

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 6.389 DISTRITO FEDERAL**

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
REQTE.(S) : **PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB**
ADV.(A/S) : **RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

Voto Conjunto

ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade, com pedidos de medida cautelar, ajuizadas contra o inteiro teor da Medida Provisória 954, de 17 de abril de 2020, que dispõe sobre *“o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020”*. Eis o teor da norma impugnada:

“Art. 1º 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.

Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória se aplica durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Art. 2º As empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

ADI 6389 MC-REF / DF

§ 1º Os dados de que trata o *caput* serão utilizados direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares.

§ 2º Ato do Presidente da Fundação IBGE, ouvida a Agência Nacional de Telecomunicações, disporá, no prazo de três dias, contado da data de publicação desta Medida Provisória, sobre o procedimento para a disponibilização dos dados de que trata o *caput*.

§ 3º Os dados deverão ser disponibilizados no prazo de:

I - sete dias, contado da data de publicação do ato de que trata o § 2º; e

II - quatorze dias, contado da data da solicitação, para as solicitações subsequentes.

Art. 3º Os dados compartilhados:

I - terão caráter sigiloso;

II - serão usados exclusivamente para a finalidade prevista no § 1º do art. 2º; e

III - não serão utilizados como objeto de certidão ou meio de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial, nos termos do disposto na Lei nº 5.534, de 14 de novembro de 1968.

§ 1º É vedado à Fundação IBGE disponibilizar os dados a que se refere o *caput* do art. 2º a quaisquer empresas públicas ou privadas ou a órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de quaisquer dos entes federativos.

§ 2º A Fundação IBGE informará, em seu sítio eletrônico, as situações em que os dados referidos no *caput* do art. 2º foram utilizados e divulgará relatório de impacto à proteção de dados pessoais, nos termos do disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Art. 4º Superada a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), nos termos do disposto na Lei nº 13.979, de 2020, as informações compartilhadas na forma prevista no *caput* do art. 2º ou no art. 3º serão eliminadas das bases de dados da Fundação IBGE.

ADI 6389 MC-REF / DF

Parágrafo único. Na hipótese de necessidade de conclusão de produção estatística oficial, a Fundação IBGE poderá utilizar os dados pelo prazo de trinta dias, contado do fim da situação de emergência de saúde pública de importância internacional.

Art. 5º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 17 de abril de 2020; 199º da Independência e 132º da República”.

Em síntese, os autores apontam inconstitucionalidade formal, diante da inobservância dos requisitos constitucionais da relevância e da urgência para edição de medida provisória, (art. 62 da Constituição); e inconstitucionalidade material, em razão da violação às normas constitucionais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa (arts. 1º, III, e 5º, X e XII, da Constituição da República).

Em relação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais (art. 5º, XII, da CF), aduzem que ele assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ressalvada a relativização, nesta última hipótese, mediante ordem judicial e para fins de persecução penal. Afirmam, ainda, que a MP 954/2020 não explicita a finalidade do uso da pesquisa estatística, não demonstra a forma pela qual adequados e necessários os dados nem delimita o campo de proteção na operação de processamento de dados.

Diante desse cenário, postulam a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do inteiro teor da MP 954/2020 até o julgamento final da presente ação. No mérito, pedem a procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do diploma, em sua integralidade, bem como o reconhecimento do direito fundamental à autodeterminação informativa.

Diante da relevância da matéria constitucional objeto da ação, bem como da urgência caracterizada da tutela jurisdicional, a relatora do feito solicitou informações prévias à Fundação Instituto Brasileiro de

ADI 6389 MC-REF / DF

Geografia e Estatística (IBGE) e à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), bem como abriu vista para manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

O autor desta ação, mediante petição de 23.4.2020, informa que, no curso do prazo de 48 (quarenta e oito) horas concedido para a juntada das informações, foi publicada, em 22.4.2020, a “*Instrução Normativa IBGE 2/2020, que regula de maneira genérica e precária o procedimento de compartilhamento direto de dados, sob responsabilidade de sua Diretoria de Informática*” (DOC 24867/2020).

Em 24.4.2020, foram apresentadas informações pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Nessa mesma data, o Advogado-Geral da União manifestou-se pelo indeferimento da medida cautelar, por meio de manifestação assim ementada:

“Medida Provisória nº 954/2020. Compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com a Fundação IBGE. Legitimidade formal. A relevância e a urgência da medida encontram fundamento na necessidade de permitir, em contexto de distanciamento social, a continuidade e o enriquecimento do diagnóstico estatístico oferecido pelo IBGE. Conhecimento relevante para a formulação cientificamente adequada de políticas públicas de combate às consequências do Covid-19. Legitimidade material. Ausência de *fumus boni iuris*. Ausência de violação à privacidade e à intimidade (artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição da República). Essa Suprema Corte já decidiu que a ‘transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo’ não ofende o direito à intimidade e à privacidade. ADI nº 2859. O acesso aos dados pessoais na forma da MP nº 954/2020 contempla finalidade (pesquisa estatística) e condicionantes consentâneos com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018). Obrigação de conservação do sigilo e posterior eliminação dos

ADI 6389 MC-REF / DF

dados coletados. Indispensabilidade do prosseguimento do levantamento estatístico da PNAD. Subsídios necessários, entre outros fins, para servir de base ao cálculo do Fundo de Participação dos Estados. Proporcionalidade da MP nº 954/2020. Ausência de *periculum in mora*. Presença de perigo de demora inverso, em face da urgência na formulação de políticas públicas eficazes no combate à pandemia. Manifestação pelo indeferimento do pedido cautelar”.

Em 24.4.2020, após essas manifestações, a Ministra Relatora apreciou o pedido de medida cautelar, *ad referendum* do Plenário. Sua Excelência ponderou que:

“Observo que o único dispositivo da MP n. 954/2020 a dispor sobre a finalidade e o modo de utilização dos dados objeto da norma é o § 1º do seu art. 2º. E esse limita-se a enunciar que os dados em questão serão utilizados exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares. Não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados”.

(...)

Já o art. 1º, parágrafo único, da MP n. 954/2020 apenas dispõe que o ato normativo terá aplicação durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da COVID-19. 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. Nessa ordem de ideias, não emerge da Medida Provisória n. 954/2020, nos moldes em que posta, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, considerados a necessidade, a adequação e a proporcionalidade

da medida. E tal dever competia ao Poder Executivo ao editá-la.

(...)

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. Enfatizo: ao não prever exigência alguma quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados compartilhados, a MP n. 954/2020 não satisfaz as exigências que exsurtem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção de direitos fundamentais dos brasileiros.

(...)

Nesse contexto, e a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário desta Suprema Corte, 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”.

O processo foi, então, inserido no calendário de julgamento do Plenário desta Corte.

Feito esse breve relatório, passo às considerações do meu voto.

I – Da vedação ao uso de medida provisória para regulamentação da prestação de serviço de telecomunicações (art. 21, XI, da CF)

Inicialmente, ainda que o tema não tenha sido aventado na exordial e nos debates que me antecederam, considero oportuno suscitar a inconstitucionalidade formal da medida provisória por entender que ela incide em vedação constitucional ao uso desse instrumento normativo para dispor sobre o regime de prestação de serviços de telecomunicações.

Nos termos dos seus arts. 1º e 2º, a norma impugnada impõe às *“empresas de telecomunicações prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e do Serviço Móvel Pessoal – SMP”* a obrigação de *“disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas”*.

Registre-se, a propósito, que, do ponto de vista da técnica legislativa, a norma não é precisa quanto à aplicação dessa obrigação até mesmo porque não define o conceito das modalidades de STFC e SMP. Essa falta de tecnicidade pode se revelar problemática já que, no ordenamento jurídico brasileiro, apenas a modalidade de STFC encontra previsão expressa na Lei Geral de Telecomunicações, sendo a definição de SMP restrita ao plano infralegal, hoje colmatado na Resolução 477, de 7 de agosto de 2007, da Anatel, que o conceitua como *“o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações”* (art. 4º). Ainda que por cogitação, eventual alteração no texto da resolução poderia trazer impactos sobre a incidência da medida provisória.

De toda sorte, fato é que a MP institui uma obrigação aos delegatários de serviços de telecomunicações. Até mesmo por isso a norma previu a oitiva do Poder Concedente, qual seja a Agência Nacional de Telecomunicações, para a definição do procedimento de disponibilização dos dados (art. 2º, § 1º).

ADI 6389 MC-REF / DF

Todavia, por expressa previsão contida no art. 2º da Emenda Constitucional 8/1995, que promoveu a liberalização do setor de telecomunicações, tornou-se vedado o uso de medida provisória para dispor sobre o regime jurídico de prestação desses serviços. Transcreva-se o dispositivo:

Emenda Constitucional 8, de 15 de agosto de 1995

“Art.1º O inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:”

"Art. 21. Compete à União:

.....

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII -

a) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; "

“Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional.”

Considerando que a MP 954/2020 interfere diretamente no regime de prestação dos serviços de telecomunicações, torna-se clara a inconstitucionalidade formal, porquanto estar-se-ia utilizando medida provisória *“para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21”*.

Sob outra ótica, a inconstitucionalidade formal da MP poderia também ser reconhecida face ao art. 246 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 32/2001, que, com o objetivo de vedar a regulamentação dos setores de telecomunicações e de petróleo por meio de medida provisória, estabeleceu:

“Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”.

Assim, considerando que a norma impugnada tem como objetivo central dispor sobre *“compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística”* e que esta matéria se insere no âmbito da regulamentação do art. 21, inciso XI, da CF, resta reconhecida a inconstitucionalidade formal da medida provisória.

II – A inovação jurídica como contra-face da inovação técnica: a permanente abertura da ordem constitucional à transformação tecnológica

A discussão travada nesta ADI testa as possibilidades e os limites da proteção constitucional do direito à privacidade (art. 5º, inciso X) frente aos riscos desencadeados pelo constante avanço tecnológico que caracteriza a nossa sociedade da informação.

A força normativa da constituição pode e deve ser atualizada e reconceitualizada para preservar garantias individuais que constituem a base da democracia constitucional e que hoje são diretamente ameaçadas pelo descompasso entre o poder de vigilância e a proteção da intimidade.

Embora as novas tecnologias de comunicação tenham se tornado condição necessária para a realização de direitos básicos – como se faz evidente no campo da liberdade de expressão, de manifestação política e de liberdade religiosa – verifica-se que **esses mesmos avanços tecnológicos suscitam riscos generalizados de violação de direitos fundamentais básicos, para além da questão comunicacional.**

Como muito bem destacado por **Wolfgang Hoffmann-Riem** ao se referir à necessidade de os próprios Tribunais Constitucionais serem

atores de inovação jurídica voltada à constante atualização da proteção aos direitos fundamentais, deve-se reconhecer que:

As tecnologias oferecem um enorme potencial, e não é exagero referir-se às oportunidades decorrentes da sociedade da informação. Na maioria dos aspectos da vida diária, os cidadãos são hoje obrigados a utilizar as novas tecnologias para não serem social e economicamente marginalizados. Mas as novas tecnologias também trazem consigo um potencial de perigo: não só o de terceiros, incluindo o Estado, penetrando na esfera privada, mas também o desenvolvimento de um poder de comunicação e de poder econômico que impõe seus interesses seletivamente através de manipulação ou por outros meios (tradução livre) (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a Propósito de la Garantía De Los Derechos Fundamentales En Respuesta A Los Cambios Que Conducen A La Sociedad De La Información. ReDCE, n. 22, 2014).

O direito fundamental à igualdade – enquanto núcleo de qualquer ordem constitucional – é submetido a graves riscos diante da evolução tecnológica. A elevada concentração de coleta, tratamento e análise de dados possibilita que governos e de empresas utilizem algoritmos e ferramentas de *data analytics*, que promovem classificações e estereotipações discriminatórias de grupos sociais para a tomada de decisões estratégicas para a vida social, como a alocação de oportunidades de acesso a emprego, negócios e outros bens sociais. Essas decisões são claramente passíveis de interferência por vieses e inconsistências que naturalmente marcam as análises estatísticas que os algoritmos desempenham.

Como ilustrado por **Yuval Noah Harari** ao descrever os desafios impostos: *“à medida que cientistas chegam a uma compreensão mais profunda de como humanos tomam decisões, a tentação de se basear em algoritmos provavelmente vai aumentar. (...) À medida que governos e corporações obtêm sucesso ao hacker o sistema operacional humano, ficaremos expostos a uma*

enxurrada de manipulações guiadas com precisão.” (HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o Século XXI. Companhia das Letras: São Paulo, 2018)

Alguns exemplos nesse sentido são dignos de nota. Nos Estados Unidos, por exemplo, uma ferramenta de gerenciamento automatizado do sistema prisional chamada de *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS) tem sido utilizada para avaliação do risco de reincidência dos egressos. Essa ferramenta funciona a partir de árvore decisória, que classifica os detentos em um espectro de risco que varia de um a nove, sendo nove o mais alto e um o mais baixo.

Em 2017, a Suprema Corte de Wisconsin manteve a condenação de um réu que foi acusado de fugir da polícia ao dirigir um carro anteriormente utilizado em um tiroteio. Ele havia sido condenado previamente por agressão sexual e, após uma avaliação do algoritmo, considerou-se que havia alto risco de cometer outro crime, tendo sido condenado, assim, a uma sentença de seis anos.

O uso da inteligência artificial tem avançado nos tempos atuais de pandemia inclusive para a tomada de decisões relevantíssimas como a alocação de leitos de UTIs, conforme explorado em detalhes em recente artigo da autora **Marcela Matiuzzo** publicado na Folha de São Paulo:

Nos Estados Unidos, por exemplo, os algoritmos já estão sendo utilizados para substituir a discricionariedade dos médicos na escolha sobre qual paciente deve ou não ser internado. Essas decisões são feitas com base em critérios utilitaristas pretensamente neutros como os pacientes com maior chance de sobrevivência e de qualidade de vida pós-tratamento.

No Brasil, o Dr. Daniel Forte, presidente do comitê de bioética do Hospital Sírio-Libanês, explicou recentemente que se cogita da utilização desses algoritmos no Brasil para afastar alegações de obscuridade e enviesamento. O Conselho Federal de Medicina e a Associação Brasileira de Medicina Intensiva tem buscado estabelecer critérios para classificação de pacientes em graus de prioridade. (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/04/distribuica>

o-de-utis-a-pacientes-de-covid-19-por-algoritmo-nao-elimina-dilema-etico.shtml)

Todo esse contexto nos indica que decisões críticas para o Estado de Direito estão sendo cada vez mais substituídas por mecanismos automatizados. Em outras palavras, de forma bem direta: **vivemos na era das escolhas de Sofia automatizadas**. Independente do acerto ou desacerto dessas decisões automatizadas, é inequívoco que a proteção dos valores estruturante da nossa democracia constitucional requer que o Direito atribua elementos de transparência e controle que preservem o exercício da cidadania.

É por isso que, para muito além do mero debate sobre o sigilo comunicacional, **este Tribunal deve reconhecer que a disciplina jurídica do processamento e da utilização da informação acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo**.

O quadro fático contemporâneo deve ser internalizado na leitura e aplicação da Constituição Federal de 1988. Aliás, ousaria a dizer que **nunca foi estranha à jurisdição constitucional a ideia de que os parâmetros de proteção dos direitos fundamentais devem ser permanentemente abertos à evolução tecnológica**. Dentro da tradição do *judicial review* norte-americano, por exemplo, mesmo partidários de uma interpretação originalista da Constituição reconhecem que a inovação naturalmente levanta questões sobre como a Constituição a ela se aplica. Como adverte com clareza o professor Lawrence Lessig:

“Os *Founding Fathers* deram ao povo uma Constituição para um mundo onde a tecnologia era imperfeita. Nesse mundo, a liberdade reinava, não tanto porque a lei positiva a criava; mas porque as tecnologias imperfeitas se submetiam à justiça. Quando as tecnologias daquele mundo mudam, nós nos confrontamos com uma escolha. **Nós podemos permitir que a ideia de eficiência tecnológica impere nesse novo espaço digital, fazendo com que as liberdades protegidas pela Constituição se esvaziem; ou nós podemos recriar as esferas**

de liberdade para superar àquelas pensadas em um contexto de imperfeição tecnológica". Como assevera o autor: "essas são escolhas democráticas e são escolhas reais" (tradução livre) (LESSIG, Lawrence. **Reading The Constitution in Cyberspace**. Emory Law Review, v. 45, p. 869–910, 1996, p. 41).

Essa visão, a propósito, foi muito bem simbolizada no já multicitado voto dissidente do **Juiz Louis Brandeis** em 1928 no caso *United States v. Olmstead* em que se discutia como a Quarta Emenda à Constituição Norte-americana poderia ser aplicada para a definição da licitude de interceptações telefônicas. O voto majoritário considerou que, como ouvir uma conversa telefônica privada não exigia uma busca física ou entrada no espaço privado de um cidadão, o mandado de busca da Quarta Emenda não se aplicava.

A posição do Juiz Brandeis, por outro lado, assentou-se na linha de que *"as limitações gerais aos poderes de governo, como as incorporadas nas cláusulas do devido processo da Quinta e da Décima Quarta Emenda, não podem proibir o Estado de atender às condições modernas por regulamentos que há um século atrás, ou mesmo meio século atrás, provavelmente teriam sido rejeitadas como arbitrárias e opressivas"*. Nas precisas palavras do juiz: *"as cláusulas jurídicas que garantem ao indivíduo proteção contra abusos de poder específicos devem ter uma capacidade de adaptação a um mundo em constante mudança"* (tradução livre) (*Olmstead v United States* 277 US 438, 472, 1928, Voto Dissidente do Juiz L. Brandeis).

Essa abertura da jurisdição constitucional à transformação tecnológica enquanto instrumento de preservação dos direitos fundamentais também é consolidada na tradição continental. No icônico precedente da Lei do Censo alemã de 1983, cuja análise será aprofundada neste voto, resta evidente que o avanço das técnicas de coleta e processamento de dados foi tomado como válvula de reconfiguração da proteção jurídica à personalidade. A decisão baseou-se principalmente no diagnóstico de que, a partir da coleta e cruzamento de dados do censo, *"seria possível a criação de um quadro abrangente e detalhado da respectiva pessoa - um perfil de personalidade -, mesmo na área íntima; o cidadão torna-se*

uma verdadeira "pessoa transparente".

Desse modo, em alinhamento a todas essas experiências históricas que estruturam a tradição do *judicial review*, assento que 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.

III – Direito fundamental à proteção de dados pessoais

Ainda que superado juízo de inconstitucionalidade formal, subsistem razões suficientes para o referendo da cautelar do ponto de vista da inconstitucionalidade material da Medida Provisória 954/2020.

Os principais fundamentos de concessão da medida cautelar invocados na exordial relacionam-se com o risco de a medida provisória impugnada comprometer os direitos fundamentais à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas consagrado no **art. 5º, incisos X, da CF**:

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

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;

A adequada compreensão do parâmetro de controle invocado, no entanto, perpassa o aprofundamento do inevitável debate teórico acerca da afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais como categoria dentro do rol dos direitos fundamentais, para além da mera evolução do direito ao sigilo.

Nesse sentido, a análise do referendo da medida cautelar nesta ADI suscita a oportunidade e o dever de o Supremo Tribunal Federal aprofundar a identificação, na ordem constitucional brasileira, de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, a fim de estabelecer de forma clara o âmbito de proteção e os limites constitucionais à intervenção estatal sobre essa garantia individual.

II.A – A evolução do conceito de privacidade

Dentro da teoria jurídica moderna, a compreensão histórica do direito à privacidade é comumente vinculada – com todas as possíveis e necessárias ressalvas – à publicação do seminal artigo “*The Right to Privacy*”, escrito por **Samuel Warren** e **Louis Brandeis** ainda no final do Século XIX (Warren, S., & Brandeis, L. (1890). *The Right to Privacy*. **Harvard Law Review**, 4(5), p. 193–220). Esse texto revelou-se paradigmático por ter possibilitado, a partir de precedentes da tradição do *common law*, a identificação de um direito de privacidade de natureza pessoal independente da estrutura da tutela da propriedade.

Nessa concepção tradicional, o direito à privacidade pressupunha uma dicotomia entre as esferas pública e privada, colmatando-se o núcleo da proteção jurídica como o direito de ser deixado só (“*the right to be left alone*”). Em sentido fortemente individualista, a proteção atribuída ao direito à privacidade voltar-se-ia, portanto, a reconhecer uma posição estática e absenteísta do Estado: o direito do titular de retrair aspectos de sua vida do domínio público (BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. São Paulo: Editora Gen, 2019, p. 95).

Na doutrina pátria, os estudos voltados à identificação da autonomia do Direito à Privacidade parecem ter se vinculado inicialmente a essa abordagem formal de um direito negativo de não intervenção. Tal abordagem foi reproduzida em artigo clássico do Professor **Tércio Sampaio Ferraz Júnior** intitulado “*Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*”, publicado

ADI 6389 MC-REF / DF

em 1993 (FERRAZ JÚNIOR, Tércio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 430-459, 1993).

O corolário imediato dessa subsunção do direito à privacidade à função negativa de um direito fundamental personalíssimo limitou o reconhecimento da proteção constitucional ao sigilo (art. 5º, inciso XII) ao conteúdo das comunicações. Tal abordagem formalista influenciou sobremaneira a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na década passada, sobretudo no julgamento do Mandado de Segurança 21.729/DF e no julgamento do **RE 418.416-8/SC**.

Neste último caso, o Tribunal negou que as informações contidas nesses registros estariam acobertadas pelo direito à privacidade, reproduzindo mais uma vez a fórmula do Professor **Ferraz Júnior**, nos termos do voto do Ministro **Sepúlveda Pertence**, relator, para quem não teria havido violação do art. 5º, inciso XII, da Constituição, uma vez que não teria ocorrido quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas tão somente apreensão de base física na qual se encontravam os dados. (RE 418.416, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10.5.2006, DJ 19.12.2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233).

Essa concepção do direito à privacidade como uma garantia individual de abstenção do Estado na esfera privada individual, todavia, passou por profundas transformações no decorrer do século XX. Devido ao próprio avanço das tecnologias da informação, assistiu-se a uma verdadeira mutação jurídica do sentido e do alcance do direito à privacidade. Nas palavras de **Stefano Rodotà**, nas últimas décadas, vivenciamos verdadeiro “*processo de inexorável reinvenção da privacidade*” (RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15).

Esse processo de reinvenção do direito à privacidade é analisado com esmero e profundidade em seminal monografia do Professor **Danilo Doneda** (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006). Ao examinar as sucessões

geracionais das leis de proteção de dados a partir da década de 1970, bem como o espraiamento da proteção jurídica da privacidade em tratados internacionais ao longo do século XX, o autor assevera que:

“A trajetória percorrida pelo direito à privacidade reflete tanto uma mudança de perspectiva para a tutela da pessoa quanto sua adequação às novas tecnologias da informação. Não basta pensar a privacidade nos moldes de um direito subjetivo, a ser tutelado conforme as conveniências individuais, nem da privacidade como uma ‘predileção’ individual, associada basicamente ao conforto e comodidade. (...)”

Uma esfera privada, na qual a pessoa tenha condições de desenvolvimento da própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais em importância: passa a ser um pressuposto para que ela não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento da sua personalidade.

A privacidade assume, portanto, posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente tomada como escudo contra o exterior – na lógica da exclusão – mas como elemento positivo, indutor da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral. Neste papel, a vemos como pressuposto de uma sociedade democrática moderna, da qual o dissenso e o anticonformismo são componentes orgânicos” (grifos nossos) (DONEDA, op. cit., pp. 141-142).

O marco identificador da reconceptualização do direito à privacidade coincide com o desenvolvimento jurisprudencial do conceito de autodeterminação informacional (*die informationelle Selbstbestimmung*) pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A rigor, como destaca Claudio Franzius, a característica especial do direito à autodeterminação informativa não é resultante de um invencionismo episódico, mas sim de “*várias linhas de argumentação da*

ADI 6389 MC-REF / DF

jurisprudência do Tribunal, que já na decisão do microcenso, com recurso à sua jurisprudência sobre a dignidade humana, atribuiu ao cidadão individual uma esfera inviolável da vida privada, da qual se supõe que a influência da autoridade pública deve ser removida” (FRANZIUS, Claudio. *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Zeitschrift für das juristische Studium*. Gießen, 2015, p. 262).

No paradigmático *Volkszählungsurteil* (BVerfGE 65, 1), de 1983, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da chamada Lei do Censo alemã (*Volkszählungsgesetz*), que possibilitava que o Estado realizasse o cruzamento de informações sobre os cidadãos para mensuração estatística da distribuição especial e geográfica da população.

Nesse julgado, a Corte Constitucional redefiniu os contornos do direito de proteção de dados pessoais, situando-o como verdadeira projeção de um direito geral de personalidade para além da mera proteção constitucional ao sigilo.

A partir da leitura ampliada do artigo 2.1, em conjunto com o artigo 1.1. da *Grundgesetz*, o Tribunal Constitucional reconheceu a existência de um direito constitucional de personalidade que teria como objeto de proteção o poder do indivíduo de “decidir sobre a divulgação e o uso dos seus dados pessoais” („selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“), de “decidir sobre quando e dentro de quais limites os fatos da sua vida pessoal podem ser revelados” („zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“) e ainda “de ter conhecimento sobre quem sabe e o que sabe sobre si, quando e em que ocasião” („wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß“). (FRANZIUS, op. cit., p. 259).

No caso concreto, o Tribunal entendeu que o processamento automatizado dos dados possibilitado pela Lei do Censo de 1983 colocaria em risco o poder do indivíduo de decidir por si mesmo sobre se e como ele desejaria fornecer a terceiros os seus dados pessoais. A situação de risco identificada pelo Tribunal referia-se à possibilidade concreta de, por meio de sistemas automatizados, as informações

fornecidas sobre profissões, residências e locais de trabalho dos cidadãos serem processadas de modo a se formar um *“perfil completo da personalidade”*.

Essa nova abordagem revelou-se paradigmática por ter permitido que o direito à privacidade não mais ficasse estaticamente restrito à frágil dicotomia entre as esferas pública e privada, mas, sim, se desenvolvesse como uma proteção dinâmica e permanentemente aberta às referências sociais e aos múltiplos contextos de uso. Como bem destacado na decisão, a identificação de um constante avanço tecnológico demanda igualmente a afirmação de um direito de personalidade que integre o contexto das *“condições atuais e futuras circunstâncias do processamento automático de dados”* (*„heutigen und künftigen Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung“*).

É justamente essa reconfiguração que possibilita a afirmação do direito à autodeterminação informacional como um contraponto a qualquer contexto concreto de coleta, processamento ou transmissão de dados passível de configurar situação de perigo.

Nas palavras ilustres de **Stefano Rodotà**, a privacidade também passa ser definida como *“o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar como a privacidade é alcançada e, em última instância, como o direito de escolher livremente o seu modo de vida”* (tradução livre) (RODOTÀ, Stefano. **In diritto di avere**. Roma: Laterza, 2012, p. 321).

Essa nova abordagem também engloba uma **proteção abrangente** que desloca o eixo da proteção do conteúdo dos dados para as possibilidades e finalidades do seu processamento. Como bem destacado pela professora **Laura Schertel Mendes**, é decisivo para a concepção do direito à autodeterminação *“o princípio segundo o qual não mais existiriam dados insignificantes nas circunstâncias modernas do processamento automatizado dos dados”,* de modo que *“o risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados mesmos (ou no fato que quão sensíveis ou íntimos eles são)”* (MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação

ADI 6389 MC-REF / DF

informativa: a história de um conceito. *No Prelo*).

Essa abrangência da proteção atribuída ao direito de autodeterminação constitui importante chave interpretativa do âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o qual não recai propriamente sobre a dimensão privada ou não do dado, mas sim sobre os riscos atribuídos ao seu processamento por terceiros.

Nesse aspecto, anoto brevemente que não merece prosperar o argumento de que o compartilhamento autorizado pela MP 954/2020 não envolveria dados sensíveis, já que o art. 2º da norma autorizaria a transferência apenas da relação de “*nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas*”.

É que, conforme será desenvolvido a seguir, no presente voto, a tutela de um direito fundamental à proteção de dados não mais se adstringe à demarcação de um espaço privado, mas, antes, afirma-se no direito à governança, transparência e sindicabilidade do tratamento de dados compreendidos em acepção abrangente.

II.B – Do direito fundamental à proteção de dados pessoais na ordem constitucional brasileira

A autonomia do direito fundamental em jogo na presente ADI exorbita, em essência, de sua mera equiparação com o conteúdo normativo da cláusula de proteção ao sigilo.

A afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do *Habeas Data* enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.

Na doutrina pátria, o reconhecimento da autonomia do direito

ADI 6389 MC-REF / DF

fundamental à proteção de dados foi desenvolvido em termos dogmáticos a partir das importantes contribuições da Professora **Laura Schertel Mendes**. Nas palavras da autora, entende-se que:

“Para além da coincidência do léxico com os modernos instrumentos internacionais de tutela da privacidade, certo é que a proteção da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada numa sociedade da informação somente pode ser atingida hoje por meio da proteção contra os riscos do processamento de dados pessoais. Assim, quando se interpreta a norma do art. 5º, X, em conjunto com a garantia do *habeas data* e com o princípio fundamental da dignidade humana, é possível extrair-se da Constituição Federal um verdadeiro direito fundamental à proteção 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” (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 afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais – há de se dizer – não se faz tributária de mero encantamento teórico, mas antes da necessidade inafastável de afirmação de direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas.

Considerando que os espaços digitais são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade.

Todas essas transformações tecnológicas ensejam aquilo que, nas

palavras de **Bruno Bioni**, é identificado como verdadeiro *cenário de hipervulnerabilidade no regime de proteção de dados pessoais*, que se desdobra em traços vulnerantes peculiares sob as perspectivas informacional, técnica e econômica (BIONI, op. cit., p. 164).

Desse modo, a afirmação da força normativa do direito fundamental à proteção de dados pessoais decorre da necessidade indissociável de proteção à dignidade da pessoa humana ante a contínua exposição dos indivíduos aos riscos de comprometimento da autodeterminação informacional nas sociedades contemporâneas.

É importante ainda assentar que essa afirmação de um novo direito fundamental não resulta de um criacionismo jurisprudencial dissociado da própria tradição jurídica brasileira, naquilo que transformada pelos recentes influxos legislativos.

A rigor, entre nós, há mais de duas décadas, já se ensaia a evolução do conceito de privacidade a partir da edição de legislações setoriais que garantem a proteção de dados pessoais, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet – que inclusive assegura aos usuários da internet, entre outros direitos, a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de comunicações e dos dados armazenados (art. 7º, II e III) – e, mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Este último diploma assenta de maneira clara que *“a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade e a autodeterminação informativa”* (art. 2º, incisos I e II).

Ao mesmo tempo em que todas essas iniciativas normativas não implicam formalmente alterações dos textos constitucionais, elas consagram materialmente categorias de direitos, princípios e normas de governança para a internet, limitando drasticamente o poder de autoridades públicas e de atores privados nas suas relações com os usuários.

Daí porque autores como **Lex et. al.** chegam a afirmar que algumas leis formais sobre a internet, como o próprio Marco Civil da Internet brasileiro, embora se situem em um plano infraconstitucional,

apresentam uma verdadeira natureza “pré” ou “proto-constitucional”, uma vez que estabelecem verdadeiros blocos de construção intelectual para a interpretação das constituições (GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. **Research Publication** No. 2015-15, 2015, v. 7641, 2015, p. 6).

Para além desses desenvolvimentos normativos, a abertura do texto constitucional ao reconhecimento da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pode ser identificada na própria jurisprudência desta Corte. Ao apreciar o tema 582, da repercussão geral (Recurso Extraordinário 673.707, Rel. Min. Luiz Fux), o Plenário do STF entendeu pelo cabimento de *habeas data* para fins de acesso a informações incluídas em banco de dados denominado SINCOR – Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica, da Receita Federal. (RE 673.707, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17.6.2015, DJe 30.9.2015).

Essa orientação se justificou justamente pelo fato de os dados serem entendidos em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto, causando-lhe dano ao seu direito de privacidade. Assim, aos contribuintes foi assegurado constitucionalmente o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, em razão da necessidade de preservar o *status* de seu nome, planejamento empresarial, estratégia de investimento e, em especial, a recuperação de tributos pagos indevidamente.

No voto-vogal que proferi na ocasião, sinalizei justamente que aquele precedente poderia constituir o marco inicial de uma vitalização do *habeas data* em uma percepção mais ampla, para além da questão procedimental, voltando-se ao reconhecimento de um direito fundamental à autodeterminação informativa.

A partir desses três elementos, valorização da dignidade humana, proteção constitucional à intimidade e vitalização do *habeas data*, é possível identificar **dupla dimensão** do âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados.

ADI 6389 MC-REF / DF

Os direitos fundamentais não podem, portanto, ser considerados apenas como proibições de intervenção. Expressam, igualmente, um postulado de proteção. Utilizando-se da formulação de **Canaris**, pode-se dizer que os direitos fundamentais contemplam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbote*), como, também, uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*). (CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, *JuS*, 1989, p. 161 (163).

Sob esse ângulo, é fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

No caso do direito fundamental à proteção de dados, este envolve, em uma perspectiva subjetiva, a proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais e, em uma perspectiva objetiva, a atribuição ao indivíduo da garantia de controlar o fluxo de seus dados. (MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140., p. 176-177).

A *dimensão subjetiva* impõe que o legislador assuma o ônus de apresentar uma justificativa constitucional para qualquer intervenção que de algum modo afete a autodeterminação informacional. Nesse aspecto, a autodeterminação do titular sobre os dados deve ser sempre a regra, somente afastável de maneira excepcional. A justificativa constitucional da intervenção deve ser traduzida na **identificação da finalidade** e no **estabelecimento de limites** ao tratamento de dados em padrão suficientemente específico, preciso e claro para cada área.

Dentro dessa concepção, *“qualquer restrição do direito à autodeterminação informativa requer uma base legal constitucional, que ser permitido e necessário por razões de interesse público superior e cumprir a*

exigência de clareza das normas e o princípio da proporcionalidade deve” (MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140., p. 178).

Dentre os desdobramentos dessa dimensão subjetiva do direito fundamental, emergem alguns importantes subprincípios do regime de proteção de dados pessoais consagrados no Regime Geral de Proteção de Dados da União Europeia, que serviu de inspiração para a nossa Lei Geral de Proteção de Dados. Dentre tais subprincípios se destacam:

a) Princípio da **proibição** (art. 7º, art. 4º, n. 11, art. 6º, par. 1, alínea a, do RGPD), segundo o qual todo tratamento de dados carece de justificção;

b) Princípio da **vinculação à finalidade** (art. 1º, par. 1, alínea b, do RGPD), que impõe que os dados só podem ser tratados e utilizados pela instância responsável para a finalidade para a qual foram captados;

c) Princípio da **transparência** (art. 5º, par. 1, alínea a, do RGPD), que se desdobra, por um lado, no direito do titular dos dados de ter condições de proceder a um controle próprio da forma como se lida com os dados e, por outro, no dever de o responsável pelo tratamento proceder a uma verificação prospectiva da licitude do tratamento de dados, acompanhada de um dever de documentação.

A partir da tradição norte-americana, também é possível identificar como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, a preservação de verdadeiro “devido processo informacional” (*informational due process privacy right*), voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle, sobretudo em relação a práticas de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamentos preditivos e peremptórios.

Como destacado por Julie E. Cohen: “o caráter autônomo da

ADI 6389 MC-REF / DF

*privacidade sugere uma necessidade de repensar a concepção do devido processo como uma tomada de decisão individualizada. (...) O devido processo na era de computação abrangente deve pressupor limites à personalização nos processos administrativos públicos” (COHEN, Julie E. What Privacy is For. **Harvard Law Review**, Vol. 126, 2013, p. 1931).*

Já em uma *dimensão objetiva*, a afirmação do direito fundamental à proteção de dados pessoais impõe ao legislador um verdadeiro dever de proteção (*Schutzpflicht*) do direito à autodeterminação informacional, o qual deve ser colmatado a partir da previsão de mecanismos institucionais de salvaguarda traduzidos em normas de organização e procedimento (*Recht auf Organisation und Verfahren*) e normas de proteção (*Recht auf Schutz*).

Essas normas devem ser positivadas justamente para garantir o controle efetivo e transparente do indivíduo relativamente à circulação dos seus dados, tendo como chave-interpretativa da juridicidade desse controle a noção de consentimento.

Ainda no bojo dessas normas de organização e procedimento, a evolução do regime de proteção de dados no plano transnacional tem convergido no diagnóstico de que o cumprimento eficaz dos limites e finalidades específicas do tratamento de dados invariavelmente perpassa a atribuição dessa função a uma autoridade independente, como disposto no **art. 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**:

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.**”

Como bem destacado pela Professora **Indra Spiecker genannt Döhmann**: *“um elemento central da proteção por meio do direito procedimental e organizacional é a institucionalização de autoridades de fiscalização independentes nos Estados-Membros (art. 51 e ss. do RGPD) (tradução livre) (DÖHMANN, Indra Spiecker genannt. A Proteção de Dados Pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. No prelo).*

Sobre esse último ponto, não há como deixar de observar que, **no caso brasileiro, malgrado ter transcorrido mais de um ano da promulgação da LGPD, ainda não foram adotadas medidas legislativas para instituição da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.**

Esse quadro de baixa institucionalidade de um regime efetivo de proteção de dados pessoais no Brasil tem sido agravado por iniciativas normativas recentes, e como a **Medida Provisória 959, publicada no Diário Oficial da União de 29.4.2020, que adiou, mais uma vez, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).** A previsão agora é de que ela entre em vigor apenas em 3 de maio de 2021.

Esses movimentos reforçam ainda mais a importância de o STF exercer com extremo rigor o controle de constitucionalidade da norma em análise, buscando identificar em que medida as interferências, nela veiculadas, ao direito fundamental à proteção de dados se revelam aderentes a objetivos públicos legítimos e proporcionais aos riscos de violação.

III.C – Da análise da Medida Provisória 954/2020

O direito fundamental à proteção de dados pessoais nos contornos aqui assinalados não assume natureza absoluta, mas, como qualquer outro direito fundamental, admite flexibilizações, traduzidas na possibilidade concreta de uso e tratamento desses dados para a realização de finalidades de interesse público legitimamente protegidas pelo ordenamento jurídico.

No caso em tela, contudo, fazendo incidir os parâmetros de tutela do

ADI 6389 MC-REF / DF

direito à autodeterminação informacional, verifica-se que a Medida Provisória 954/2020 é altamente deficitária na fixação de salvaguardas mínimas para a garantia da privacidade dos usuários de serviços de telefonia no Brasil.

No caso em exame, o art. 2º, § 1º, da MP, ao dispor sobre a **finalidade** e o **modo de tratamento** dos dados, cinge-se a prever que estes serão utilizados *“direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares”*. O art. 3º da MP dispõe ainda que os dados terão caráter sigiloso, não serão utilizados como objeto de certidão ou meio de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial e serão usados exclusivamente para a finalidade prevista no § 1º do art. 2º.

Como destacado acima, a doutrina e a própria legislação aplicável impõem que a autodeterminação só possa ser afastada por um dever de justificação minudente e exaustivo das finalidades atribuídas ao tratamento de dados. No caso em tela, há uma enorme dificuldade de se extrair do texto normativo um contorno mínimo de segurança sobre a finalidade do tratamento de dados que é simplesmente referenciado com o objetivo de *“produção estatística oficial”*.

Além disso, como alinhavado, a incidência do princípio da transparência impõem que a norma garanta ao titular dos dados um nível de controle suficiente para a verificação prospectiva da licitude do tratamento de dados. Isso se desdobra em um dever – aqui não cumprido pelo legislador – de dar ao titular condições de proceder a um controle próprio da forma como o Estado controlador lida com os dados

Nesse ponto, não há como deixar de observar, como já sustentado no voto da Ministra Rosa Weber que, o legislador de fato não se desincumbiu do ônus de instituir salvaguardas técnicas e administrativas efetivas que pudessem colmatar a necessária proteção ao tratamento de dados, seja estabelecendo formas de anomização dos dados compartilhados, seja contemplando mecanismos minimamente eficientes de transparência no tratamento. A norma, ao contrário, limitou-se a atribuir ao Presidente do IBGE o poder de estabelecer o *“procedimento*

ADI 6389 MC-REF / DF

para a disponibilização dos dados” (art. 2º, § 2º).

A atuação do IBGE, a propósito, não se antecipou à previsão desses mecanismos e se traduziu, já no dia 22.4.2020, na edição de instrução normativa, que teria fundamentado o envio de ofícios da Fundação IBGE às empresas de telefonia fixa comutada ou móvel pessoal, solicitando, com urgência, o compartilhamento imediato de dados, não obstante o prazo fixado pela Medida Provisória 954/2020 e a pendência do julgamento desta própria ADI no STF.

A necessidade de aprimoramento de mecanismos aptos a protegerem o acesso aos dados pessoais objeto da MP, a propósito, foi ressaltada na manifestação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que, nos termos do voto do Conselheiro Presidente Leonardo Euler, observou que:

“Como medida de transparência, é relevante que a atividade de tratamento dos dados possa ser auditada por órgãos de controle, e representações institucionalizadas que guardem afinidade com a proteção de direitos individuais e coletivos. Muito se recomenda, em se tratando de dados, de uma aplicação proativa desse princípio de publicidade e controle, que vem sendo denominada *transparência ativa*. Isso importa em que também os detalhes técnicos e os processos decisórios que levaram à adoção dessas atividades devam ser divulgados ao máximo como garantia de legitimidade”.

É relevante destacar que a previsão na norma de exclusão das bases de dados após a realização das estatísticas oficiais não é suficiente para garantir um controle adequado do tratamento fase a fase. Nesse aspecto, por mais que não se negue a seriedade das instituições públicas imbuídas dessas funções, em um ambiente institucional marcado pela ausência de uma autoridade independente de proteção de dados, os riscos de vazamento e usos ilícitos dos dados não podem ser negligenciados.

Neste ano, por exemplo, a empresa de Previdência Privada do Banco do Brasil causou, a partir de uma falha de segurança, um vazamento de

ADI 6389 MC-REF / DF

dados que atingiu 153 mil clientes. A partir dessa falha de segurança, foi possível ter acesso a todos os dados pessoais de participantes e ainda editar e cadastrar beneficiários, tudo em nome do próprio cadastrado.

Por fim, ainda que superada todas as considerações apresentadas acima, a constitucionalidade da MP não suplantaria o seu batimento à luz de um teste de proporcionalidade.

Desde a concepção do direito à privacidade como manifestação do direito à autodeterminação informacional pela Corte Constitucional alemã, já se reconhece que o princípio da proporcionalidade desempenha relevante papel de aferição da constitucionalidade das interferências à proteção jurídica da autodeterminação informacional. O teste da proporcionalidade, a propósito, foi central na construção realizada pelo *BVerfG* a partir do julgamento da Lei do Censo de 1983.

No caso concreto, seria bastante difícil analisar a Medida Provisória pela ótica da *adequação*, já que a norma, como dito, adota redação essencialmente genérica ao indicar os objetivos do compartilhamento de dados. Não está claro em que medida e sob quais parâmetros os dados objeto do compartilhamento serão utilizados para fins da estatística oficial na época da pandemia.

Já sob o prisma da necessidade, embora, nas informações prestadas, a Advocacia-Geral da União (AGU), sustente que o compartilhamento de dados consistira em *“um dos únicos instrumentos atualmente disponíveis para mapear e delimitar o impacto das políticas de isolamento social sobre a disseminação do Covid-19”*. (eDOC, p. 5), registre-se, como bem observado pela Min. Rosa Weber que o IBGE, em 04.05.2020, já começou a realizar a coleta de informações para o PNAD Covid por telefone em mais de 190 domicílios (<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27552-ibge-comeca-coleta-por-telefone-da-pnad-covid-em-mais-de-190-mil-domicilios>). Esse fato, por si só, demonstra que há alternativas administrativas menos invasivas para o fim almejado, colocando em dúvida a própria necessidade da MP.

Por fim, ainda que fosse possível avançar no juízo da proporcionalidade em sentido estrito, o caráter amostral da “PNAD

Contínua” tornaria em si questionável a autorização dada pela MP 954/2020 para que o IBGE tenha acesso indiscriminado e irrestrito aos dados de milhões de usuários de STFC e SMP no Brasil. O descompasso entre o caráter amostral da pesquisa estatística e a autorização geral de tratamento seria, por si só, suficiente para afastar a proporcionalidade em sentido estrito da medida.

Por fim, cabe ressaltar ainda que a referência ao momento de pandemia global gerada pela disseminação do coronavírus não parece suficiente para alterar essa conclusão. **Muito pelo contrário, o momento vivenciado nesta crise não atenua, mas antes reforça a necessidade de zelarmos por um rígido ambiente institucional de proteção aos dados pessoais.**

Destaca-se que a própria Organização Mundial da Saúde, no seu Regulamento Sanitário Internacional, que foi incorporado ao ordenamento pátrio pelo Decreto 10.212/2020, impõe que não devem existir “*processamentos [de dados] desnecessários e incompatíveis*” com o propósito de “*avaliação e manejo de um risco para a saúde pública*” (art.45, 2, “a”).

Como bem destacado em artigo recente do Professor **Danilo Doneda**, no contexto atual de pandemia, diversas autoridades como a Global Privacy Assembly, que congrega autoridades de proteção de dados de todo o mundo, e o Comitê Europeu de Proteção de Dados (EPDB) têm enfatizado que as normas de proteção de dados não são obstáculo na luta contra o vírus e que a utilização dos dados pessoais e a restrição a direitos justificados pelo combate ao vírus sejam proporcionais e limitadas ao período de emergência. (DONEDA, Danilo. **A proteção de dados em tempos de coronavírus**. Disponível em: Portal Jota).

IV – Dispositivo

Ante todo o exposto, voto pelo referendo da medida cautelar deferida pela Min. Rosa Weber.

Proponho adicionalmente que o presente julgamento seja, desde

ADI 6389 MC-REF / DF

logo, convertido no julgamento de mérito da ADI.

É como voto.