

# **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I**

**MARCOS LEITE GARCIA**

**EDINILSON DONISETE MACHADO**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Marcos Leite Garcia – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-743-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I**

---

#### **Apresentação**

O VI Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”, com a divisão dos já tradicionais Grupos de Trabalho, do qual tivemos a honra de Coordenamos o de Direitos Fundamentais e Democracia I.

No GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas nos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos Fundamentais e Democracia.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco do impacto da Era Digital e as Política Públicas, com suas implicações na ordem jurídica brasileira, na contemporaneidade.

Temas sensíveis, nosso GT mostra pesquisas e abordagens sobre a colisão de direitos fundamentais no contexto da Era Digital; o acesso à internet como Direito Fundamental; o avanço da Inteligência artificial; entre outros temas ligados à Era Digital. Este GT interessa também para quem estuda o tema da violência sexual infantil; dos direitos coletivos e a responsabilização criminal; a aplicação das normas constitucionais e o direitos fundamentais entre particulares, entre outros tantos temas nos 29 (vinte e nove) artigos apresentados.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente Livro.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Florianópolis, junho de 2023

Organizadores:

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

## **POLÍTICAS PÚBLICAS, PROTEÇÃO DE DADOS E JUDICIALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6387/DF.**

### **PUBLIC POLICIES, DATA PROTECTION AND JUDICIALIZATION: AN ANALYSIS OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY NO. 6387 /DF.**

**Brunno Roberto Araujo Lins Magalhães <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O advento da Lei Geral de Proteção de Dados constituiu um marco regulatório da proteção de dados brasileiro. Além dela, houve a consolidação desse direito como garantia fundamental. Vislumbra-se, no desenvolvimento da matéria, a sua judicialização. Desse modo, por um lado tem-se uma legislação protetiva de dados e, por outro, a construção pela via judiciária da garantia da autodeterminação informativa. Nesse sentido, objetiva-se analisar a tutela dos dados pessoais constitucionalmente. Outrossim, objetiva-se examinar a judicialização de políticas públicas envolvendo o compartilhamento de dados entre atores públicos e/ou privados, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387/DF. Argumenta-se ser indispensável que as políticas públicas respeitem a proteção de dados e a autodeterminação informativa e que o resultado da ADI é consequência da expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal pós a CRFB/88. O presente artigo tem como escopo responder: a judicialização da MP nº 954/20, envolvendo compartilhamento de dados, pode ser considerada como consequência do acúmulo do exercício de autoridade e poder pelo STF? A análise desse tema realizar-se-á, por meio de pesquisa bibliográfica, em três passos: (i) análise e contextualização da judicialização de políticas públicas no Brasil; (ii) análise da construção da autodeterminação informativa e o exame da tutela dos dados pessoais à luz legislação e da doutrina; e (iii) a análise do referendo na Medida Cautelar na referida ADI. Conclui-se embora a decisão seja, por um lado, positiva, ao reconhecer o direito a autodeterminação informativa, por outro, demonstra o acúmulo do exercício da autoridade e poder pelo STF.

**Palavras-chave:** Compartilhamento de dados pessoais, Lgpd, Judicialização, Pandemia, Direitos fundamentais

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

Brazil's General Data Protection Law was a regulatory milestone for data protection. Moreover, this right was consolidated as a fundamental guarantee. In the development of the subject matter, its judicialization is envisioned. Thus, on one hand, there is protective legislation for data, and on the other, the construction through the judiciary of the guarantee of informational self-determination. In this sense, the objective is to analyze the

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito - Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (PPGD UNIRIO). Advogado.

constitutional protection of personal data. Additionally, the objective is to examine the judicialization of public policies involving the sharing of data between public and/or private actors, as in Direct Action of Unconstitutionality No. 6387/DF. Argues that it is essential for public policies to respect data protection and informational self-determination, and that the result of the Action is a consequence of the expansion of the authority of the Federal Supreme Court post Constitution. This article aims to answer this question: can the judicialization of MP No. 954/20, involving data sharing, be considered a consequence of the accumulation of authority and power by the Court? Through bibliographical research, this topic will be analyzed in three stages: (i) analysis and contextualization of the judicialization of public policies in Brazil; (ii) analysis of the construction of informational self-determination and examination of the protection of personal data based on legislation and doctrine; and (iii) analysis of the referendum in the cited Action. Concludes that although the decision is positive in recognizing the right to informational self-determination, it also demonstrates the accumulation of authority and power by the Court.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Sharing of personal data, General data protection law, Judicialization, Pandemic, Fundamental rights

## 1 INTRODUÇÃO

Uma característica marcante do século XXI consiste na evidente influência da revolução tecnológica em diversas esferas da vida humana. Nesse sentido, há que se pontuar que não existe aspecto algum da vida que não esteja pautado ou influenciado pela tecnologia, sobretudo da Internet, a qual, por um lado, facilitou a organização de dados e a comunicação de uma maneira geral.

Essa verdadeira revolução ocasionada pela tecnologia, por conta de sua profundidade e rapidez, influenciam as relações humanas e torna difícil a sua compreensão do ponto de vista jurídico, o que demanda uma detida e profunda análise de suas consequências para a sociedade.

Nessa esteira, nasce a preocupação com a privacidade dos cidadãos em diferentes partes do mundo. Notadamente a matéria desenvolve-se nos Estados Unidos e em alguns países Europeus de maneira consideravelmente robusta.

Assim, são criadas as teorias sobre a privacidade, sua tentativa de conceituação e posteriormente posituação desse direito. Além disso, com o desenvolvimento da matéria vislumbra-se a autonomia de um novo direito, a proteção de dados.

Ao mesmo tempo, entende-se que há um aumento da judicialização de políticas públicas, sobretudo no que tange ao Supremo Tribunal Federal (STF). Esse aumento reflete a expansão da autoridade do STF após a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88).

É justamente nessa esteira que nasce o problema do artigo, ao analisar a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6387/DF (ADI nº 6387/DF), a qual suspendeu a Medida Provisória nº 954/20 (MP nº 954/20), em razão do reconhecimento do direito à proteção de dados e à autodeterminação informativa.

Nesse sentido, o presente artigo tem como escopo responder à seguinte questão: a judicialização da MP nº 954/20, a qual deu origem à mencionada ADI, envolvendo políticas públicas de compartilhamento de dados, pode ser considerada como consequência do acúmulo do exercício de autoridade e poder pelo STF?

Ante esse desafio, por meio de pesquisa bibliográfica, fez-se necessário realizá-lo em três passos. Assim, no item 1 buscou-se analisar como a doutrina entende a judicialização de políticas públicas e quais os instrumentos mais utilizados pelos atores políticos para tanto.

Já no item 2, realizou-se uma análise doutrinária e legislativa em relação ao direito à privacidade e ao direito à proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro.

Por último, procedeu-se o exame e análise da fundamentação dos votos na decisão monocrática e referendo na Medida Cautelar na ADI nº 6387/DF. Conclui-se que embora a

decisão seja, por um lado, positiva, ao reconhecer o direito a autodeterminação informativa, por outro, demonstra o acúmulo do exercício da autoridade e poder pelo STF.

## 2 A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A judicialização de políticas públicas pode ser entendida como um fenômeno, conforme a ciência política, como uma extensão da política por outros meios (CLAUSEWITZ *apud* TAYLOR, 2007, p. 245).

Nesse sentido, o judiciário passa a ser visto como um importante ator que deve ser estudado e melhor compreendido na dinâmica das políticas públicas. Tal afirmativa se coaduna com Taylor (2007, p. 234):

Os tribunais ampliam o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas. [...] existe um outro motivo que torna essencial incorporar o Judiciário de forma mais objetiva: o crescente reconhecimento pelos cientistas políticos de que os grupos de interesse procuram o local institucional mais favorável para contestar as políticas públicas (“*venue-seeking*”), seja esse local o Judiciário, as agências reguladoras ou as burocracias específicas.

Assim, ainda segundo Taylor (2007, p. 235), em relação ao impacto do Judiciário como ator: “nas políticas públicas federais, as evidências disponíveis sugerem que o Judiciário tem sido acionado constantemente, tanto com base na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, para deliberar sobre políticas públicas contenciosas”.

Desse cenário, aponta-se a seguinte estatística:

Em termos comparados, a atuação do Judiciário brasileiro é significativa. Nos 15 anos entre 1988 e 2002, o STF – somente através do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin – concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em comparação, entre 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis naquele país usando dois instrumentos parecidos com a Adin, mas invalidou somente 21 leis federais; em toda sua história, a Suprema Corte americana invalidou em torno de 135 leis federais apenas (Taylor, no prelo) (TAYLOR, 2007, p. 236).

Resta, portanto, evidente que há um incremento na utilização desse meio como forma de continuação do embate político dessa vez no âmbito dos tribunais. Segundo Vilhena (2008, p. 443), “a expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral não é, no entanto, um fenômeno estritamente brasileiro”.

Contudo, algumas perguntas devem ser feitas, como: em que momento e de que maneira o Judiciário pode influenciar as políticas públicas?

Para responder tal questionamento, aponta-se que:

No que diz respeito aos instrumentos, sabemos que alguns são mais robustos, por assim dizer, que outros, do ponto de vista de seu impacto nas políticas públicas. Uma



Adin ou uma Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, por exemplo, têm muito mais impacto e sobrevida do que uma decisão recorrível de juiz federal de primeira instância. No entanto, mesmo no caso da Adin, existe uma grande margem para mudar o *timing* do impacto judicial na implementação, seja acelerando uma decisão através de liminar, seja protelando o processo por meio de pedidos de vista. Também existem inúmeras possibilidades para arquivar ações por motivos processuais, evitando assim uma decisão do mérito (Koerner, 2005; Pacheco, 2006) (TAYLOR, 2007, p. 242).

Nesse sentido, tanto a implementação quanto a deliberação de políticas públicas podem ser influenciadas pelo Judiciário. Além disso, considerando o papel do STF, os seus ministros possuem uma capacidade de controle das consequências e do *timing* do impacto de modo a sustentar as políticas públicas apoiadas por eles ou até mesmo atrasando a derrota daquelas de constitucionalidade duvidosa (TAYLOR, 2007, pp. 242-243).

Assim, atores externos utilizam do Judiciário para atingir seus objetivos, a exemplo de grupos minoritários, os quais não conseguem agir quando da deliberação, inserindo-se no debate por meio de tribunais, ganham mais um mecanismo no jogo político (TAYLOR, 2007, p. 245).

Nesse sentido, conforme aponta Vilhena (2008, p. 442):

Para alguns analistas, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma consequência imediata da expansão do sistema de mercado, em plano global. Aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas ‘populistas’ e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica.

Outra corrente entende que “a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático” (VILHENA, 2008, p. 443).

Assim, o judiciário é visto como o guardião último dos ideais democráticos e que paradoxalmente gera uma situação em que “ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da crise de autoridade da democracia” (VILHENA, 2007, p. 443) Tal argumento é defendido por Garapon<sup>1</sup>.

É importante destacar que a “hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa” (VILHENA, 2008, p. 443).

---

<sup>1</sup> Ver também GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

Esse cenário foi potencializado a partir de 1988, quando, segundo Vilhena (2008, p. 444):

O Supremo [...] já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos [...] *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro (VILHENA, 2008, p. 444).

Nesse sentido, pode-se considerar que o STF deslocou-se para o centro do arranjo político brasileiro, de modo que:

Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador (VILHENA, 2008, p. 445).

Assim, pode-se dizer como Vilhena (2008, p. 446), que “é sintomático que um dos mais astutos da classe política brasileira tenha afirmado recentemente que ‘nenhuma instituição é mais importante e necessária ao Brasil do que o STF’”.

Na literatura, pode-se identificar, no caso das ADIs, que os principais atores são o Ministério Público e a OAB (TAYLOR, 2007, pp. 245-246).

Desse modo, ainda que surja como argumento o pouco efeito concreto dos tribunais nas políticas públicas, é importante reconhecer que o Judiciário pode ter um impacto significativo na legitimação de propostas majoritárias (TAYLOR, 2007, p. 246).

Além disso, quanto à separação dos poderes:

Embora o conceito da separação dos poderes conduza a três instituições claramente distintas, as funções judiciais, legislativas e executivas dessas instituições não são caprichosamente separadas em nítidas caixas institucionais como às vezes supomos. Existe uma sobreposição das funções das três instituições, [...], diante da qual não é de surpreender que o Judiciário tenha algum efeito no processo de formação de políticas públicas” (TAYLOR, 2007, p. 249).

Pode-se concluir, porém, que, embora seja bastante recorrente a reclamação sobre a interferência dos juízes no universo político:

muito comum em todo o mundo reclamar da interferência de juízes na política. Mas é importante reconhecer, como o fazem Werneck Vianna e Burgos (2005:781-782), o papel democratizante do Judiciário, agindo tanto como um ‘muro de lamentações’

quanto como ‘uma efetiva arena para o exercício da democracia’, em uma democracia na qual a relação entre Executivo e Legislativo foge do ideal. Da mesma forma, quando pensamos o Judiciário do ponto de vista da formulação de políticas públicas, existe certa tensão normativa (TAYLOR, 2007, p. 249).

Diante do exposto, passa-se, agora à análise e exposição do desenvolvimento do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA**

A noção de privacidade, conforme Danilo Doneda (2021a, p. 29), embora não seja recente, apenas começou a ser introduzida no ordenamento jurídico no final século XIX.

Nesse sentido, como marco inicial é inevitável destacar o artigo escrito por Warren e Brandeis em 1890: *The right to privacy*. Nele fica evidente a mudança de perspectiva do direito à privacidade, como sendo “*the right to be let alone*” “(direito de ser deixado só”).

Essa concepção proposta pelos autores, segundo Doneda (2021a, p. 30), passou por mudança ao longo dos séculos, porquanto crescia a ideia de que um aspecto fundamental da realização humana e do desenvolvimento da personalidade diz respeito à privacidade.

Daniel Solove aponta que as tentativas de conceituar a privacidade “o fazem tentando localizar a essência da privacidade - suas características centrais ou o denominador comum que une as várias coisas que classificamos sob a rubrica de privacidade” (2007, p. 754 – tradução livre).

Enquanto isso, Rodotà (2008, p. 15) destaca que a privacidade deve “ser considerada também como o direito de manter o controle de suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”. Essa concepção se coaduna com uma visão mais atualizada, a qual considera que um conjunto de valores e interesses relacionados à privacidade alteraram o seu perfil (DONEDA, 2021a, p. 41).

Dessas modificações, o próprio Rodotà aponta que talvez a mais importante delas tenha sido a mudança no eixo em que o direito à privacidade gira em torno, tendo passado do tripé “pessoa-informação-segredo” para “pessoa-informação-circulação-controle” (1995, p. 102 *apud* DONEDA, 2021a, p. 41).

Essas mudanças podem ser sintetizadas no conceito de sociedade da informação, que pode ser definida como “uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações” (VIEIRA, 2007, p. 156). Nela, a informação se

configura como indispensável para qualquer atividade, isto é, sendo o seu principal ativo e riqueza (VIEIRA, 2007, p. 157).

Paradoxalmente, a proteção da privacidade avançou na sociedade da informação, porquanto a privacidade seguiu o caminho da consolidação da teoria dos direitos da personalidade. Assim, a privacidade ganhou contornos novos sendo mais do que a garantia do isolamento como outrora citado, mas como forma de proporcionar os meios necessários para a construção de uma esfera privada própria (DONEDA, 2021a, pp. 41-42).

Ou seja, a privacidade teve suas funções ampliadas. Essa necessidade de ampliação funcional da privacidade ocasionou, portanto, o nascimento de uma disciplina de proteção de dados pessoais, “que compreende em sua gênese pressupostos ontológicos muito similares aos da própria proteção da privacidade: pode-se dizer, de certa forma, que a proteção de dados pessoais é a sua ‘continuação por outros meios’” (DONEDA, 2021a, p. 44).

No âmbito jurídico, é inegável que a privacidade e a proteção de dados possuem raízes tanto na Europa quanto nos Estados Unidos. Nesse sentido, aponta Danilo Doneda (2021b, p. 5):

O perfil atual da proteção de dados está fortemente ligado aos marcos regulatórios europeus e ao seu desenvolvimento, a ponto de o tema chegar a ser por vezes referido, coloquialmente, como tipicamente europeu. No entanto, o seu caráter global é amplamente verificável, além do que podemos verificar que a própria gênese de alguns de seus institutos mais característicos não se deu na Europa, porém, nos Estados Unidos. De fato, vários aspectos da sua formação deixam claro que o que podemos chamar de "núcleo duro" do seu corpo doutrinário é resultado de uma dinâmica de influências mútuas entre diversos sistemas jurídicos, principalmente na Europa e Estados Unidos.

Quanto aos tribunais, a decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1983 ganhou grande destaque. Essa decisão versou sobre a Lei de Recenseamento, editada em 1982. Nesse sentido, segundo Mendes (2018, p. 187), “o ponto de partida da decisão é o processamento eletrônico de dados que, em virtude do moderno desenvolvimento tecnológico, possibilitou o processamento ilimitado, a armazenagem e transmissão de dados pessoais”.

Frente aos possíveis riscos para a personalidade decorrentes do processamento de dados eletrônicos, o Tribunal Constitucional Federal Alemão constatou que: “o art. 2 §1 combinado com o art. 1 §1 LF resultaria um direito fundamental à autodeterminação informativa que garantiria ‘o poder do indivíduo em determinar fundamentalmente por si mesmo sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais<sup>2</sup>’” (MENDES, 2018, p. 188).

---

<sup>2</sup> BVerfGE 65,1 (43), Recenseamento (*Volkszählung*).

A Corte, então, reconheceu pioneiramente o direito à autodeterminação informativa, “formulado a partir do direito geral de personalidade e voltado a garantir ao cidadão o direito de controlar a amplitude da divulgação ou utilização de qualquer aspecto relacionado à sua personalidade por meio de seus dados pessoais” (DONEDA, 2021b, p. 9).

Ainda que tardiamente em relação aos países da União Europeia e aos Estados Unidos, o Brasil teve a sua própria evolução legislativa no que se refere a proteção de dados como direito autônomo.

Nesse sentido, a expressão “proteção de dados” é ainda muito recente no cenário jurídico brasileiro e no país o direito à privacidade foi associado à muitas matérias e institutos, dentre os quais o principal foi o direito à privacidade e até hoje se observa de certo modo a utilização ambivalente dos conceitos da privacidade e proteção de dados (DONEDA, 2021b, p. 10).

Contudo, pode-se dizer que a assimilação da proteção da privacidade pelo direito brasileiro “é, de modo geral, linear com a sua progressiva consolidação como um dos direitos da personalidade pela doutrina e jurisprudência, até sua previsão constitucional e sua menção específica no Código Civil de 2002, no art. 21”<sup>3</sup> (DONEDA, 2021b, p. 10).

A Constituição de 1988 prevê também a problemática da informação em seu art. 5º, IX e art. 220, ao tratar da garantia à liberdade de expressão, bem como no art. 5º, XIV, XXXIII e XXXIV e art. 220, em que dispõe sobre o direito à informação.

Ademais, conforme Mattietto (2014, p. 329-330), com uma breve leitura da CRFB/88, pode-se destacar a existência de importantes princípios sobre a privacidade, antes mesmo do advento de lei infraconstitucional e específica que regulasse a matéria e desse modo, verificam-se que são proclamados em alguns incisos do art. 5º, a saber: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (IV); são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (X); o instituto do *habeas data*, que garante o direito ao acesso e a retificação de dados (LXXII), bem como a inviolabilidade do domicílio (XI) e da correspondência (XII).

Não é que os elementos não fossem visíveis nem que faltasse debate sobre essa temática no país. Tanto o é que discussões sobre cadastros únicos envolvendo a coleta de dados dos cidadãos ocorreram no Brasil, a exemplo do projeto do Registro Nacional de Pessoas Naturais (RENAPE) ainda em 1970 (DONEDA, 2021b, p. 11).

---

<sup>3</sup> O direito à privacidade está inserido no art. 5º, X, CRFB/88.

Contudo, é com o processo de redemocratização do país e a concepção do instituto do *habeas data* no escopo normativo da CRFB/88 que houve foi concretizada a demanda por um instrumento legal relativo à proteção de dados (DONEDA, 2021b, pp. 11-12).

Outras normativas também previam disposições envolvendo a proteção de dados, tais como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei de Acesso à Informação (LAI) e o Marco Civil da Internet (MCI)<sup>4</sup>.

Destaca-se que o MCI utiliza a autodeterminação informativa como parâmetro para a proteção de dados pessoais, bem como o consentimento do usuário-cidadão em relação ao fluxo de dados pessoais no meio informático (BIONI, 2019, p. 184).

Diante do advento dessa normativa, Mattietto (2014, p. 339, tradução nossa), entende que a aprovação dela representa para o ordenamento jurídico brasileiro: “um avanço glorioso para a segurança jurídica no ciberespaço brasileiro, preenchendo as lacunas regulatórias do Brasil, que atualmente impedem investimentos em sua infraestrutura tecnológica”.

Nesse contexto, o MCI revelava-se uma regulação promissora no que tange a defesa da privacidade no âmbito da Internet, sendo composto não apenas por princípios e direitos, mas também por mecanismos aptos a defender a privacidade e os dados dos brasileiros. Contudo, ao analisar detidamente a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)<sup>5</sup>, é possível afirmar que ela complementa e amplia as disposições do referido diploma legal.

Ainda, aponta-se a existência de outras disposições espalhadas pelo ordenamento jurídico brasileiro que também visam resguardar o direito à privacidade antes mesmo do advento da LGPD. Assim, ao analisar a legislação pátria, verifica-se a existência de alguns diplomas legislativos anteriores à LGPD, como a já citada LAI (Lei nº 12.257/2011); a Lei nº 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito (MATTIETTO, 2014, p. 331).

Em 2012, foram aprovadas duas leis sobre crimes cibernéticos, a saber a Lei nº 12.735 e a Lei nº 12.737, que ficou conhecida como a Lei Carolina Dieckmann, uma famosa atriz que teve suas fotos íntimas roubadas e divulgadas na Internet, nesse sentido, as leis criminalizaram a prática do hackeamento e o acesso desautorizado de informações tecnológicas (MATTIETTO, 2014, p. 331).

---

<sup>4</sup> Respectivamente: Lei nº 8.078/1990; Lei nº 12.527/2011; e Lei nº 12.965/2014.

<sup>5</sup> Lei nº 13.709/2018.

Portanto, antes mesmo do advento da LGPD, já existia um arcabouço regulatório mesmo que esparso no ordenamento jurídico brasileiro, que ganhou maior aplicabilidade com a introdução do marco legal da proteção de dados pessoais.

Nessa esteira, conforme Doneda (2021a, pp. 177-184), podem ser apontadas quatro gerações de leis de proteção de dados pessoais: a primeira geração datada da década de 70, consistindo primordialmente em conceder autorizações para criação de banco de dados e o controle destes bancos por órgãos públicos; a segunda geração de leis, caracterizadas por terem em sua base considerado a privacidade e a proteção de dados como sendo uma liberdade negativa, a qual deverá ser exercida pelo próprio titular; e a terceira geração de leis surgiu na década de 1980, tendo como característica marcante o entendimento da proteção de dados como algo mais complexo e visam proteger com maior efetividade um dos princípios base da proteção de dados: a autodeterminação informativa (DONEDA, 2021a, pp.181-183)

A quarta e última geração protetiva de dados caracteriza-se segundo Doneda (2021a, pp. 183-184) “por procurar suprir as desvantagens do enfoque individual existente até então”. Além disso, é possível afirmar que houve uma tendência ao fortalecimento do indivíduo – pessoa titular dos dados, bem como houve uma expansão do modelo de autoridades independentes e normas específicas para setores que processam dados (DONEDA, 2021a, p. 184).

A LGPD nasceu em 2018 e consistiu na primeira legislação brasileira protetiva de dados. Dada a classificação anterior, ela pode ser considerada como uma lei de quarta geração tanto temporalmente quanto pela característica de buscar fortalecer “a posição da pessoa em relação às entidades que coletam e processam seus dados, reconhecendo o desequilíbrio nesta relação, que não era resolvido com medidas que simplesmente reconheciam o direito à autodeterminação” (DONEDA, 2021a, p. 184).

Ao analisar os artigos da LGPD, verifica-se que os princípios insculpidos em seu art. 6º, é possível concluir que os princípios enunciados nas *Guidelines* da OCDE<sup>6</sup> foram em sua grande maioria acolhidos pela legislação nacional sobre a matéria. Nesse sentido, destacam-se seguintes princípios constantes na lei: I - finalidade; IV - livre acesso; V - qualidade dos dados; VI - transparência; e VII – segurança (conforme o art. 6º, I a X).

---

<sup>6</sup> *Guidelines* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as quais estabeleceram um conjunto de princípios como parâmetro para a regulação da matéria: “(1) *collection limitation principle*; (2) *data limitation principle*; (3) *purpose specification principle*; (4) *use limitation principle*; (5) *security principle*; (6) *openness principle*; (7) *individual participation principle*” (WUERMELING, 1996, p. 416 *apud* DONEDA, 2021a, p. 200).

A lei indica o conceito de dado pessoal sensível, como sendo aqueles dados pessoais sobre: origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico (art. 5º, II).

Quanto aos seus objetivos, conforme Frazão (2019b, p. 100), “pode-se dizer que o objetivo central da LGDP é resgatar a dignidade dos titulares e seus direitos básicos relacionados à autodeterminação informativa”.

Ademais, ela pretende garantir ampla proteção dos titulares e aos direitos existenciais que são afetados pelo tratamento de dados, regulando todas as formas de tratamento de dados pessoais - definidos pelo art. 5º, I e incluindo os dados públicos e aqueles que os próprios titulares tornaram públicos (FRAZÃO, 2019b, p. 102).

Já em relação à natureza constitucional da proteção de dados, Doneda (2021a, p. 269) questiona: “possuindo a privacidade tutela constitucional, poderíamos afirmar que a proteção de dados pessoais estaria tutelada constitucionalmente?”.

Primeiramente, é necessário destacar que a doutrina uma discutia sobre a autonomia do direito à proteção de dados, sendo que uma corrente sustenta a proteção de dados como um direito fundamental dotado de autonomia, uma vez que vai além do direito à privacidade e engloba conceituações como dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anônimos; enquanto uma segunda corrente entende que o direito à proteção de dados está contido no direito da privacidade e, portanto, dele decorre (GONDIM, 2020).

A resposta para tal questão anterior, portanto, deve ser levar em consideração dois aspectos: jurisprudência e legislação, uma vez que houve na jurisprudência do STF a construção da autonomia do direito à proteção de dados e, posteriormente, a sua consolidação normativa por meio da Emenda Constitucional nº 115/2022 (EC nº 115/2022).

Nesse sentido, cabe a menção à histórica decisão proferida pelo STF, objeto de análise do presente artigo, em que o Plenário referendou a Medida Cautelar concedida pela Min. Rosa Weber. Ela foi relatora das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 (ADIs nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393).

Em sua decisão, o Tribunal, com maioria de 10 votos favoráveis, suspendeu a eficácia da MP nº 954/2020 e significou algo muito maior para o direito brasileiro. Assim, conforme aponta Mendes (2021, p. 62), ela trouxe “o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados como direito autônomo, extraído a partir da leitura sistemática do texto constitucional brasileiro”.



Continuando, já no âmbito legislativo, além das normas infralegais já citadas amplamente, houve importantes mudanças constitucionais. Nessa esteira, a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2020 (PEC nº 17/2020) propôs algumas alterações no texto constitucional relativos à proteção de dados pessoais. De modo que, em seu projeto original, tinha como objetivo incluir o direito fundamental à proteção de dados pessoais e estabelecer a competência privativa da União para legislar sobre o tema. Após as deliberações a PEC nº 17/2020 foi aprovada e deu origem a EC nº 115/2022, a qual incluiu no texto constitucional a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e fixou a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais, conforme a nova redação do artigos 5º, 21 e 22.

Por fim, ressalte-se que a passagem pelos objetivos previstos no art. 6º da LGPD e “a garantia de uma matriz de autodeterminação do indivíduo caminha necessariamente pela construção de um órgão regulador, tal como previsto na redação original do Projeto de Lei nº 53 de 2018 e trazido pela recente Lei nº 13.853 de 2019” (MACEDO TORRES, 2020, p. 17).

Também nesse sentido, Doneda (2021a, p. 321): “o recurso a uma autoridade administrativa para a proteção de dados pessoais, no modelo de uma autoridade independente, é uma tendência fortemente enraizada em vários ordenamentos”.

Tendo em vista esse arcabouço doutrinário e legislativo, passa-se agora à análise do Referendo na Medida Cautelar na ADI nº 6.387/DF.

#### **4 O CASO DA ADI Nº 6387/DF: A ATUAÇÃO DO IBGE E A JUDICIALIZAÇÃO DA MP Nº 954 NO CONTEXTO DA PANDEMIA**

##### **4.1 A pandemia de COVID-19 e a propositura das ADIs nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 em face da MP nº 954/20**

Em meio a pandemia de SARS-Cov-2, causado pelo Covid-19, o STF foi provocado a manifestar-se em relação à constitucionalidade da MP nº 954/2020.

Tal Medida Provisória (MP), editada em 17 de abril de 2020, dispôs sobre o compartilhamento de dados (nomes, telefones e endereços) entre as empresas de telecomunicações (Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e Serviço Móvel Pessoal – SMP) e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Sob a justificativa de que tais dados seriam necessários para a realização da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua.

A pesquisa era realizada de maneira presencial, por amostragem e por meio da coleta de dados em domicílios de todo o país e que, em razão do cenário pandêmico, não era possível a realização das visitas.

Nesse contexto, foram no propostas as ADIs nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, tendo como requerentes o Conselho Federal da OAB e quatro partidos políticos, a saber: PSB, PSDB, PSOL e PCdoB.

As ADIs defendiam a existência de vícios de inconstitucionalidade na MP e podem ser resumidos nos seguintes argumentos: (i) a potencial restrição de direitos fundamentais em razão do caráter genérico e vago da redação da MP; (ii) a existência de uma desproporcionalidade entre os dados requisitados pela MP e os dados necessários para a pesquisa do IBGE; e (iii) a ausência de garantia de proteção das informações dos cidadãos envolvidos na pesquisa, uma vez que ausente a regulação dos procedimentos envolvendo a segurança da informação quando do compartilhamento dos dados entre o IBGE e as empresas de telecomunicações (MENDES, 2021, P. 63).

Destaca-se que quando da edição da referida MP e da propositura das referidas ações Diretas de Inconstitucionalidade a LGPD não estava em vigor e isso “não foi óbice – ao contrário, foi um dos fundamentos, - para que o STF suspendesse cautelarmente a eficácia da MP” (CUNHA; ODY, 2021, p. 3).

Contudo, “apesar de não ter havido julgamento definitivo do mérito, o acórdão da medida cautelar é relevante não apenas sob a perspectiva acadêmica, como também prática, pois limitou o poder do Estado de proceder à coleta e ao processamento de dados” (CUNHA; ODY, 2021, p. 4).

Além disso, a referida decisão “se inspirou, em diversas passagens, na *Volkszählungsurteil*, de 1983, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*BVerfG*)” (CUNHA; ODY, 2021, p. 4).

Desse modo, alguns autores concordam quanto à novidade trazida pela decisão. Assim, “o que tornou a decisão um marco histórico foi o reconhecimento, a partir dela, do direito fundamental à autodeterminação informativa, que dá ao indivíduo o poder de decidir quando e dentro de quais limites seus dados pessoais são divulgados” (CUNHA; ODY, 2021, p. 4).

Nesse mesmo sentido, Mendes (2021, p. 67) aponta que: “o significado histórico da decisão do STF pode ser equiparado ao clássico julgamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1983, relativamente à Lei do Recenseamento” e, além disso, que “o reconhecimento desse direito fundamental [proteção de dados], o que se deu em vários votos

desse julgamento do STF [ADI 6387/DF], é um passo importante em direção à tutela constitucional dos dados”.

#### **4.2 A iniciativa da ADI nº 6387/DF: breve relatório e alegações do requerente**

Trata-se de ADI, com pedido de medida cautelar ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Nesse sentido, em sua inicial, alegou a inconstitucionalidade formal e material da MP 954/2020, editada pelo presidente da República. Argumentou-se que a MP violaria (i) formalmente a CRFB/88, uma vez que ausentes os requisitos constitucionais de urgência e relevância para a edição de uma MP, conforme o art. 62, *caput* e (ii) materialmente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem (art. 5º, X), o sigilo de dados (art. 5º, XXI), o direito a autodeterminação informativa e ao princípio da proporcionalidade.

Mais especificamente, o Conselho Federal da OAB alegou que a MP:

a) determina a violação dos dados sigilosos, inclusive o telefônico, de todos os brasileiros; b) informa o genérico e impreciso escopo de produzir estatística oficial, realizando entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares; c) determina a guarda dos dados no âmbito da Função IBGE, sem o controle por parte do Judiciário, do Ministério Público ou de órgãos da sociedade civil; d) não apresenta com precisão qual a finalidade de utilização dos dados, quais e que tipo de pesquisas serão realizadas, com que frequência ou para qual objetivo; e) não apresenta as razões de urgência e relevância da medida; f) não apresenta a necessidade da pesquisa e, portanto, a justificativa do compartilhamento de dados; g) não apresenta o mecanismo de segurança para minimizar o risco de acesso e o uso indevido dos dados; h) trata do relatório de impacto após o uso dos dados e não previamente ao compartilhamento, impedindo a avaliação efetiva dos riscos; i) não informa porque esses dados são indispensáveis à realização da aludida pesquisa estatística (BRASIL, 2020b).

Foram admitidos como *amici curiae*: o Laboratório de Políticas Públicas, o IBGE e a Associação Data Privacy do Brasil e Internet – LAPIN.

Manifestaram-se: o IBGE, a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), a AGU (Advocacia-Geral da União) e a PGR (Procuradoria-Geral da República).

Dentre os citados acima, cabe destacar que a AGU e a PGR manifestaram-se pelo indeferimento da medida cautelar.

O IBGE, em informações à PGR, registrou a importância da colheita de informações visando à realização de estatísticas oficiais por parte do instituto, assegurando que o impacto da suspensão de pesquisas mostra-se mais intensa no Brasil, ante a paralisação de pesquisas

relevantes como o Censo e o PNAD-Contínua, o qual é “a principal fonte de informação sobre emprego, educação, renda e condições de vida da população brasileira” (BRASIL, 2020b), além de ser o meio pelo qual se calcula o Produto Interno Bruto Trimestral (PIB Trimestral), a inflação e, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), a repartição do Fundo de Participação dos Estados e Municípios a partir do fator renda per capita (art. 159, I, “a”, da CF).

A ANATEL esclareceu que beneficiária da MP nº 954/2020, uma vez que não é responsável pela transmissão ou manipulação dos dados nela disciplinados e alegou caber à autarquia especial, conforme o art. 2º, § 2º, da MP nº 954/2020, “apenas se manifestar previamente ao Ato do Presidente do IBGE, que disporá do procedimento para disponibilização dos dados” (BRASIL, 2020b). Afirmou que teve acesso à minuta da Instrução Normativa 2/2020 do IBGE, manifestando-se favoravelmente ao disposto nela, desde que observados os princípios e termos da CRFB/88 e da legislação federal aplicável. Além disso, informou ter recomendado ao IBGE a adoção de todas as medidas necessárias à proteção dos direitos de usuários de serviços de telecomunicações, visando, em última análise, a assegurar a compatibilidade do referido compartilhamento de dados como disposto na CRFB/88, na LGPD e na Lei Geral das Telecomunicações, bem como com as melhores práticas de prevenção e segurança, minimizando-se, assim, de todas as formas possíveis, os impactos e os riscos de violação a direitos dos titulares dos dados. Nesse sentido, a PGR argumentou em sua manifestação que:

O Supremo Tribunal Federal tem afirmado que o controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência para a edição de medida provisória reveste-se de caráter excepcional e somente se legitima quando ausentes aqueles ou patente excesso no exercício de discricionariedade por parte do Presidente da República (RTJ 165/173, 170/81, 174/86 e 205/44) (BRASIL, 2020b, p. 17).

E assim, pelo fato de a MP justificar em sua exposição de motivos, a importância do PNAD Contínua e a interrupção das entrevistas em decorrência da pandemia de Covid-19, estaria caracterizada a relevância e a urgência da medida.

Alegou, ainda, que os dados (nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação e Registro Geral) não são tutelados pelo art. 5º, X, CRFB/88 e por terem caráter objetivo, não concedem ao IBGE informações sobre a vida privada dos cidadãos nem são capazes por si só de ferir direitos fundamentais.

Dado esse breve relatório, cabe agora apreciar a decisão monocrática e o referendo do Plenário do STF.

#### **4.3 Decisão Monocrática e Referendo na Medida Cautelar na ADI nº 6387/DF**

Nesse sentido, tendo em vista a concomitância da tramitação de outras ADIs (enumeradas anteriormente), a Min. Rel. Rosa Weber considerou que a ADI 6387/DF era a mais ampla, de modo a englobar o objeto das outras. Foi, portanto, por essa razão que a análise se desenvolveu no âmbito da primeira ação.

Houve a concessão da medida cautelar com a suspensão da eficácia da referida MP. Contudo essa decisão monocrática deveria ser submetida ao referendo do Plenário do STF.

Como fundamento no seguinte argumento, a Min. Rosa Weber suspendeu liminarmente a MP:

Não se subestima a gravidade do cenário de urgência decorrente da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento. O seu combate, todavia, não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição (BRASIL, 2020a, pp. 13-14).

Além disso, na própria liminar, a Min. Rosa Weber ampliou a tutela constitucional dos dados, bem como utilizou-se do conceito de dado pessoal:

O art. 2º da MP n. 954/2020 impõe às empresas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e do Serviço Móvel Pessoal – SMP o compartilhamento, com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, da relação de nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional.

Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais (BRASIL, 2020a, pp. 9-10).

Após a concessão da liminar, em 6 e 7 de maio de 2020, o Plenário do STF houve o julgamento do referendo da medida cautelar na referida ADI. Sob a presidência do Min. Dias Toffoli, o tribunal referendou a liminar concedida anteriormente com 10 votos favoráveis. Destaque-se que votaram favoravelmente à concessão da liminar os Ministros Rosa Weber, Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Dias Tóffoli. Min Marco Aurélio teve seu voto vencido.

Desse modo, aponta-se que o voto da Min. Relatora teve os seguintes fundamentos (BRASIL, 2020b): (i) A MP não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude; (ii) ainda que se possa associar, por inferência, que a estatística a ser produzida tenha relação com a pandemia invocada como justificativa da

edição da MP, tal ilação não se extrai de seu texto; (iii) Limita-se a delegar a ato do Presidente da Fundação IBGE o procedimento para compartilhamento dos dados, sem oferecer proteção suficiente aos relevantes direitos fundamentais em jogo; (iv) apesar de prevista a exclusividade do uso dos dados coletados pelo IBGE, a MP não (contempla) garantia alguma que assegure o seu tratamento de forma segura.

Do voto do Min. Luís Roberto Barroso, destaca-se:

Há risco do uso indevido desses dados, inclusive e sobretudo para fins políticos. E nós todos temos, no Brasil, eu lamento dizer, uma compreensível desconfiança em relação ao Estado, de uma maneira geral, simplesmente porque o passado condena.

Portanto, a dualidade que se coloca, aqui, nesta ação é precisamente essa: uma tensão entre a importância dos dados no mundo contemporâneo e os riscos para a privacidade que a sua malversação representa para todos nós.

Devo dizer, Presidente e eminentes Colegas, que, com pesar, estou acompanhando a posição da Ministra Rosa Weber na concessão da presente medida cautelar. E digo **com pesar pela importância que atribuí aos dados na formulação de políticas públicas e pela respeitabilidade que merece o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística tradicionalmente** (G.N) (BRASIL, 2020b, p. 48).

O Min. Ricardo Lewandowski posicionou-se com base na seguinte argumentação:

Aliás, todos nós sabemos que, nos dias que correm, o número de uma linha celular, por exemplo, tem a finalidade muito maior do que, singelamente, servir para que pessoas telefonem umas para as outras.

Na verdade, esse número serve como chave de identificação e de acesso a um universo de plataformas eletrônicas, como bancos, supermercados, serviços públicos e redes sociais, todos elas detentoras das mais variadas informações sobre o titular daquela linha telefônica.

Portanto, é preciso que tenhamos a exata compreensão do tema com o qual estamos lidando. Trata-se de uma ação governamental que, a partir de um conjunto de dados organizados de forma estruturada, e com o uso de mecanismos tecnológicos atualmente disponíveis (*big data*), permitirá que eles sejam tratados e analisados, a fim de que sejam colhidos resultados incertos, com potencial risco de atingimento de milhões de pessoas espalhadas pelo País (BRASIL, 2020b, pp. 82-83).

A Ministra Carmen Lúcia votou favoravelmente, porém ressaltou o papel do IBGE e arguiu:

Também não posso deixar de fazer eco aos que fizeram questão de anotar a seriedade, a respeitabilidade do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e dos que integram os seus quadros, que merecem todos os elogios. Esse julgamento nada tem a ver com eles, mas com a própria circunstância de a transferência de dados, conforme posto na Medida Provisória, não se moldar, não se restringir àquilo que é necessário para se ter a compatibilidade quanto ao disposto e ao exigido pela Constituição.

Faço uma referência, Senhor Presidente, ao cuidado, mesmo em tempos de pandemia, aos direitos humanos. Estou trazendo, em meu voto, que, nesses casos de restrição ao direito à privacidade, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem exigido exatamente a determinação de limites legalmente definidos, legitimando normas que estabeleçam objetivos legítimos a serem alcançados, a adequação dos meios utilizados, a proporcionalidade, a temporariedade desses meios para que se tenha o objetivo proporcionalmente buscado pelo meio de que se vale o Estado. (BRASIL, 2020b, p. 123).

Do voto do Min. Gilmar Mendes, destaca-se seu argumento central, reelaborando a proteção jurídica da personalidade:

O quadro fático contemporâneo deve ser internalizado na leitura e aplicação da Constituição Federal de 1988. [...] resta evidente que o avanço das técnicas de coleta e processamento de dados foi tomado como válvula de reconfiguração da proteção jurídica à personalidade. [...] o espírito hermenêutico que deve guiar esta Corte Constitucional no tratamento da matéria em exame deve ser o de renovar o compromisso de manter viva a força normativa da Constituição Federal de 1988, nela encontrando caminhos e não entraves para a proteção jurídica da intimidade enquanto garantia básica da ordem democrática (BRASIL, 2020b, pp. 101-103).

Entretanto, o voto dissidente, do Min. Marco Aurélio, destacou importantes argumentos contrários à suspensão da MP, atacando frontalmente a judicialização da MP:

Presidente, a ação direta de inconstitucionalidade está dirigida contra ato precário e efêmero, que fica, uma vez formalizado pelo Executivo, pelo dirigente maior do País, submetido a condição resolutiva que, vindo à balha, o fulminará. Refiro-me à submissão da Medida Provisória atacada, nesta ação, ao Congresso Nacional, que, inclusive, tem prazo para pronunciar-se a respeito. **Mas, hoje, no Brasil, há judicialização de tudo, há inversão da ordem natural, ordem natural até prevista na Constituição Federal. E, então, há o ajuizamento, há a impugnação, ao que apontei como ato precário e efêmero, provisório, que fica, repito, submetido, não ao crivo do Supremo, mas ao do Congresso Nacional, que, além de apreciar a harmonia, ou não, com a Constituição Federal, aprecia também a conveniência e a oportunidade da normatização da matéria.** (G.N.) (BRASIL, 2020b, pp.151-152).

Nesse mesmo sentido, o Min. Marco Aurélio prossegue:

Segue-se que se aponta mais que se tem ato ainda sujeito a exame de quem de direito, que não é o Supremo – e quero chegar a essa parte da judicialização das medidas provisórias –, está sujeito a exame do Congresso, discrepa do inciso XII do artigo 5º, a prever: "XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas". O IBGE não vai interceptar qualquer telefone para sugar dados e comunicações telefônicas de diálogos mantidos pelas pessoas.

**Agora é interessantíssimo, Presidente – fiquei vencido na bancada –, como o Tribunal não teve presentes esses preceitos no tocante a dados bancários dos cidadãos, considerada a parte na relação jurídica tributária, que é a Receita? Considerado, até mesmo, o compartilhamento com o Ministério Público?** E agora invoca, tendo em conta apenas nomes, endereços e telefones, esses mesmos preceitos constitucionais para glosar ato editado a partir de uma urgência maior, o retratado na Medida Provisória.

**Presidente, indagaria, com a simplicidade de bom carioca: onde há inconstitucionalidade? Digo mais: não concebo, de início, a não ser que haja risco irreparável, a judicialização, como vem ocorrendo, de medidas provisórias. E por que não concebo? Porque, pela Constituição Federal, qualquer medida provisória, muito embora tenha força imediata de lei, há de ser submetida de pronto ao Congresso Nacional, que tem prazo para analisá-la, podendo proceder, o que não ocorre com o Supremo, sob o ângulo, como ressaltei, da conveniência e da oportunidade** (G.N.) (BRASIL, 2020b, pp. 156-157).

Portanto, conclui-se que ao mencionar expressamente o conceito de autodeterminação informativa, o STF ressalta o protagonismo do cidadão no controle de seus dados.

Contudo, ao analisar alguns votos, como os do Min. Barroso e Carmen Lúcia, percebe-se um pesar, seja pela interferência do STF na formulação de uma política pública (PNAD) seja pela possível desconfiança em relação a um órgão público como o IBGE. Enquanto o voto do Min. Marco Aurélio dá sinais a respeito da relação entre a judicialização de políticas públicas e o STF, sendo um voto dissidente importante e claramente contrário à judicialização de MPs.

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, portanto, conclui-se que os tribunais influenciam o curso das políticas públicas.

Constata-se que a crescente judicialização e o conseqüente crescimento do impacto judicial trouxeram uma mudança no discurso sobre a influência judicial na política.

No caso das ADIs o Ministério Público e a OAB são os grandes atores que a utilizam.

O judiciário pode influenciar tanto a deliberação quanto a implementação de políticas públicas.

Foi com a CRFB/88 que o STF deslocou-se para o centro do arranjo político brasileiro e tal deslocamento passou a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado.

Quanto ao direito à privacidade, conclui-se que ele é de difícil conceituação, tendo um perfil patrimonialista e posteriormente ganhou contornos de direito protetivo da personalidade.

A partir dessa nova perspectiva em relação a privacidade, informação e dados, cada vez mais, na doutrina, foi-se consolidando a ideia de que havia algo novo: um direito autônomo, a proteção de dados pessoais.

No Brasil, porém, as circunstâncias que desencadearam a formulação de normativas de proteção de dados em outros países não surtiram o mesmo efeito.

Posteriormente, houve sim o desenvolvimento de legislações e institutos que tutelam a proteção de dados, como é o caso do *habeas data*, a LAI, o MCI, o advento da LGPD e a posterior EC nº 115/20202, que incluiu a proteção de dados expressamente no art. 5º da CRFB/88.

No tocante à ADI nº 6387, conclui-se que importantes atores participaram do processo decisório e inclusive posicionaram-se contrariamente à suspensão da MP. Dentre eles a AGU e a PGR.

A decisão dessa ADI foi considerada pela doutrina como histórica, por reconhecer o direito à proteção de dados como um direito autônomo e a autodeterminação informativa.



A decisão foi, inclusive, comparada à famosa decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 1983, sobre a Lei de Recenseamento.

Já quanto à análise dos votos, pode-se concluir que a maioria do STF referendou a suspensão da MP, em razão do direito à proteção de dados. Contudo, o voto do Min. Marco Aurélio provoca e dá pistas a respeito da judicialização de políticas públicas. Nesse caso específico por tratar-se de uma MP e não de uma lei e, além disso, pelo fato de haver decisões do STF permitindo outros compartilhamentos de dados.

Nesse sentido, verifica-se que o STF utiliza-se de sua autoridade de guardião da Constituição no caso concreto da ADI, porém também exerce poder ao declarar um direito e suspender um ato do presidente em razão dessa interpretação sistemática da Constituição.

Embora reconhecido pela primeira vez pelo STF, o direito à proteção de dados e a autodeterminação informativa, poderiam ser identificados na Constituição a partir de uma leitura sistemática, como um direito implícito no art. 5º ou decorrente do direito à privacidade.

Contudo, conclui-se que trata-se de uma decisão histórica para a proteção de dados no Brasil, muito embora também possa ser considerada um caso exemplificativo da expansão da autoridade e do poder do STF.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6387.** Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 24.04.2020, DJe 28.04.2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5895165>> . Acesso em: 20 mar. 2023. (2020a)
- \_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. ADI 6387 MC-Ref,** Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020. DJe 12.11.2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5895165>> . Acesso em: 20 mar. 2023. (2020b)
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- CUNHA, Anita Spies da; ODY, Lisiane Feiten Wingert. **A construção jurisprudencial de um direito fundamental de proteção de dados: análise do *Volkszählungsurteil* e seus reflexos na ADI 6.387.** Teoria Jurídica Contemporânea, v. 6, p. 1-26, 2021.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à Proteção de Dados Pessoais.** 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. (2021a)
- DONEDA, Danilo. **Panorama histórico da proteção de dados pessoais.** In: BIONI, Bruno *et al.* (coords). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3-20. (2021b)
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- GONDIM, G. G. In: **Desafios da Proteção de Dados no Brasil Painel 2 - Semana Ada Pellegrini Grinover,** 2020. Publicado pelo canal Centro Acadêmico Ubaldino do Amaral. [acesso em: 31 ago 2021]. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=L7MR7knM6A8>>.

MATTIETTO, Leonardo. *Developments on data protection in Brazilian Law*. In: BALCELLS PADULLÉS et al. *Internet, Law & Politics. A Decade of Transformations: proceedings of the 10<sup>th</sup> International Conference on Internet, Law and Politics*. Barcelona: UOC; Huygens Editorial, 2014, p. 329-341.

MACEDO TORRES, Isabella. **A importância da implementação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados**. REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ, [S. l.], v. 4, n. 1, 2021. DOI: 10.46818/pge.v4.160. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/160>> . Acesso em: 14 mar. 2023.

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **Supremo tribunal federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo**. In: BIONI, Bruno et al. (coords). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 61-71.

MENDES, Laura Schertel. **Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda**. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul/dez. 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOLOVE, Daniel J. **"I've Got Nothing to Hide" and other Misunderstandings of Privacy**. *San Diego Law Review*, v. 44, p. 745-772, 2007.

TAYLOR, Matthew. **"O Judiciário e as políticas públicas no Brasil"**. In: *Dados*, vol. 50, n. 2, Rio de Janeiro. pp. 229-257, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **"Supremocracia"**. *Revista Direito GV*, v.8. p 441-463, Jul-Dez de 2008.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental dos avanços da tecnologia da informação**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

VITAL, Danilo. **Gilmar: Pandemia não atenua, mas reforça necessidade de proteção de dados**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/pandemia-reforca-necessidade-protecao-dados-gilmar>> Acesso em: 13 mar. 2023.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, pp. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2023.