de ponderação de princípios, admitimos que a dignidade da pessoa humana se encontra em nível hierárquico superior ao da publicidade dos atos.

CONCLUSÃO

É preciso estarmos abertos ao novo, para aceitarmos a relativização. A teoria da segurança jurídica, em muitos casos, justifica uma preocupação de proteção estatal, ao contrário de se consolidar em uma segurança para o cidadão.

²⁸ Termo que não adotamos, mas que vem sendo utilizado a fim de apresentar a informatização judicial no Brasil.

²⁹ Vide WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003.

Trata-se de análise mais abrangente dos Direitos Humanos, analisados sob a perspectiva do Direito Social, do fato social, da sociologia jurídica, e, acima de tudo, de criação de políticas que se insiram na pauta dos tratados, esta necessária proteção à pessoa.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, vem entendendo ser possível a divulgação de atos de processo administrativo pela Internet. O entendimento do STJ, nos estreitos termos do acórdão proferido, não pode ser ampliado quando se estiver diante de pessoas naturais. Em verdade, ao obscurantismo da lei e à necessidade de o juiz julgar (art. 126 do CPC), podemos estar criando *juízes legisladores*, o que não é prudente.

Nesta esteira, em decisão do STF, na ADI 1517, há um importante debate acerca de princípios e prevalece a ideia de restrição ao princípio da publicidade.

Ao contrário do que possa parecer, repetimos, não defendemos a exclusão do princípio da publicidade, mas a ideia de que princípios maiores devem ser enfrentados e ponderados, notadamente diante da atual redação inserida pela Emenda Constitucional 45/2004:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a **preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;**

A redação do inciso IX do art. 93 exige que a ponderação de princípios seja respeitada e entendemos que esta questão deva ser mais debatida a partir de agora, com a adoção do Processo Eletrônico. Isto porque haverá a possibilidade de violação de direitos e garantias individuais em contraposição a princípios. A decisão proferida em sede de liminar na ADI proposta pela ADEPOL bem adequou estes princípios. Pode o juiz, sem dúvida, restringir a publicidade.

O Processo moderno não deve se intimidar diante das novas tecnologias, ao mesmo passo em que as novas tecnologias não podem suplantar princípios seculares consagrados. Desde a Proclamação da Revolução Francesa e seguindo a linha histórica, com a Declaração dos Direitos do Homem, o direito da personalidade sempre foi – e deverá

continuar sendo – um princípio sagrado, que poderá sobrepor-se a outros de inferioridade hierárquica no sistema constitucional pátrio.

Esperamos, assim, que a ideia de publicidade em matéria eletrônica seja adotada com o máximo critério de legalidade. Contudo, entendemos que não se trata de política pública ou legislativa a questão da publicidade, mas de verdadeira experimentação ética e comprometida com os ideais do Processo. Não precisamos criar conflitos em uma ciência tão bela quanto a processual.

E que o tema seja inserido na pauta dos Direitos Humanos, para uma discussão mais ampla e a ser inserida em tratados internacionais, uma vez estar a informatização do processo em franco desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico. A informatização judicial no Brasil*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.II.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas Sociedades Humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB Editora, 1999.

_____. *Locke e o Direito Natural*. 2. ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4. ed. Brasília: UNB, 1999.

BORRUSO, Renato *et al.* *L'informatica del diritto*. Milão: Giuffrè, 2004.

BUFFA, Francesco. *Il Processo Civile Telematico. La Giustizia Informatizzata*. Milão: Giuffrè, 2002.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Almedina: Coimbra, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2aed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 2005.

_____. *Inteligência Coletiva*. São Paulo: Loyola, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. In Sur, Rev. int. direitos human. vol.1 no.1 São Paulo 2004. Obtido por meio eletrônico, disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452004000100003&script=sci_arttext#end01>. Acesso 28 out. 2012.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

ROVER, Aires. *Direito e Informática*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *Sistemas Especialistas Legais: Uma Solução Inteligente para o Direito*. Obtido por meio eletrônico, disponível em: <[http://www.teledireito.com.br/ler.php?id=100&categoria=Administrativo e E->](http://www.teledireito.com.br/ler.php?id=100&categoria=Administrativo%20e%20E-), acesso em: 29 abr. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOBIAS, Jose W. *Derecho de las Personas*. Buenos Aires: La Ley. 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). *Curso Avançado de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002. v.I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003.