
**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ROSA WEBER DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387

ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY BRASIL DE PESQUISA, já devidamente qualificada nos autos da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, na qualidade de **AMICUS CURIAE**, apresentar intervenção, nos termos do artigo 138 do Novo CPC c/c o artigo 323 do RISTF, pelos fatos e fundamentos expostos a seguir.

I. SÍNTESE DOS FATOS E DOS ARGUMENTOS DESTA AMICUS

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, em face da integralidade dos dispositivos da Medida Provisória n. 945.

A MP 954 obriga as empresas de telecomunicações prestadoras de serviços de telefonia fixa e móvel a compartilhar dados pessoais dos seus usuários (i.e. nome, número de telefone e endereço) com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Segundo alegado pelo Poder Executivo, a medida viabilizaria a elaboração de pesquisa domiciliar por meio de entrevistas não presenciais, ora impedida pelas limitações logísticas decorrentes da pandemia do Covid-19. Mais especificamente, ela tem o objetivo de informar a "Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua" (PNAD Contínua), que consiste na maior operação estatística domiciliar empreendida regularmente pelo IBGE, com mais de 200 mil domicílios pesquisados a cada trimestre".¹

Em 20 de abril de 2020, o CFOAB impetrou esta ADI alegando, em resumo, que a MP 954 padece de **inconstitucionalidade formal**, uma vez que não observa os requisitos de urgência e relevância para sua emissão, conforme previsto no art. 62, da Constituição e de **inconstitucionalidade material**, diante da violação direta aos artigos, 1º, III e 5º, X e XII da Constituição Federal. Em seu pedido de medida cautelar, ressalta a relevância dos direitos constitucionais à autodeterminação informativa, à dignidade da pessoa humana, à privacidade, à intimidade e à proteção de dados pessoais, e apontam a desproporcionalidade da MP 945, injustificadamente editada para finalidade não urgente como a de pesquisa domiciliar.

Em 24 de abril de 2020, a Relatora Ministra Rosa Weber deferiu a liminar pleiteada pela parte autora, *ad referendum* do Plenário, "para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, que suste tal pedido, com imediata comunicação à(s) operadora(s) de telefonia".

¹ É o que consta na exposição de motivos para embasar, inclusive, o pressuposto de urgência da Medida Provisória: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf>

Na mesma data, a Procuradoria Geral da República juntou sua manifestação aos autos, assumindo a posição contrária aos argumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Entende que a medida provisória impugnada não viola o direito ao sigilo das comunicações telefônicas, ponto focal da argumentação feita pela PGR, nem fere o direito à intimidade. Além disso, alega que a Medida é proporcional, vez que viabiliza o acesso à informação, considerando o período atual, alcançado por meio dos resultados da pesquisa, e auxiliar no acesso à saúde. Assim, não deveria ter seus efeitos suspensos e nem ser declarada inconstitucional.

Em 29 de abril de 2020, a Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa protocolou petição de ingresso no feito na qualidade de *Amicus Curiae* (Petição 26774). No mesmo dia, a ADI foi incluída no calendário de julgamento pelo Presidente, para apreciação do Plenário em 06 de maio de 2020.

Em 30 de abril de 2020, a Ministra Rosa Weber deferiu o pedido do ingresso no feito, na condição de *Amicus Curiae*, pela Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa.

Na presente manifestação, a Associação Data Privacy Brasil apresentará uma série de argumentos no sentido do **provimento do pleito da ADI 6387** e consequente **declaração de inconstitucionalidade da MP 954**. Estes argumentos serão divididos nas três seções que se seguem, e podem ser resumidos da seguinte forma:

A. Da teoria da proteção de dados pessoais (afastando a armadilha conceitual do sigilo):

- O verdadeiro debate a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no presente feito não trata do sigilo de dados, mas sim do direito à proteção de dados pessoais, que pode ser depreendido do texto constitucional pela combinação dos dispositivos sobre dignidade da pessoa humana, direito à vida privada e direito a *habeas data*;
- O direito à proteção de dados pessoais está ligado à proteção dos direitos da personalidade e o exercício de liberdades públicas específicas. Ele não se relaciona essencialmente com o sigilo de comunicações, mas sim, com a garantia de que a utilização de dados pessoais observará requisitos legais para coleta e tratamento, que garantam o absoluto respeito ao exercício presente e futuro de direitos e garantias constitucionais. Não se trata, portanto, de uma liberdade negativa do cidadão em restringir o acesso à informações sigilosas ou das suas comunicações, mas, pelo contrário, de uma liberdade positiva, condicionada pelo estabelecimento de garantias, para que eventual ingerência sobre as suas informações pessoais seja legítima;
- Nesse sentido, o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento,

armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais. Portanto, a tutela do direito à proteção de dados pessoais não é calibrada binariamente pela qualidade de um dado ser sigiloso ou confidencial, mas por fazer parte da esfera pessoal de um indivíduo em sociedade;

- O direito fundamental à proteção de dados pessoais é expressão do projeto constitucional de proteção da pessoa humana através da proteção contra interferências e intrusões de terceiros sobre a sua esfera privada, incluindo o próprio Estado;

B. Do devido processo legal e uso legítimo de dados pelo Estado:

- O estabelecimento de normas básicas sobre quais são os limites e as possibilidades quanto ao uso de dados pessoais serve, antes de mais nada, ao próprio Estado para que, ao evitar a corrosão da confiança social, não se veja incapacitado de ter acesso a um importante recurso para o desenvolvimento das suas atividades;
- Historicamente, a ossatura do direito à proteção de dados pessoais está conectada a uma série de liberdades além do direito à privacidade em sua perspectiva liberal clássica. É um tipo de tutela que leva em consideração que os riscos a liberdades e, até mesmo, ao gozo de direitos sociais está associado ao simples tratamento de dados vinculadas a uma pessoa e, com isso, eventual interferência excessiva - devido processo legal em sua dimensão substantiva;
- Nesse sentido, a sua tutela constitucional também resulta do artigo 5o, LIV, da Constituição Federal. O interesse jurídico tutelável é que haja a circulação dos dados pessoais, mas desde que haja o estabelecimento de garantias. Se medidas de salvaguardas forem observadas, há, então, um devido processo informacional pelo qual a extração dos dados seria legítima;
- Nesse sentido, deve ser observado um conjunto mínimo de salvaguardas para que tal ingerência seja proporcional e, em última análise, legítima na melhor expressão do que se convencionou a chamar de práticas informacionais justas;

C. Da ausência de salvaguardas e potenciais violações de direitos fundamentais:

- A proteção de dados também é uma condição prévia para a participação imparcial dos cidadãos nos processos políticos do estado constitucional democrático;
- A MP 954/2020 não apresenta claramente a finalidade da requisição dos dados, o que é agravado por se tratar das informações pessoais da maior parte da população brasileira;
- Não deve lograr sucesso a tese de que dados meramente identificadores não inspirariam proteção com base no direito à privacidade. Atualmente, há inúmeras possibilidades de

perfilização e de utilização indevida de informações de contatos telefônicos, algumas delas condutas altamente nocivas à esfera pública de debate e aos regimes democráticos. É o caso, por exemplo, da segmentação de perfil de eleitores por meio do rastreamento de suas atividades e mapeamento do comportamento em grupos abertos de WhatsApp, que possuem o número de telefone como elemento identificador;

- Não é necessária, ou mesmo adequada, a coleta de dados pessoais como nome, telefone e endereço de todos os usuários de serviços de telecomunicação fixa ou móvel, já que a pesquisa estatística mencionada na exposição de motivos da MP 954/2020 é uma pesquisa por amostragem;
- Não há, no texto da MP, um mecanismo de supervisão, o que torna mais instável o contexto institucional de garantia de direitos diante de um repasse de dados pessoais em escala massiva e com alto valor;
- É crucial que o Supremo Tribunal Federal decida que a efetiva proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais necessita não só de salvaguardas e garantias fundamentais, como, também, uma Autoridade Nacional que possa efetivamente fiscalizar e fazer cumprir esses direitos.

Juntamente a esta petição, anexamos Nota Técnica elaborada pelo Professor Rafael Mafei e a doutoranda Paula Ponce, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que versa sobre a inadequação da teoria formulada pelo Prof. Tércio Sampaio Ferraz Junior, tal como tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal em casos de sigilo de dados, para o presente caso.

I. CONTRIBUIÇÃO DO DATA PRIVACY BRASIL QUANTO AO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A. DA TEORIA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (AFASTANDO A ARMADILHA CONCEITUAL DO SIGILO):

A Ação Direta de Inconstitucionalidade² tem por objeto a obrigatoriedade do compartilhamento de dados pessoais em um contexto de enfrentamento da epidemia de Covid-19 no Brasil. Mais precisamente, a ADI versa sobre Medida Provisória que atribui uma finalidade diversa, por parte de um órgão de pesquisa vinculado ao Ministério da Economia (o IBGE), ao tratamento de dados pessoais originalmente obtidos numa relação de consumo. Nessa relação

² Utilizamos a expressão no singular, porém cientes da existência de múltiplas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

encontram-se, de um lado, quase todos os brasileiros economicamente ativos no Brasil - e que possuem um contrato de telefonia móvel, ou "Serviço Móvel Pessoal" na terminologia da Agência Nacional de Telecomunicações - e, de outro, as operadoras de serviços de telecomunicações, responsáveis pelo tratamento desses dados pessoais.

Uma primeira armadilha conceitual que deve ser desfeita nesta Corte é que esse é um caso sobre sigilo *versus* transparência ou sobre informações privadas *versus* informações públicas. Não se trata de um problema de sigilo de dados, mas sim de proteção de dados. O que se coloca é uma discussão de outra natureza e que vai além dos limites do direito ao sigilo de dados previsto na Constituição Federal. Trata-se de uma discussão que se coloca a partir da seguinte questão: em que condições o Estado possui o direito de desviar a finalidade do tratamento de dados pessoais entre particulares e obrigar o seu compartilhamento para posterior utilização pelo Poder Público?

Alternativamente, formulando de outra maneira a pergunta central a ser discutida perante o Supremo Tribunal Federal: em condições o Estado pode fazer o desvio de uma relação jurídica de tratamento de dados pessoais de forma impositiva, prescindindo da colaboração democrática e do consentimento por parte dos titulares desses dados, violando o direito à autodeterminação informativa? Há uma obrigação positiva, por parte do Estado, de proteger os dados dos cidadãos?

Trata-se de uma discussão travada há meio século na teoria do direito e que tem por objeto central o *direito à proteção de dados pessoais*, que é historicamente ligado ao direito à privacidade em sua concepção moderna.³

A.1. COMPREENDENDO A ORIGEM HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SEU SENTIDO

A relação entre direito à privacidade e direito à proteção de dados pessoais encontra raízes em discussões de meio século atrás sobre direitos da personalidade diante de uma sociedade progressivamente digitalizada,⁴ limites sobre uso de dados pessoais pelo poder público diante de ameaças de vigilância⁵ e a expansão da indústria de pontuação de crédito e formação de bancos de

³ DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados. MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito Digital: direito privado e internet*, v. 2, p. 35-36, 2014.

⁴ RODOTÀ, Stefano. La privacy tra individuo e collettività. *Politica del Diritto*, v. 5, p. 548, 1974.

⁵ WEBER, Steven J. Habeas Data: The Right of Privacy Versus Computer Surveillance. *USFL Rev.*, v. 5, p. 358, 1970; MILLER, Arthur. *Assault on Privacy*. Ann Harbor: Michigan University Press, 1971.

dados sobre perfis de consumidores.⁶ Especificamente no Brasil, como mostra o trabalho de Laura Schertel Mendes, a proteção de dados pessoais encontra raízes no direito civil brasileiro, fortemente marcado pela teoria dos direitos da personalidade,⁷ e no Código de Defesa do Consumidor, que foi interpretado, diversas vezes, em casos julgados no Superior Tribunal de Justiça nos últimos trinta anos. Laura Schertel Mendes discute, especificamente, casos julgados pelos ministros Ruy Rosado Aguiar (REsp 22.337-9/RS, 1993), Eliana Calmon (REsp 306.570/SP, 2001) e Luis Felipe Salomão (REsp 1.168.547/RJ, 2010). Ao analisá-los, afirma que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a proteção da privacidade do consumidor também na dimensão da proteção de dados pessoais, que “a utilização dos dados pessoais em contexto diverso daquele que foi autorizado fere o princípio da finalidade e enseja a violação da privacidade do consumidor” e que “o abuso da empresa em relação à utilização dos dados pessoais (...) caracteriza danos morais e enseja o dever de indenizar”⁸.

Assim, a origem da proteção de dados pessoais, enquanto formulação intelectual do campo jurídico e enquanto direito fundamental, surge a partir de uma reflexão sobre a relação entre cidadão e Estado e “princípios de justiça” aplicáveis ao tratamento de dados pessoais. A cristalização dos direitos de proteção de dados pessoais é fruto de um longo trabalho de reflexão jurídica, desde o surgimento das teorias sobre *Datenschutz* na Alemanha na década de 1970 e as discussões sobre *informational privacy* nos Estados Unidos da América, que resultaram em um intenso processo de cooperação internacional, fazendo com que os *Fair Information Practices Principles* construídos nos EUA ecoassem nos trabalhos conduzidos pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pela Comissão Europeia nas décadas de 1970 e 1980. Como ressaltado por Colin Bennett, a década de 1970 foi fértil na capacitação dos indivíduos a controlar como seus dados pessoais são utilizados e para quem são repassados, uma concepção influenciada pelos trabalhos de Alan F. Westin, Arthur Miller, Stefano Rodotà, dentre outros.⁹

⁶ CAPLOVITZ, David. Consumer credit in the affluent society. *Law and Contemporary Problems*, v. 33, n. 4, p. 641-655, 1968; RULE, James; CAPLOVITZ, David; BARKER, Pierce. *The dossier in consumer credit. On Record: Files and Dossiers in American Life*, edited by S. Wheeler. New York: Russell Sage Foundation, p. 143-75, 1969; COUNTRYMAN, Vern. Diminishing Right of Privacy: The Personal Dossier and the Computer. *Texas Law Review*, v. 49, p. 837, 1970.

⁷ GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. *Revista de Informação Legislativa*, 1966, p. 39-49. DE MATTIA, Fabio Maria. Direitos da personalidade, *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

⁸ SCHERTEL MENDES, Laura. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

⁹ BENNETT, Colin J. *Regulating privacy: Data protection and public policy in Europe and the United States*. Cornell University Press, 1992.

Essa orientação teórica focada em novos direitos de controle e em uma concepção humanística de respeito à dignidade da pessoa humana e das liberdades positivas em um ambiente democrático progressivamente “datificado” passou a ser central para a afirmação da proteção de dados pessoais como direito fundamental - uma concepção bastante “europeia”, por assim dizer, que influenciou enormemente a elaboração do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais¹⁰ e uma série de trabalhos jurídicos, publicados no Brasil, durante o início da década de 2000.¹¹

Como bem notado por Laura Schertel Mendes, o bem jurídico protegido pela proteção de dados pessoais é duplo. De um lado, visa proteger “a integridade moral da pessoa, como componente essencial da dignidade humana”, e, por outro lado, “as liberdades em sentido amplo (como a liberdade de comunicação, de trabalho, de locomoção, entre outras)”¹². Nesse sentido, a ideia de “autodeterminação informativa”, concebida como fundamento da disciplina da proteção de dados pessoais no Brasil (art. 2º, II, Lei 13.709/2018), compreende tanto uma ideia interior de livre desenvolvimento (*innere Entfaltungsfreiheit*) quanto uma ideia de dimensão exterior de exercícios de liberdades específicas (*äußere Entfaltungsfreiheit*).¹³

Como será explicado a seguir, a proteção de dados pessoais está ligada à proteção contra práticas abusivas no tratamento de dados, à proteção ao direito à autodeterminação informativa e à proteção dos direitos da personalidade no tratamento de dados pessoais. Como sustentado pelo Ministro Ruy Rosado em 1993,¹⁴ valendo-se da doutrina do jurista alemão Winfried Hassemer,¹⁵ o

¹⁰ A elaboração do Anteprojeto ocorreu entre 2009 e 2010, a partir de um impulso inicial dado por uma agenda de comércio no Mercosul (Grupo de Trabalho de Comércio Eletrônico) e por um impulso dado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). Assim como no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), o processo de construção do texto legal se deu a partir de um processo colaborativo e participativo via Web.

¹¹ DONEDA, Danilo. Um código para a proteção de dados pessoais na Itália. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 16, p. 117, 2003; SARDETO, Patrícia. Tratamento informatizado de dados pessoais e o direito à privacidade. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2004; RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 19, n. 5, 2004, p. 91-107. COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Testes psicológicos e o Direito: uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade. Psicologia & Sociedade, v. 16, n. 2, p. 90-100, 2004.

¹² SCHERTEL MENDES, Laura. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 175.

¹³ Essa construção intelectual é feita por Schertel Mendes com base no livro da jurista alemã Gabriele Britz. A obra em questão é *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung: eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG*, de 2007.

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça, REsp 22.337-9/RS, Rel. Min. Ruy Rosado, 1993.

¹⁵ Winfried Hassemer foi vice-presidente da Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*). Entre 1991 e 1996, ele serviu como *Datenschutzbeauftragter* (Ombudsman público de dados pessoais) para o estado de Hassen.

direito à proteção de dados pessoais parte de um diagnóstico triplo. Primeiro, que há um crescente uso de computadores e digitalização da vida social. Segundo, que a alta capacidade de análise e inferência sobre esses dados pode levar a aspectos discriminatórios e prejudiciais ao exercício de liberdades civis. Terceiro, que há um potencial uso abusivo de poder, por parte de Estados e grandes corporações, que possuem grande capacidade de coleta, armazenamento e tratamento de dados.

Nesse sentido, **o direito à proteção de dados pessoais é um remédio à potencial abusividade por parte daquele que detém o poder do uso dos dados em razão da criação de um conjunto de salvaguardas democráticas, como o atendimento a finalidades específicas, a existência de base legal ou política pública claramente identificada, o direito de transparência e acesso aos dados por parte dos cidadãos e o direito de se opor a situação de potencial abuso, opacidade ou risco elevado às liberdades civis.** Se no século XIX a privacidade era vista como a capacidade de criação de um “escudo” individual, de um direito à não intrusão, no século XX essa concepção transformou-se em uma ideia de premissa democrática e de um direito de natureza política diante da reconhecida necessidade de fluxo dos dados, equilibrando tratamentos de dados pessoais com a proteção de direitos fundamentais.

A.1. PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO UM ELEMENTO CONSTITUTIVO DA PERSONALIDADE

O constituinte brasileiro elencou, no mesmo dispositivo, honra, imagem ao lado do direito à privacidade (vida privada e intimidade). Há uma razão para tal condensamento? Sim, um olhar *funcional* sobre todo esse conjunto de direitos revela que há um fio condutor entre eles. São bens jurídicos que servem ao livre desenvolvimento da personalidade - “bens da personalidade”¹⁶ -, sendo esta a razão pela qual foram aglutinados no inciso X, do artigo 5o, como desdobramento do objetivo constitucional em conferir uma proteção ampla - também chamada de cláusula geral - à pessoa humana.¹⁷ E, mais especificamente, uma espécie de controle em *sentido lato* sobre elementos que são constitutivos da sua personalidade.¹⁸ Esse é um diagnóstico dogmático essencial

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes de. *Tratado de direito civil: parte geral, pessoas*. Coimbra: Almedina, 2011. v. 4, p. 56.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 8. n. 31, p. 69. 2005.

¹⁸ Em 1980, a Ordem dos Advogados do Brasil aprovou a tese *A Liberdade e o Direito à Intimidade* do Prof. René Ariel Dotti na VIII Conferência Nacional da OAB, realizada em Manaus entre 18 e 22 de maio de 1980. Em

para que o direito à proteção de dados pessoais seja topograficamente localizado de forma correta no texto constitucional.

A partir desse pano de fundo, alerta-se, desde logo, que **o direito à proteção de dados pessoais deriva do inciso X e não propriamente do XI do artigo 5o da Constituição Federal**. Tratam-se cláusulas constitucionais com escopos de aplicação e tipos de tutela diferentes. Enquanto o primeiro tem centro no que pode ser considerado como um prolongamento da pessoa humana, a segunda tem o seu eixo de aplicação acerca de um conteúdo comunicacional para o qual pouco importa estar necessariamente vinculado à personalidade do emitente ou do destinatário. É, por essa razão, que é falho o argumento de que a proteção de dados se limitaria àqueles que poderiam ser considerados apenas como sigilosos, isto é, fruto de um processo comunicacional sob a qual recairia a garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações.

Dito de outra forma, **há abertura no texto constitucional para o agasalhar direito à proteção de dados pessoais que está na cláusula que conforma a proteção dos elementos constitutivos da personalidade humana e não acerca da integridade do processo comunicacional**. Com isso, rompe-se, antes de mais, nada com a premissa equivocada que somente dados pessoais sigilosos fazem do empreendimento constitucional de tutela da pessoas humana.

uma reflexão bastante sofisticada sobre a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e da Convenção da Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), bem como do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), René Ariel Dotti traçou os contornos do direito à intimidade como direito da personalidade, argumentando ser o direito à privacidade “extrapatrimonial, inalienável, intransferível, irrenunciável e insuscetível de expropriação” (Dotti, 1980, p. 140). Seria, enfim, um direito misto. Seria público na medida em que o Estado tem o dever de o tutelar contra si mesmo, pelos abusos que seus agentes podem cometer. Seria privado na medida em que ampara o direito de uma pessoa contra outra.

Quadro comparativo da dogmática do direito à privacidade e elementos constitutivos da personalidade vs inviolabilidade das fluxo comunicacional		
Tema	Direito à privacidade e outros direitos da personalidade	Garantias constitucionais
Dispositivo	X - 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	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
Âmbito de Proteção	Qualquer tipo de dado pessoal como um desdobramento da vida privada e um elemento constitutivo da personalidade	Somente dados, ainda que não pessoais, que sejam objeto do fluxo comunicacional
Resultado hermenêutico	Tutela dinâmica sobre como uma informação que pode se voltar contra o seu titular	Tutela estática sobre uma informação que seja necessariamente oriunda de um processo comunicacional

Essa foi exatamente a *ratio decidendi* da Corte Constitucional Federal Alemã que extraiu o chamado direito fundamental à autodeterminação informacional. No caso emblemático sobre a constitucionalidade da Lei do Recenseamento, de 1983, se admitiu que o avanço tecnológico e consequente possibilidade do processamento eletrônico de dados permitiria formar um "quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida pudesse controlar exatamente a sua exatidão e seu uso".¹⁹ Não haveria "mais dados insignificantes" que poderiam adquirir "um novo valor"²⁰ e, potencialmente, serem lesivos ao livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, a tutela da personalidade em questão não teria o seu centro gravitacional no fato dos dados serem informações "sensíveis", mas, simplesmente, pelo fato de serem um prolongamento do indivíduo carente de proteção.

Por essa razão, deveria lhes ser assegurado controle sobre suas informações pessoais. Um espécie de proteção dinâmica sobre qualquer dado que fosse um signo da sua identidade. **O termo autodeterminação informacional rompe, portanto, com um tipo de tutela estática e bifásica que cobriria apenas dados íntimos.** Para a sua tutela basta que um dado seja considerado como pessoal.

¹⁹ MARTINS, Leonardo. *Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 237.

²⁰ Ibid. p. 239

Isto porque, o risco não está associado à revelação de algo que se queira isolar necessariamente do convívio social, mas, pelo contrário, sobre algo que se queira ou deva compartilhar sem que isso seja depois abusado.

Nesse sentido, a autonomia da pessoa humana é cada vez mais condicionada pelo uso que se faz com seus dados, principalmente a partir do desenvolvimento e expansão de tecnologias algorítmicas preditivas. Cada vez mais, aquilo que uma base de dados diz a respeito de um indivíduo pode determinar a forma como ele é julgado ou avaliado, para daí gozar de outros direitos fundamentais - como da igualdade e o direito de ir e vir, ou uma série de direitos sociais como o acesso à trabalho, educação, saúde, moradia, entre outros.

A esse respeito, são as considerações de Bruno Bioni:

"a categorização da pessoa, a partir de seus dados pessoais, pode repercutir nas suas oportunidades sociais, no contexto de uma sociedade e uma economia movidas por dados (...) A conjugação dessas diversas variáveis evidencia que a proteção dos dados pessoais tangencia o próprio rumo da vida das pessoas, perpassando, transversalmente, os seus mais variados contatos sociais. Desde a celebração de contratos e o ato do consumo à – até mesmo – busca pelo acesso à informação. A tutela jurídica dos dados pessoais é um imperativo que impõe uma nova fronteira aos direitos da personalidade, a fim de que o fluxo informacional não seja corrosivo à esfera relacional da pessoa humana e, por tabela, ao livre desenvolvimento de sua personalidade."²¹

Em todas essas situações, a proteção da pessoa humana será atingida não através da ausência de atuação ou omissão de comportamento (como acontece liberdade negativa), mas sim, pela atuação comissiva que garanta que o fluxo de dados acontecerá de forma apropriada (liberdade positiva). Por isso, o direito à privacidade deve ser, antes de mais nada, uma válvula de escape para conferir tal tipo de proteção dinâmica, notadamente para delinear o que se deve ou não ser considerada como uma interferência excessiva na sua esfera privada ora plasmada pelo uso de seus dados pessoais. É, nesse sentido, aliás, a tensão em torno do caso constitucional se desembaraça ao considerar que devem ser adotadas "precauções organizacionais e processuais"²² para que o uso de dados pessoais não escapassem do controle social e sobrevenham abusos:

²¹ BIONI, Bruno Ricardo Bioni. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2019. p. 88-90.

²² *Ibid* p. 239.

"O livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais. Esta proteção, portanto, é abrangida pelo direito fundamental do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do cidadão de determinar em princípio ele mesmo sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais (...) para proteção de interesses públicos. Em face dos já expostos riscos criados pelo uso do processamento eletrônico de dados, o legislador deve, mais do que antes, tomar precauções organizacionais e processuais que combatam o perigo de uma violação do direito da personalidade".²³

Em síntese, a hermenêutica do direito à privacidade é, antes mais nada, **uma prerrogativa jurídica que proteja a pessoa contra interferências e intrusões de terceiros na sua esfera privada**. O termo esfera privada aqui compreendido na sua mais ampla dimensão para cobrir todo e qualquer bem da sua personalidade, que não apenas dados sigilosos do fluxo comunicacional e sim dados pessoais de forma geral, que possam comprometer de forma indevida o seu livre desenvolvimento da sua personalidade. Essa é a mesma racionalidade consignada pelo Ministro Luiz Edson Fachin no Recurso Extraordinário no 601314/SP:

"Não se pode ignorar que o direito à intimidade (e, também, o direito à privacidade) – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa (...) destinado a protegê-la contra indevidas interferências e intrusões de terceiros na esfera de sua vida privada".

Nesse sentido, são as considerações da jurista Laura Schertel Mendes:

"A partir do art. 5º, X, da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, é possível extrair uma tutela ampla da personalidade e da vida privada do cidadão, nas mais diversas situações em que ele se encontra. Não faria sentido excluir exatamente as situações em que a sua vida privada está sujeita a uma maior violação, como é o caso do processamento de dados pessoais (...) Entendemos que o reconhecimento desse direito fundamental não é apenas uma possibilidade; trata-se de uma necessidade para tornar efetivos os fundamentos e princípios do Estado democrático de direito, na sociedade contemporânea da informação, conforme determina a Constituição Federal"²⁴

²³ MARTINS, Leonardo. *Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 239.

²⁴ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *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. p. 188.

A guisa de conclusão, o direito fundamental à proteção de dados pessoais é **expressão do projeto constitucional de proteção da pessoa humana através da proteção contra interferências e intrusões de terceiros sobre a sua esfera privada, incluindo o próprio Estado**. O termo esfera privada aqui compreendido na sua mais ampla dimensão para cobrir todo e qualquer bem da sua personalidade, como é o caso de dados pessoais que são signos da identidade de um indivíduo. Nesse sentido, a exemplo do que decidiu a Corte Constitucional Alemã no caso emblemático do recenseamento, a sua tutela não se limita a dados sigilosos ou sensíveis, mas todo e qualquer tipo de dado que é um atributo da pessoa humana e possa comprometer a sua esfera relacional.

A.3 HABEAS DATA COMO OUTRA ABERTURA DO TEXTO CONSTITUCIONAL PARA O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A proteção de dados, por vezes, é apresentada como decorrência do direito à intimidade e vida íntima e do sigilo de comunicações, artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal. Contudo, estes direitos fundamentais oferecem uma proteção demasiada específica, contra a exposição de informações íntimas ou interceptação telefônica, por exemplo. Deste modo, são pouco eficazes na proteção direta dos dados pessoais, ou seja, de informações que identificam uma pessoa ou a tornam identificável, vez que estas não necessariamente são informações íntimas. Além do mais, não estão propriamente abarcados na proteção do inciso XII, tendo em vista que a interpretação mais utilizada, capitaneada por Tércio Sampaio Ferraz Jr., não considera nem que há uma proteção aos dados em si, mas o que existe é a proteção da comunicação, da correspondência.²⁵

O tratamento de dados que se observa atualmente, por outro lado, possibilita violações de diversos direitos fundamentais utilizando-se apenas de informações públicas. Não é necessário que exista algum tipo de proteção no armazenamento e compartilhamento desses dados para que estas informações sejam informações pessoais relevantes e para que o uso inadequado coloque o titular destes dados em situação de vulnerabilidade. Assim, a proteção que o sigilo e a intimidade, direitos

²⁵ Sobre a origem e formulação do ensaio clássico do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Junior, ver a Nota Técnica anexa a esta petição, formulada pelo Prof. Rafael Mafei e Paula Ponce.

já positivados na Lei Maior podem oferecer é indireta e não tem a amplitude necessária para garantir a segurança dos dados pessoais.

Neste sentido, deve-se questionar qual a real proteção trazida pela Constituição Federal. Neste ponto, destaca-se o *habeas data* remédio constitucional que surge **quando se reconhece que o processamento de dados pessoais pode afetar de modo geral o núcleo direitos que envolvem o indivíduo, sendo a consolidação constitucional do direito à autodeterminação informativa.**

Esta relação é expressamente reconhecida pelo Min. Luiz Fux, relator do RE nº 673.707, Minas Gerais, que em 17 de junho de 2017, ao atribuir um “amplo espectro de proteção ao *habeas data*”, amplia o conceito de registro de dados que, em seu entendimento, abrange tudo o que diretamente identifica o interessado, bem como as informações que apresentam relação indireta com ele, ou seja, o remédio constitucional aplica-se a todas estas informações. A ideia é que esse tipo de informações, as pessoais, que são armazenadas por entidades, não são apenas de uso exclusivo destas, mas afetam o seu titular e deveriam estar à sua disposição para acessá-las e corrigi-las. No mesmo julgamento, em seu voto, o Min. Gilmar Mendes apoia a fala do relator, complementado que, **com esta ampliação da aplicação do *habeas data* constitui-se o direito material à proteção de dados e é reconhecido o direito à autodeterminação informativa.** Conforme relata Laura Schertel Mendes, em seu artigo “*Habeas data* e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda”²⁶:

"A importância do referido trecho reside no reconhecimento de que as informações pessoais, armazenadas e processadas por outras entidades, – pelo simples fato de possibilitarem a identificação de determinado indivíduo –, podem afetar a sua esfera de direitos e, por isso, merecem a tutela constitucional a partir da garantia do *habeas data*. Isto é, o julgamento acabou por extrair da garantia constitucional do *habeas data* também um direito material à autodeterminação informativa. Daí o título do presente artigo, segundo o qual o *habeas data* e autodeterminação informativa podem ser considerados dois lados da mesma moeda, sendo o primeiro uma garantia processual de proteção das liberdades e da personalidade frente ao tratamento de dados e o segundo o direito material propriamente dito, que protege o indivíduo dos riscos decorrentes desse processamento" (p. 198)

²⁶ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas Data* e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-2016. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/655/905>>.

A percepção do *habeas data* como uma verdadeira proteção às informações pessoais favorece o entendimento da existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, complementar ao direito à intimidade e vida privada, alterando o binômio do sigilo da intimidade e da comunicação. A interpretação sistemática da Carta Maior favorece este entendimento, na medida em que se incluído o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto em seu artigo 1º, III, somado à garantia do *habeas data*, o âmbito de aplicação do direito à vida íntima se estende - é a ampliação da tutela da personalidade -, podendo, agora, abarcar a proteção de dados pessoais.

A.4. CONCLUSÃO: O VERDADEIRO DEBATE A SER ENFRENTADO PELA CORTE

Essa profunda discussão teórica, tal como feita até aqui, tem por finalidade **afastar a ideia de que o Supremo Tribunal Federal precisa avaliar a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 954/2020 pelo prisma do direito ao “sigilo dos dados” tal como previsto no art. 5, XII, da Constituição Federal**. O que está em jogo não é somente o “sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel”, como decidido liminarmente pela Excelentíssima Ministra Rosa Weber. A verdadeira discussão a ser enfrentada é **a identificação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais a partir de uma leitura mais sofisticada da Constituição Federal e da dogmática jurídica que a interpreta**, considerando o remédio constitucional do Habeas Data, o conteúdo normativo do Art. 5º, inciso X e o fundamento da proteção da dignidade da pessoa humana. Deve-se ter em mente as teorias sobre o direito constitucional à privacidade e proteção de dados construídas no Brasil a partir da Constituição Federal,²⁷ reconhecendo a privacidade e a proteção de dados pessoais como valores assentados normativamente no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja tutela se dá por meio da cláusula geral inaugurada na Constituição Federal de 1988.²⁸

²⁷ Em sentido semelhante ao defendido aqui encontra-se o argumento de Laura Schertel Mendes: “Uma leitura acurada do seu texto permite ver, com clareza, que a Constituição Federal traz normas e princípios aptos a realizar a tutela constitucional dos dados pessoais, como se percebe a partir da interpretação conjunta da garantia da inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88,) e da garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII)”. SCHERTEL MENDES, Laura. A encruzilhada da proteção de dados no Brasil e o caso do IBGE, *Jota*, 23/04/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-encruzilhada-da-protecao-de-dados-no-brasil-e-o-caso-do-ibge-23042020>

²⁸ Rafael Correa argumenta a "necessidade de se perceber a textura aberta da tutela dos direitos de personalidade por meio da cláusula geral explicitada no art. 1º, III da CF/1988 que, em lugar de analisar tipos incomunicáveis de situações de interesse jurídico, parte de uma lógica de proteção concebendo a pessoa, em

É diante dessa perspectiva da tutela da personalidade e das liberdades públicas específicas atreladas ao direito da personalidade que a Medida Provisória se mostra inconstitucional, em razão da fragilidade de suas salvaguardas e de problemas de devido processo legal, permitindo uma potencial utilização indevida de dados pessoais pelo governo federal. É esse tópico que será aprofundado na contribuição a seguir.

B. PROTEÇÃO DE DADOS ENQUANTO COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: PARÂMETROS PARA UMA INTERFERÊNCIA PROPORCIONAL

A ideia de que o tratamento de dados pelo Estado deve seguir parâmetros claros e princípios de justiça tem fortes raízes no direito estadunidense. No ano de 1972, um comitê foi formado para analisar as práticas de processamento de dados nos setores de proteção ao crédito, saúde, educação e, de forma geral, em políticas públicas. O mérito do documento consistiu em propor princípios básicos, de aplicação transversal, para governar todas as situações nas quais os dados pessoais dos cidadãos estariam sendo manipulados. A esse conjunto de normas foi dado o nome de “práticas informacionais justas”,²⁹ o qual levou à aprovação do Privacy Act em 1974 e orientou as demais produções legislativas acerca da matéria no mundo.³⁰

O primeiro paralelismo a ser traçado é o *locus* onde foi incubada tal discussão. O departamento do bem estar social norte americano compartilha, em parte, da mesma missão institucional que o IBGE, qual seja, converter dados em estatísticas para o planejamento ordenado da sociedade. Ciente de que tais atividades não traziam apenas benefícios, mas, também, riscos à sociedade, o principal objetivo do grupo era traçar normas básicas para que o laço de confiança entre Estado e cidadão fosse reforçado e não esgarçado. A criação de mecanismos mínimos de

todas as suas manifestações da personalidade, como um valor merecedor de tutela". Para Correa, "a autodeterminação informativa constitui uma expressão da personalidade da pessoa que, ao seu turno, estrutura-se como um valor tutelável pelo ordenamento jurídico ante seu assento normativo constitucional, visto no princípio da dignidade humana". CORREA, Rafael. *Responsabilidade civil e privacidade : reflexões sobre autodeterminação informativa como expressão de liberdade positiva na construção de personalidade*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

²⁹ ROTENBERG, Marc, Fair information practices and the architecture of privacy (What Larry doesn't get), *Stanford Technology Law Review*, v. 44, 2001.

³⁰ Diversos estudiosos se debruçaram sobre o tema, como o Colin Bennett, em: BENNETT, Colin. *Regulating Privacy*, p. 98–99.

governança seria menos “custoso socialmente”,³¹ na medida em que, ao se evitar abusos, seria estimulada a custódia e a circulação desse ativo em favor da gestão pública.

Portanto, o estabelecimento de normas básicas sobre quais são os limites e as possibilidades quanto ao uso de dados pessoais serve, antes de mais nada, ao próprio Estado para que, ao evitar a corrosão da confiança social, não se veja incapacitado de ter acesso a um importante recurso para o desenvolvimento das suas atividade. Ao mesmo tempo, percebe-se que proteção de dados assume uma dimensão coletiva, na medida em que não protege os interesses de um indivíduo, mas destes enquanto como um todo que foram o tecido social.

Por isso, ao discutir, o fundamento constitucional da proteção de dados pessoais tal grupo o ancorou na cláusula do devido processo legal.³² Isto porque, repita-se, o que estava em jogo não é em si o exercício de uma uma liberdade negativa do cidadão em barrar simplesmente o acesso às suas informações pessoais - sejam elas privadas ou públicas -, mas uma **liberdade positiva, condicionada pelo estabelecimento de garantias**, para que as suas informações circulassem adequadamente. Se essa série de exigências fossem observadas, haveria um *devido processo informacional* pelo qual a extração dos dados seria legítima.³³

³¹ These costs can be regarded in part as deferred costs that should already have been incurred to protect personal privacy, and in part as insurance against future problems that may result from adverse effects of automated personal data systems. From a practical point of view, we can expect to reap the full advantages of these systems only if active public antipathy to their use in not provoked” *in Ibid.*, p. 45.

³² Entendemos “devido processo legal” no seu sentido mais amplo, como aplicação correta das normas jurídicas. No Brasil, o sentido mais recorrente tem sido o de garantia de processo justo. Nesse sentido: “A Constituição brasileira de 1988 consagra “due process of law” nos seus dois aspectos, substantivo e processual, art. 5º, LIV e LV, respectivamente. *Due process of law*, como garantia a um processo justo, compreende: (I) a garantia da tutela jurisdicional ou o princípio da inafastabilidade do controle judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito(C. F. , art. 5º, XXXV), que ganhou status constitucional, no Brasil, com a Constituição de 1946, do qual decorrem o direito de ação e o acesso à Justiça. *Due process of law*, como garantia processual, abrange, também, (II) o princípio do juiz natural, que é o juiz legal, o juiz com garantias de independência, o juiz imparcial; (III) o contraditório, que tem assento no princípio da igualdade e compreende, por sua vez, o direito de defesa e suas implicações: cientificação do processo, contestação, produção de prova; (IV) o procedimento regular, com normas pré-estabelecidas, com formalidades essenciais, que propiciem justiça rápida, mesmo porque o apego ao formalismo leva à denegação de justiça. VELLOSO, Carlos Mario. Devido processo legal e acesso à justiça, *Correio Braziliense*, 01/12/2018.

³³ A ideia de “devido processo informacional” surgiu, também, em discussões sobre o modo como a Suprema Corte dos EUA interpretou disputas sobre o direito de cidadãos de se opor a certos tipos de tratamentos de dados: “The Court in *Whalen v. Roe* hinted that an informational due process privacy right exists, encompassing an individual's interest in avoiding the disclosure of personal matters. Adoptees' strongest argument combines the goal of informational privacy with the liberty concept of the fourteenth amendment. First, because informational privacy involves the right of personal autonomy, the state's retention of information regarding biological heritage is said to infringe on the adoptee's riht of personhood. Second, withholding adoption information from adoptees violates their liberty rights under the fourteenth amendment by inhibiting the adoptee's growth in mind, spirit, and personal development”. LAWRENCE, Eileen

A esse respeito, vale transcrever trecho da palestra de uma dos membros do Comitê Multissetorial, o Prof. Arthur Miller que era então professor de processo civil na universidade de Harvard:

"Existe uma certa combinação entre temas de privacidade e os demais temas constitucionais. Minha visão pessoal é que provavelmente um dos maiores bastiões constitucionais da privacidade ainda não explorado pelas cortes ou pelos defensores ativistas é o conceito de devido processo legal, a noção de que governos não podem privá-lo de sua vida, liberdade, propriedade, sem o devido processo legal, uma restrição que recai tanto sobre o governo nacional quanto, claro, sobre os estados e governos locais. Me parece que está por ser escrito o capítulo sobre devido processo informacional. E certos tipos de levantamentos, usos e disseminação de informação governamental podem ser desafiados quando violarem o devido processo (...) E é também interessante notar que o direito original à privacidade, concebido por Warren e Brandeis, em seu doutrinário e significativo artigo em 1890, era simplesmente o direito de um indivíduo ter contra a mídia de massa. Não foi concebido para ser um direito geral. Não foi concebido para ser um direito individual contra o Estado. Era simplesmente, como colocou Brandeis, o direito de ser deixado a sós pela grande mídia" (p. 20-261; p. 255 e 256).

O segundo paralelismo a ser traçado, desta vez em termos de argumentação jurídica, é que o direito à proteção de dados é corolário do devido processo legal. Portanto, insiste-se, o seu contorno constitucional não se dá pela qualificação de uma informação como sendo privada ou sigilosa, mas, tão somente, pelo simples fato de ser pessoal. Sendo um prolongamento do indivíduo, isto é, um bem da sua personalidade, a ingerência estatal deve observar uma série de garantias sob pena de não ser proporcional e, em última análise, legítima.

Relembre-se, mais uma vez, que **proteção de dados pessoais é um habilitador para uma série de liberdades**. Ainda mais quando se tem vista que, atualmente, em razão do progresso da capacidade quantitativa e qualitativa em termos de processamento da dados, não existe dado irrelevante do qual não possa ser extraída informação que pode ser lesiva à um indivíduo ou mesmo para a sociedade como um todo (vide: item supra "A"). Por conta, justamente, desse efeito colateral potencialmente negativo para as liberdades do cidadão, é que se atrai a proteção da cláusula constitucional do devido processo legal.

M. The state's interest in adoption and Washington's sealed records policy. *U. Puget Sound Law Review*, v. 4, 1980, p. 359.

“O uso de sistemas automatizados de dados contendo informações sobre um indivíduo é crescente em ambos os setores, privado e público... O próprio Departamento usa vários deste tipo de sistemas, e, um número substancial... são usados por outras organizações, públicas e privadas, com apoio financeiro ou de outro tipo... do Departamento... Naquele tempo, existia uma preocupação crescente de que sistemas automatizados de dados pessoais apresentam um sério potencial de causar danos, incluindo a violação de liberdades básicas. **Isso levou a uma crença de que salvaguardas especiais deveria ser desenvolvida para proteger contra a potencialidade das danosas consequências para a privacidade e o devido processo**” (p. ix) - (grifos)

Portanto, historicamente, a ossatura do direito à proteção de dados pessoais está conectada a uma série de liberdades que não o da privacidade em sua perspectiva liberal clássica (o direito de ser deixado a sós). Sob essa perspectiva, a sua tutela constitucional, também, resulta do artigo 5o, LIV, da Constituição Federal, por ser uma expressão *material substantiva do devido processo legal* que limita as ações estatais sobre os interesses privados do cidadão.

Essa relação entre devido processo, transparência e clareza sobre as finalidades do tratamento de dados também está no cerne das preocupações da filósofa do direito Julie Cohen. Em *What Privacy is For?*, publicado na Harvard Law Review, Cohen argumenta que “a proteção efetiva da privacidade requer um exame regulamentar da atividade de processamento de informações de ambos os lados da divisão público-privada e deve incluir estratégias para expor os processos de modulação em rede ao exame público adequado”. Nesse ensaio, ela argumenta que:

“O devido processo na era da computação abrangente e preemptiva pode acarretar limites à personalização refinada em vários processos administrativos públicos. Embora possa parecer tentador, por exemplo, calibrar os benefícios da incapacidade com base no nível preciso de necessidade ou envolver-se no monitoramento em tempo real das compras de alimentos dos destinatários do *Medicaid* para supervisionar as escolhas nutricionais, uma sociedade democrática liberal não pode simplesmente empregar tecnologias de vigilância para colmatar a lacuna não preenchida e não executável pelas tecnologias perfeitas da justiça. (...) A proteção efetiva da privacidade requer níveis adequados de transparência operacional sobre as práticas de processamento de informações”³⁴.

³⁴ COHEN, Julie E. What privacy is for. *Harvard Law Review*, v. 126, 2012, p. 1931-1932.

Além de Julie Cohen, Mireille Hildebrandt e Katja de Vries argumentam no livro *Privacy, Due Process and the Computational Turn* que o foco do debate contemporâneo sobre privacidade deve ser a junção com as teorias contemporâneas sobre devido processo, ampliando o repertório das democracias constitucionais modernas. O livro explora o tipo de arranjo constitucional que esses direitos objetivam proteger. No capítulo introdutório, de Vries argumenta:

“Uma hipótese experimental que pode ajudar a entender o papel do direito à privacidade (Nissenbaum 2009; Solove 2006; Gutwirth 2002) e do direito ao devido processo legal (Coudert et al 2008; Citron 2007; Citron 2007; Steinbock 2005) é que tanto a privacidade quanto o devido processo legal devem ser entendidos como expressão da aspiração das democracias constitucionais modernas para capacitar o cidadão individual contra todas as ações intrusivas, desenfreadas, arbitrárias e kafkianas do estado ou de outros atores poderosos. **Tanto o direito à privacidade quanto o direito ao devido processo podem ser vistos como ferramentas para salvaguardar um certo nível de simetria nas relações de poder na sociedade, onde nenhum ator pode ser simplesmente sufocado pela força bruta e arbitrária de outro ator.** O direito ao devido processo forneceu algumas salvaguardas positivas (presunção de inocência, oportunidade de ser ouvido, tribunal independente e imparcial etc.) para garantir a possibilidade de diminuir as assimetrias de poder durante todos os procedimentos legais, enquanto o direito à privacidade é um escudo contra interferência ilegítima por outros que não estão restritos a uma área específica da vida”³⁵.

Em síntese, retomando o argumento do Prof. Arthur Miller, o direito à proteção de dados também encontra respaldo na cláusula do devido processo legal, na medida em que o processamento de dados pelo estado é necessariamente uma interferência estatal na esfera privada. A partir dessa perspectiva, deve ser observado um conjunto mínimo de salvaguardas para que tal ingerência seja proporcional e, em última análise, **legítima na melhor expressão do que se convencionou a chamar de práticas informacionais justas**. Portanto, como será visto mais à frente, o vício da MPV 954/2020 não é em si a previsão do compartilhamento de dados para o IBGE, mas a insuficiência das salvaguardas nela previstas que se conformasse ao princípio do devido processo legal, nessa concepção mais ampla de que falam juristas como Miller, Cohen e de Vries. A falha está na insuficiência das medidas de transparência, na falha da explicação da necessidade do tratamento

³⁵ DE VRIES, Katja. *Privacy, Due Process and the Computation Turn*, in: HILDEBRANT, Mireille; DE VRIES, Katja. *Privacy, Due Process and the Computation Turn: the philosophy of law meets the philosophy of technology*. New York: Routledge, 2013, p. 18-19.

dos dados pessoais no contexto de enfrentamento da Covid-19 e nos riscos gerados pelo arranjo institucional criado pela Medida Provisória, pontos que serão explorados a seguir.

C. DA AUSÊNCIA DE SALVAGUARDAS E POTENCIAIS VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como expôs a argumentação até aqui, o vício de constitucionalidade da MP 954 não se dá por quebra de sigilo, mas sim por falhar em observar o direito à proteção de dados depreendido do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, restringir o objeto da MP a uma problemática que envolve apenas no direito a sigilo de dados fomenta uma visão errônea de que de que as violações de direito só poderiam existir se o **Estado tivesse acesso ao conteúdo das comunicações entre particulares**.

Segundo entendimento da PGR, a MP 954 não viola preceitos constitucionais, uma vez que se atém a informações como como nomes, números de telefone e endereços, elementos "meramente identificadores" que, após serem repassados pelo IBGE, "possibilitarão posterior comunicação telefônica da entidade pública com os correspondentes usuários, para fins de pesquisa estatística" (p. 26). Entende, assim, que a transmissão dessas informações não estaria abarcada pelo art. 5, X, da Constituição, nessa linha de raciocínio.

Tal argumentação não tem nenhum embasamento fático ou jurídico nos tempos atuais, diante das inúmeras possibilidades de perfilização e de utilização indevida de informações de contatos telefônicos. Cita-se, por exemplo, a segmentação de perfil de eleitores por meio do rastreamento de suas atividades e mapeamento do comportamento em grupos abertos de WhatsApp, que possuem o número de telefone como elemento identificador.

Nesse sentido, a literatura acadêmica já reconhece a evolução da matéria em relação a dados meramente identificadores. Conforme defendido por Rafael Mafei e Paula Ponce em artigo para revista *Internet & Sociedade*, o entendimento de que dados meramente identificadores seriam cruciais para vida em sociedade e por isso desprovidos da proteção do direito constitucional à privacidade não se sustenta nos tempos atuais. Dizem os autores que hoje:

“é disseminada a compreensão de que esse tipo de dado pode servir como critério e base para práticas profícuas de perfilização de cidadãos, embora não sejam íntimos e exclusivos. Vale dizer, o dado, mesmo que não seja íntimo, pode ser relevante para

a integridade moral do indivíduo. Um nome é capaz de revelar, por exemplo, origem racial ou étnica, ou a (presumível) orientação religiosa da pessoa: basta que pensemos em nomes marcadamente orientais, árabes ou judaicos. O fato de a legislação reconhecer tais marcadores como dados sensíveis revela como práticas de perfilização, ainda que possam se valer de dados menos exclusivos, podem cruzar a linha da individualidade do sujeito. O modo de se vestir, embora seja igualmente pensado para situações de interação com outros seres humanos, pode denunciar preferências políticas (uma camiseta com mensagens políticas) ou religiosas (o uso de adornos). (...) Mesmo dados inerentemente comunicativos, feitos para a interação humana, podem ser coletados e tratados de modo prejudicial àqueles valores”³⁶.

Temos então que os dados meramente identificadores não só são dignos de proteção constitucional, mas também têm importância aumentada diante das possibilidades de uso e manipulação que as tecnologias atuais permitem. Isso não significa, necessariamente, que seria impossível a sua utilização pelo IBGE dentro dos fins pretendidos pela MP 954; mas sim, que tal utilização precisaria vir acompanhada de uma série de salvaguardas e previsões restritas de coleta e tratamento. O que não aconteceu.

Em última instância, o que se vê na MP 954 é um uso desproporcional e não fundamentado de dados pessoais, sem respeito às salvaguardas aplicáveis e que já são previstas em normas infraconstitucionais.

C.1. AS FALHAS NAS SALVAGUARDAS E GARANTIAS DE NÃO VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Medida Provisória não apresenta salvaguardas suficientes e carece de um problema de devido processo. Tal avaliação tem como parâmetro o Relatório “*Privacidade e Pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19*”³⁷, produzido pela Associação Data Privacy Brasil de pesquisa, que traduz a ideia de proporcionalidade no uso de dados pessoais em uma série de princípios e passos que devem ser seguidos por gestores públicos e privados para garantir a legitimidade das suas práticas relativas a dados pessoais.

³⁶ MAFEI, Rafael; PONCE, Paula. Tércio Sampaio Ferraz Junior e Sigilo de Dados, *Revista Internet & Sociedade*, n. 1, v. 1, fev, 2020, p. 81. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/tercio-sampaio-ferraz-junior-e-sigilo-de-dados-o-direito-a-privacidade-e-os-limites-a-funcao-fiscalizadora-do-estado-o-que-permanece-e-o-que-deve-ser-reconsiderado/>

³⁷ BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/os-dados-e-o-virus/>

Um primeiro problema da Medida Provisória é que ela não apresenta uma relação clara entre o tratamento dos dados de telecomunicações com o combate à Covid-19. Não se pode admitir requerimentos genéricos e atos discricionários, como um mero pedido de compartilhamento de dados, sem a devida fundamentação que ateste a necessidade e eficiência da medida programada. O Art. 1º da MP afirma que "esta Medida Provisória dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e do Serviço Móvel Pessoal - SMP com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE". No parágrafo único, afirma-se que "o disposto nesta Medida Provisória se aplica durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020". No entanto, essa relação não é apresentada claramente.

Argumenta-se que a pesquisa a ser desenvolvida pelo IBGE é "a principal fonte de informação sobre emprego, educação, renda e condições de vida da população brasileira", além de ser o meio pelo qual se calcula o PIB Trimestral, a inflação e, pelo TCU, a repartição do Fundo de Participação dos Estados e Municípios a partir do fator renda per capita (art. 159, I, "a", da CF). Não estamos discutindo a importância da pesquisa ou a idoneidade do IBGE. Essas são questões materiais que não cabem à análise jurídica em curso. **O problema formal que se sobressai é a ausência de uma articulação explícita entre necessidade da pesquisa e o contexto de combate à Covid-19 no ato jurídico.**

Não se trata aqui de questionar a importância da pesquisa ou a idoneidade do IBGE, mas sim de identificar **a ausência de uma articulação explícita entre necessidade da pesquisa e o contexto de combate à Covid-19 no ato jurídico.**

O segundo problema latente é de finalidade do tratamento de dados. Ora, consequência natural de princípios que guiam a Administração Pública, como a motivação, é que os seus atos devem ter a finalidade bem demonstrada, sob pena de ser impossível verificar outros elementos, como a necessidade e proporcionalidade do ato em questão. Trata-se, aqui, da limitação do uso de dados ao *propósito* previamente definido, princípio, que no inglês, se convencionou chamar *purpose limitation*.³⁸ Ocorre que, no caso da Medida Provisória em questão, não está clara a finalidade da

³⁸ "A definição expressa da finalidade é essencial à garantia de que o tratamento seja "adequado e não excessivo", nos termos do artigo 45 do Regulamento Sanitário Internacional. Para ser adequado e não excessivo, um tratamento de dados depende da definição clara de uma finalidade, em coerência com um princípio basilar da finalidade do tratamento de dados (previsto no art. 6º, I da LGPD e conhecido no direito

requisição dos dados, o que é agravado por se tratar das informações pessoais da maior parte da população brasileira.

O parágrafo primeiro do art. 2º da Medida tão somente afirma que os dados serão utilizados “*para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares*”. **Apenas na exposição de motivos é mencionada a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) e, mesmo assim, em nenhum momento há detalhamento acerca do uso que será feito de cada categoria de dado pessoal requisitada, dificultando a análise acerca da sua adequação e necessidade real.**

Um terceiro problema, que se destaca pela sua gravidade, é a patente ausência de **necessidade** do tratamento dos dados de todos os usuários de serviços de telecomunicações. É **evidente** não ser necessária, ou mesmo adequada, a coleta de dados pessoais como nome, telefone e endereço de **todos** os usuários de serviços de telecomunicação fixa ou móvel, já que a pesquisa estatística mencionada na exposição de motivos da MP é uma pesquisa *por amostragem*.³⁹ É patente o desrespeito à limitação ao mínimo necessário, o que resulta em desproporcionalidade e no atingimento do núcleo do direito fundamental à proteção de dados.

Ademais, a Medida Provisória é falha no que diz respeito a salvaguardas específicas ao direito fundamental à proteção de dados, como medidas de (pseudo)anonimização e segurança da informação. Ora, os dados requisitados não só são diretamente identificados como não há medidas técnicas aptas a protegê-los de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas.

internacional como purpose limitation)”. BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020.

³⁹ O pedido de ingresso de Amicus Curiae do Laboratório de Políticas Públicas e Internet da UnB reforça o mesmo ponto, com detalhes: “Pela falta de informações oficiais sobre qual será a estatística oficial que será de fato a finalidade para a coleta de dados, partiremos aqui do pressuposto de que será para a PNADC. Analisaremos tanto a quantidade de pessoas entrevistadas que formam a amostragem necessária para sua realização, quanto a natureza dos dados coletados de cada uma para informa a pesquisa. De acordo com as normas regulamentadoras do PNADC, os domicílios selecionados para integrar o Plano Amostral e participar da pesquisa são retirados do Cadastro Nacional de Endereços para Fins Estatísticos (CNEFE), uma base de dados pública composta de 78 milhões de endereços urbanos e rurais em todo o Brasil. O plano amostral é feito a partir de uma seleção aleatória de domicílios a serem entrevistados dentro de um certo espaço territorial pré-definido pelo IBGE, de modo a garantir a representatividade de cada região. As pesquisas do PNADC são divulgadas com periodicidade mensal, trimestral e anual. De acordo com o IBGE, **a cada trimestre são entrevistadas 211.344 domicílios. Esse número é muito abaixo da quantidade de indivíduos que serão afetados pela Medida Provisória, que pode alcançar o total de 230 milhões de linhas telefônicas em uso no Brasil, considerando somente as de celular**”.

O governo perdeu, ainda, a chance de robustecer o seu pleito quando deixou de detalhar essas medidas na Instrução Normativa nº 02/2020. Tampouco ali foram esclarecidos elementos de finalidade, necessidade e adequação, de forma que a normativa apenas reitera o que já fora dito e afirma que “dar-se-á preferência a formatos e a veículos já existentes” para a transmissão dos dados.

Esses princípios, que derivam da legislação infraconstitucional, correspondem aos princípios tradicionais da doutrina e das legislações internacionais de proteção de dados e foram incorporados na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, que disciplina a proteção de dados na sua integralidade e dá concretude ao tratamento constitucional da matéria.

Mais preocupante é a questão da ausência de estrutura de *enforcement* para potenciais desvios de finalidades, considerando que não há Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais devidamente constituída em razão da inação do governo federal desde agosto de 2018, período em que foi aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018).

C.3. DESPROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO AMBIENTE INSTITUCIONAL BRASILEIRO PELA FALTA DE UMA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O PAPEL DO STF

Corretamente, a Ministra Rosa Weber decidiu em sede liminar que “a MP n. 954/2020 não apresenta mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento. 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”.

Nota a Excelentíssima Ministra que “a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados parece-me agravada pela circunstância de que, embora aprovada, ainda não está em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais”. De fato, a não vigência da Lei Geral de Proteção de Dados é um problema, visto que a legislação estava originalmente prevista para entrar em vigor em fevereiro de

2020. No entanto, o problema maior é a baixa institucionalidade para garantia de que a promessas feitas pela Medida Provisória 954/2020 serão cumpridas.⁴⁰ Não há, no texto da MP, um mecanismo de supervisão, o que torna mais instável o contexto institucional de garantia de direitos diante de um repasse de dados pessoais em escala massiva e com alto valor. E esta seria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, prevista na LGPD, mas que o governo federal ainda não constituiu, mesmo depois de quase um ano da aprovação da lei.

De fato, a não vigência da Lei Geral de Proteção de Dados gera maior instabilidade à matéria de proteção de dados e agrava ainda mais a aprovação da MP 954, já que é baixa a institucionalidade para garantia de que a promessas feitas pela Medida Provisória 954/2020 serão cumpridas. Como afirma o entendimento de Laura Schertel Mendes:

“o país não tem uma lei geral de proteção de dados em vigor, não conta com o reconhecimento expresso de um direito fundamental à proteção de dados e, de forma ainda mais grave, tampouco possui uma autoridade independente que possa supervisionar o tratamento de dados mencionado pela Medida Provisória. Esses requisitos, que formam um relevante tripé institucional da proteção de dados em grandes economias do mundo, são justamente o grande vácuo do ordenamento jurídico-político brasileiro em pleno século XXI. Sem eles, há uma enorme insegurança jurídica no país sobre a coleta, o uso e a transferência de dados, o que explica a intensa judicialização da medida ora proposta relativa ao compartilhamento de dados com o IBGE.”⁴¹

É crucial que o Supremo Tribunal Federal decida que a efetiva proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais necessita não só de salvaguardas e garantias fundamentais, como, também, uma Autoridade Nacional que possa efetivamente fiscalizar e fazer

⁴⁰ Nota Laura Schertel Mendes no já citado ensaio publicado no *Jota* sobre o caso: “o país não tem uma lei geral de proteção de dados em vigor, não conta com o reconhecimento expresso de um direito fundamental à proteção de dados e, de forma ainda mais grave, tampouco possui uma autoridade independente que possa supervisionar o tratamento de dados mencionado pela Medida Provisória. Esses requisitos, que formam um relevante tripé institucional da proteção de dados em grandes economias do mundo, são justamente o grande vácuo do ordenamento jurídico-político brasileiro em pleno século XXI. Sem eles, há uma enorme insegurança jurídica no país sobre a coleta, o uso e a transferência de dados, o que explica a intensa judicialização da medida ora proposta relativa ao compartilhamento de dados com o IBGE”. SCHERTEL MENDES, Laura. A encruzilhada da proteção de dados no Brasil e o caso do IBGE, *Jota*, 23/04/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-encruzilhada-da-protacao-de-dados-no-brasil-e-o-caso-do-ibge-23042020>

⁴¹ SCHERTEL MENDES, Laura. A encruzilhada da proteção de dados no Brasil e o caso do IBGE, *Jota*, 23/04/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-encruzilhada-da-protacao-de-dados-no-brasil-e-o-caso-do-ibge-23042020>

cumprir esses direitos. Como teorizou Stefano Rodotà,⁴² a efetiva proteção desses direitos se concretiza com a existência de uma autoridade independente. É por essa razão que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia associa três elementos: o (i) direito autônomo à proteção de dados pessoais, (ii) o direito ao devido processo e a ideia de lealdade e (iii) a existência de uma estrutura de aplicação.⁴³

Nesse sentido, o Data Privacy Brasil apresentou contribuição às discussões sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019, de autoria do Senador Eduardo Gomes MDB/TO, que propõe o reconhecimento do direito à proteção de dados como direito fundamental, para fazer constar na proposta também a estatura constitucional da obrigação de constituição de uma Autoridade independente. A proposta foi acatada no substitutivo⁴⁴ aprovado pela Comissão Especial da PEC.

Não obstante a dificuldade de reconhecimento de tais direitos, cumpre destacar que, em 1983, quando do julgamento do famoso caso do Censo pela Corte Constitucional alemã, **esses direitos não estavam explicitamente afirmados na Constituição**, apesar de haver, à época, lei vigente a uma autoridade constituída. O reconhecimento de um direito à autodeterminação informativa, que está no coração da Carta de Direitos Fundamentais, foi fundamentalmente uma criação judicial. Como explicam dois estudiosos do tema:

“Nem o direito à autodeterminação informativa nem o direito geral à privacidade são explicitamente mencionados no *Grundgesetz*. No entanto, o *Bundesverfassungsgericht* havia reconhecido um direito geral de personalidade como parte do *Grundgesetz* muito antes da decisão do censo populacional. A base legal para esse direito é fornecida por duas disposições distintas da constituição, a saber, a proteção da dignidade humana (artigo 1, parágrafo 1) e a proteção da liberdade pessoal geral (artigo 2, parágrafo 1). Juntos, eles formam o direito geral da

⁴² RODOTÀ, Stefano. Data protection as a fundamental right. In: Reinventing Data Protection?. Springer, Dordrecht, 2009. p. 77-82.

⁴³ Art. 8o. da Carta de Direitos Fundamentais. Art. 8o. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

⁴⁴ CONGRESSO NACIONAL. Comissão especial destinada a proferir parecer sobre a PEC 17/2019. Substitutivo aprovado pela Comissão. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844581&filename=SBT-A+1+PEC01719+%3D%3E+PEC+17/2019>

personalidade que garante a cada indivíduo a possibilidade de desenvolver sua própria personalidade. Para conseguir isso, o direito fundamental tem várias implementações, das quais o direito à autodeterminação informacional é sem dúvida uma das mais importantes. (...) A autodeterminação informacional e a proteção de dados têm dois efeitos correspondentes: O indivíduo é protegido contra interferências em assuntos pessoais, criando assim uma esfera na qual ele ou ela pode se sentir seguro de qualquer interferência. Ao mesmo tempo, **a proteção de dados também é uma condição prévia para a participação imparcial dos cidadãos nos processos políticos do estado constitucional democrático.** O estado constitucional democrático depende em grande parte da participação de todos os cidadãos e sua legitimidade é baseada no respeito à liberdade individual de cada pessoa. Como dito anteriormente, o direito à autodeterminação informacional não é concedido apenas para o bem do indivíduo, mas também no interesse do público, para garantir uma ordem de comunicação livre e democrática”⁴⁵.

Considerando o exemplo da Corte Constitucional alemã e os enormes paralelos entre a discussão sobre a tentativa de realização compulsória de pesquisa estatística em 1982 pelo governo alemão e a tentativa de compartilhamento compulsório de dados para pesquisa estatística pelo governo brasileiro,⁴⁶ essa é uma oportunidade para que o Supremo Tribunal Federal possa afirmar

⁴⁵ HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Review*, v. 25, n. 1, p. 84-88, 2009.

⁴⁶ Como explica Gustavo Gasiola: “O reconhecimento legislativo expresso do direito à proteção de dados se deu em 1970, com a Lei de Proteção de Dados do Estado de Hesse (*hessisches Datenschutzgesetz*). Poucas semanas depois, o Estado da Bavária publicou sua Lei sobre a Organização do Tratamento Eletrônico dos Dados (*Gesetz über die Organisation der elektronischen Datenverarbeitung im Freistaat Bayern – bayrisches EDVG*). As duas leis apresentavam estruturas e lógicas diferentes para tratar do controle do tratamento de dados, sendo que o modelo de Hesse acabou prevalecendo, como mostra a publicação da Lei Federal de Proteção de Dados (*Bundesdatenschutzgesetz – BDSG*) em 1977, com entrada em vigor em 1979. As regras gerais estabelecidas pela BDSG não excluíram a competência dos estados federados de publicar suas próprias leis, inclusive para regular a proteção de dados quando o tratamento é realizado pela administração estadual ou municipal. Vale notar que não é por acaso que diversas leis de proteção de dados foram publicadas na Alemanha em um curto período de tempo. Elas são reações a projetos estatais para implementar bancos de dados centralizados sobre a população, em meio à euforia tecnológica que marcou o pós-guerra. O choque entre a recente lembrança (ou presença) dos governos autoritários e a iminência de tais projetos levou ao reconhecimento expresso da proteção de dados perante às pretensões públicas de aumentar seu poder informacional. O objetivo dessas leis era, acima de tudo, estabelecer limites e garantir a transparência na criação de bancos de dados. Em 1983, o reconhecimento do direito fundamental à autodeterminação informativa (*informationelles Selbstbestimmung*) pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – TCA*) foi mais um episódio desse atrito. No conhecido julgamento sobre a Lei do Censo (*Volkszählungsurteil – 1 BvR 209/83*, de 15.02.1983) foi discutida a constitucionalidade de uma lei federal que permitia a coleta e tratamento de dados para fins estatísticos, bem como a transmissão anonimizada desses dados para a execução de atividades públicas”. GASIOLA, Gustavo. Criação e desenvolvimento da proteção de dados na Alemanha, *Jota*, 29/05/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criacao-e-desenvolvimento-da-protecao-de-dados-na-alemanha-29052019>

que a proteção de dados também é uma condição prévia para a participação imparcial dos cidadãos nos processos políticos do estado constitucional democrático.

III. PEDIDOS

Ante todo o exposto, diante das considerações que, indiscutivelmente demonstram o interesse do peticionário na matéria versada na Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do artigo 138 do Novo CPC e do parágrafo segundo do artigo 323, do RISTF, considerando o deferimento de sua participação como *Amicus Curiae*, requer sustentar oralmente perante o plenário do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, diante do exposto, recomenda a esta Egrégia Corte que seja julgada procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo reconhecido o direito fundamental à autodeterminação informativa, a ensejar tutela jurisdicional quando sua violação não for devidamente justificada por motivo suficiente, proporcional, necessário e adequado perante terceiros.

Termos em que,

Pede-se deferimento.

São Paulo, 05 de abril de 2020.

BRUNO RICARDO BIONI

OAB/SP nº 316.083

RAFAEL AUGUSTO FERREIRA ZANATTA

OAB/SP nº 311.418

MARIANA MARQUES RIELLI

OAB/SP nº 408.049