

**PROTEÇÃO DE DADOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
a utilização de dados pessoais pelo setor público em tempos de emergência sanitária**

**DATA PROTECTION AND PUBLIC ADMINISTRATION:
the use of personal data by the public sector in times of health emergency**

Matheus Teixeira Moreira*

RESUMO

Com a popularização da internet e a digitalização do cotidiano, o tema da proteção de dados tem se destacado cada vez mais no debate jurídico. A corrida pela adequação ao *data privacy* e a necessidade de maiores ferramentas para a tutela da privacidade fazem parte de uma realidade que tem sido imposta aos entes e agentes da sociedade, do mercado e, evidentemente, do Estado. Desse modo, a atuação da Administração Pública está condicionada à observância desse direito, em todas as suas instâncias e competências, desde administrativas ou executórias até mesmo as normativas. Nesse sentido, por meio da metodologia qualitativa e revisão bibliográfica, o presente artigo busca analisar o julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para investigar a controvérsia acerca da possibilidade ou necessidade de utilização de dados pessoais por entidade pública com vistas à execução de políticas públicas ao longo do estado pandêmico-emergencial instaurado no Brasil devido à pandemia de Covid-19. Buscar-se-á, ainda, compreender se o entendimento adotado pela Corte Suprema se trata de mais um caso de ativismo judicial ou se, por outro lado, constitui mecanismo de proteção ao Estado Democrático de Direito e está em conformidade com as boas práticas da proteção de dados pessoais.

Palavras-Chave: Proteção de dados. Administração Pública. Covid-19. STF.

ABSTRACT

Due to the popularization of the internet and the digitization of everyday life, the issue of data privacy has been increasingly highlighted in the legal debate. The race to adapt to data privacy and the need for more tools to protect privacy are part of a reality that has been imposed on entities and agents of society, the market and, of course, the State. In this way, the performance of the Public Administration is conditioned to the observance of this right, in all its instances and competences, from administrative to normative. In this sense, through qualitative methodology and literature review, this article seeks to analyze the joint judgment of direct actions of unconstitutionality 6387, 6388, 6389, 6390 and 6393, in the scope of the Federal Supreme Court, to investigate the controversy about the possibility or need for the use of personal data by a public entity with a view to implementing public policies throughout the pandemic-emergency state established in Brazil due to the Covid-19 pandemic. It will also seek to understand if the position adopted by the Supreme Court is another case of judicial activism or if, on the other hand, it constitutes a mechanism to protect the Democratic State of Law and is in accordance with good practices. of the protection of personal data.

Artigo submetido em 27 de julho de 2022 e aprovado em 21 de novembro de 2022.

* Advogado especialista em Direito Público (PUC Minas, 2022) e coordenador jurídico no escritório Justino de Oliveira Advogados. E-mail: moreiratmatheus@gmail.com

Keywords: Data protection. Public Administration. Covid-19. STF.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o julgamento conjunto, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, movidas, respectivamente, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), todas em face da Medida Provisória (MP) nº 954, editada pelo Governo Federal em 17 de abril de 2020.

A referida medida provisória dispunha a respeito do compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de serviços telefônicos fixo e móvel com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com a finalidade de fornecer suporte à produção estatística oficial no decorrer da situação de emergência de saúde pública de importância internacional (ESPIN) decorrente da pandemia de Covid-19.

Frente a isso, os legitimados para proposição de ADI citados anteriormente ingressaram, em paralelo, com ações no STF visando à declaração de inconstitucionalidade da MP; reunidas sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, via distribuição por prevenção, em um primeiro momento – em 24 de abril de 2020 – foi deferida a medida liminar requerida para suspender a eficácia da medida provisória em epígrafe e, em um segundo momento, em 7 de maio de 2020, quando do julgamento de mérito pelo Plenário, foi referendada a medida e definitivamente suspensa a MP, vencido apenas o então Ministro Marco Aurélio Mello, hoje aposentado.

Do ponto de vista material, nosso foco, o presente caso paradigmático envolve a alegação de violação das regras constitucionais referentes à dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa, destacados dos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos X e XII, todos da Constituição Federal de 1988.

No âmbito infraconstitucional, imperioso destacar a suposta violação à Lei 13.709/2018, batizada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), bem como cabíveis breves menções às Leis 13.979/2020 e 14.010/2020, referentes ao enfrentamento à crise pandêmica. Frise-se que, à época do julgamento, a LGPD, embora já publicada, ainda não estava vigente, sendo que seus efeitos começaram a vigorar em agosto de 2021.

Por último, será importante, ainda, salientar a Emenda Constitucional nº 115 de 10 de fevereiro de 2022, criada a partir da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/2019, responsável por incluir expressamente na Magna Carta a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais, fixando competência legislativa privativa da União sobre o tema.

A controvérsia jurídica envolvida no caso diz respeito à possibilidade ou necessidade de utilização de dados pessoais por entidade pública visando ao desenvolvimento de políticas públicas durante o estado pandêmico-emergencial instaurado no Brasil devido à pandemia do coronavírus, com a finalidade de investigar se a posição do Supremo Tribunal é corroborada pelas tendências normativas e doutrinárias relativas à proteção de dados, ou se estamos diante de apenas mais um caso de ativismo judicial por parte da Corte Suprema.

A escolha do tema em comento como objeto deste artigo foi motivada em função da importância e contemporaneidade do tema, que infelizmente ainda é pouco explorado na seara do Direito Público, motivo pelo qual pretende-se analisar uma decisão paradigmática do STF

sobre o tema do direito fundamental à proteção de dados pessoais envolvendo ato da Administração Pública.

2

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS

De início, é imperioso discorrer brevemente a respeito da evolução jurisprudencial referente à temática da proteção de dados como direito fundamental, a fim de compreender a maturação do referido tema junto aos Tribunais, mas especialmente, a partir do recorte temático deste artigo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que, por se tratar de tema relativamente novo na dogmática e jurisprudência brasileiras, não há uma grande quantidade de julgados paradigmáticos a respeito; entretanto, as decisões que serão aqui acostadas já oferecem um significativo pano de fundo para subsidiar a revisão jurisprudencial pretendida.

Em um primeiro momento, mister relembrar o julgamento do Mandado de Segurança 21729/DF, de 5 de outubro de 1995, oportunidade na qual foi defendido pelo então Ministro Carlos Velloso que “o direito à privacidade é inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra no art. 5º, inciso X, além de atender a uma finalidade de ordem pública” (STF, MS 21729/DF). Embora não muito profunda, trata-se de uma das primeiras menções explícitas ao direito à autodeterminação informativa na jurisprudência pátria.

É cabível destacar, também, o Habeas Corpus 91867/PA, julgado em 24 de abril de 2012, um clássico caso concreto de requerimento de nulidade por prova ilícita, referente à violação de registros telefônicos. O caso em tela é importante para ilustrar algumas diferenças conceituais atinentes ao debate da proteção de dados:

Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. (STF, HC 91867/PA)

A diferenciação importa porquanto esboça limites a alegações genéricas de proteção de dados. No caso em comento, pretendia-se uma equiparação dos dados registrais com os dados comunicados, o que, de acordo com a posição do Tribunal, contraria a intenção original do constituinte e inviabilizaria a investigação e devida persecução penal.

Em *decisum* constante no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 766390/DF, de 24 de junho de 2014, o tema sobre a proteção foi retomado a partir de uma discussão conceitual entre informações de natureza pessoal e a divulgação de dados relativos a cargos públicos, à medida que a segunda categoria subordina-se ao regime de, em regra, transparência e acesso à informação – diferenciando-se, portanto, da disciplina legal à qual estão sujeitos os direitos da personalidade, aqui reconhecida a proteção de dados pessoais.

Considera-se paradigmático este julgado ao passo que fixa balizas para evidenciar a necessária distinção entre informação pública, digna de acesso público, e dado pessoal, merecedor de maior proteção.

Ainda, colaciona-se também como relevante a posição assumida pela Corte Suprema no julgamento do Recurso Extraordinário 673.707/MG, de 17 de junho de 2015, no qual se entendeu a favor do cabimento do remédio constitucional *habeas data* movido com o objetivo de acessar informações constantes em banco de dados público. Este é um caso de especial relevância devido à sua aderência ao tema da proteção de dados no setor público-administrativo, e será analisado com mais profundidade a seguir.

Na ocasião, o Pleno do STF reformou acórdão proferido pela Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF-3), segundo o qual o *habeas data* seria via inadequada para a pretensão buscada pelo interessado, qual seja, obter informações relativas a débitos constantes em nome da empresa então recorrente, além de todos os pagamentos efetuados que constem das bases de dados utilizadas mediante o sistema SINCOR.

No mérito do aludido caso, o STF deu provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese:

O *habeas data* é a garantia constitucional adequada para a obtenção dos dados concernentes ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais. (STF, RE 673.707/MG)

A partir do entendimento solidificado, é possível concluir que, ao confirmar o alcance do *habeas data* na obtenção de informações intrínsecas ao indivíduo, no caso contribuinte – informações estas provenientes de sistemas informatizados da Administração Pública – o STF reconheceu o direito fundamental à autodeterminação sobre dados, reflexo direto da normatividade dos direitos constitucionais da personalidade humana. Tal entendimento protetivo é de extrema importância em um cenário globalizado e informatizado:

[N]o plano processual, nós temos o *habeas data* com o propósito, o intento de tutelar aquilo que entendemos ser uma proteção da autonomia privada nesse âmbito da autodeterminação sobre os dados, que ganha cada vez mais importância, na medida em que temos toda essa ampla evolução tecnológica. (STF, RE 673.707/MG)

A posição assumida pela Corte Suprema levou em consideração a cada vez mais significativa relevância da proteção de dados pessoais frente ao cenário contemporâneo de Indústria 4.0, no qual o compartilhamento de dados é excessivamente comum e integra o cotidiano dos indivíduos, havendo constante receio de vazamento, o que impõe a necessidade de criar e desenvolver mecanismos protetivos.

Por derradeiro, chega-se ao julgamento das ADIns 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, objeto central do presente artigo. Julgadas às vésperas da entrada em vigor da LGPD, tais ações trazem os entendimentos gerais mais significativos e orientadores ao tema da proteção e autodeterminação de dados. Nesse ínterim, pretende-se responder se a posição protetiva do STF assumida no caso concreto está em consonância com o estado da arte da proteção de dados no Brasil e no mundo.

Mesmo estando na Corte Constitucional o foco deste trabalho, considera-se importante mencionar brevemente a presença do tema da privacidade de dados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – antes mesmo da vigência da LGPD. Para isso, cita-se inicialmente o Recurso Especial 22337-8/RS, julgado em 13 de fevereiro de 1995, no qual, por influência do direito alemão, foi mencionado superficialmente o direito fundamental à autodeterminação informativa.

Grande parte dos julgados do STJ que utilizam o novel conceito de privacidade são oriundos de demandas consumeristas nas quais corriqueiramente é confirmada a previsão do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual “[o] consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

A jurisprudência do STJ sobre a temática merece ser lembrada e homenageada; porém, como o foco deste artigo é o tema da proteção de dados pessoais especificamente no setor público, e sendo os julgados do STJ majoritariamente relativos à seara do direito privado, a revisão jurisprudencial do Tribunal da Cidadania não será prolongada em demasia.

São essas, portanto, as linhas gerais da revisão jurisprudencial relevante ao tema da proteção de dados no setor público. Como observado, as primeiras menções à temática eram decerto tímidas, tendo o debate evoluído consideravelmente na última década. Ao longo dessa trajetória, foram fixadas balizas importantes para a efetiva delimitação do direito em comento, sendo que seu alcance foi sendo maximizado e tornou-se mais abrangente a partir das novidades impostas pela popularização da internet e pelo avanço da sociedade de informação.

3 DADOS PESSOAIS E SETOR PÚBLICO EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS

De início, cumpre ressaltar que existe ampla literatura nacional e internacional que discorre sobre o tema da privacidade e proteção de dados – mas a partir de um panorama geral, isto é, sem ser especificamente atinente ao setor público. Uma das publicações vanguardistas sobre a temática é o clássico *The Right to Privacy*, de autoria dos então ministros da Suprema Corte norte-americana, Samuel Warren e Louis Brandeis. No seminal artigo reconhece-se que um conjunto de mudanças, inclusive tecnológicas, pode e deve levar ao reconhecimento ou atualização de direitos:

As mudanças políticas, sociais e econômicas implicam no reconhecimento de novos direitos [...] A intensidade e a complexidade da vida, decorrentes do avanço da civilização, tornaram necessário certo afastamento do mundo, e o homem, sob a influência refinadora da cultura, tornou-se mais sensível à publicidade, de modo que a solidão e a privacidade tornaram-se mais essenciais ao indivíduo. (WARREN; BRANDEIS, 1890, pp. 193-220)

Essa compreensão levou os magistrados a entenderem que, ante à mutabilidade científico-tecnológica, que, sem dúvidas, foi responsável pela ampliação do debate em torno do direito à privacidade, tal direito somente pode sofrer intervenção por uma motivação consistente, legítima e que se justifique; isto é, mesmo sendo um direito não-absoluto, a privacidade e a autodeterminação de dados não podem ser injustificadamente invadidas, sequer pelo Estado, cuja atuação deve ser condizente com a efetivação do interesse público – o qual também esbarra em limitações.

Nessa esteira, e ressaltando a vitalidade da proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, a Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – surge para regulamentar, em território brasileiro, o tema do *data privacy*, tendo como objetivo fundamental a resguarda do direito em questão, tanto a partir de atos de particulares quanto de atos administrativos e normativos. Assim sendo, a atividade legiferante está adstrita a critérios como razoabilidade, proporcionalidade, adequação e necessidade, sob pena de ser considerada inconstitucional – discussão esta que foi travada no bojo das ações diretas de inconstitucionalidade 6387 e outras, aqui analisadas.

Assim, é mister fixar a importância assumida pela proteção de dados no ordenamento jurídico pátrio em um contexto de sociedade de informação, consoante os ensinamentos de Laura Ferreira Mendes:

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, 2018, p. 188)

Grande parte da doutrina especializada já vislumbrava a existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais mesmo antes do paradigmático julgado contido nas ADIns 6387 e ss., bem como da promulgação da emenda constitucional 115/2022. Tal hermenêutica já era permitida a partir da interpretação da norma contida no inciso X do art. 5º da Constituição, juntamente com o postulado universal da dignidade da pessoa humana e com a garantia processual do *habeas data*.

Em relação à proteção de dados envolvendo a Administração Pública, a LGPD destinou um capítulo próprio para o tema, sem, contudo, especificar o regime de responsabilização nos casos de descumprimento – o que leva ao entendimento de que deve ser observado o regime geral de responsabilização. (BOSTELMANN; MAFRA, 2021).

É imperioso reconhecer o equilíbrio necessário entre o direito individual à privacidade e o dever da Administração em executar políticas públicas (a exemplo da produção estatística). Nesse sentido, a doutrina ressalta o conceito de autodeterminação informativa, aqui já mencionado, assim definido por Rodrigo Pironti e Mirela Ziliotto:

A necessidade de o titular controlar o fluxo de suas informações, que incessantemente é aumentado em uma realidade de tratamento transfronteiriço de dados, devendo ser assegurada também pelas pessoas jurídicas de direito público mediante o tratamento de dados pessoais de acordo com sua finalidade pública, na persecução do interesse público e com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público. (PIRONTI; ZILLIOTO, 2021)

Procedimentalmente, mister destacar o Decreto federal 10.046/2019, que "dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados", cujas diretrizes coadunam-se com os seguintes objetivos: redução nos custos e esforços para levantamento de informações necessárias à gestão governamental; melhoria na qualidade dos dados e informações; maior transparência aos cidadãos, quanto à forma como seus dados são mantidos e compartilhados pelos órgãos públicos; e qualificação do processo decisório nos diversos níveis das agências governamentais. Por conseguinte, a função mais cara à proteção de dados no setor público, hábil a efetivar os objetivos supra, é justamente a segurança da informação e da comunicação. (TOMAZELE, 2021, pp. 439-448).

A partir desses entendimentos, é possível advogar no sentido de que, no caso das ADIs em análise, a maneira como a medida provisória contestada estabeleceu o compartilhamento de informações violaria o imprescindível equilíbrio entre o direito à privacidade e o dever administrativo em efetivar políticas públicas e, por conseguinte, a própria autodeterminação informativa, ao passo que poderia tê-lo feito de maneira diversa, mais adequada, proporcional e segura.

Por outro lado, há quem defenda que a postura do Poder Público não foi ilegítima, tampouco inconstitucional. Nesse diapasão, um primeiro argumento colocado é a essencialidade da atividade realizada pelo IBGE para a efetivação de políticas públicas no Brasil, bem como a determinação legal que impõe a conservação de sigilo dos dados pessoais coletados nos levantamentos estatísticos – obrigatoriedade prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei 5.534/1968 e no art. 6º da Lei 5.878/1973. Veja-se:

Lei 5.534/1968

Art. 1º Toda pessoa natural ou jurídica de direito público ou de direito privado que esteja sob a jurisdição da lei brasileira é obrigada a prestar as informações solicitadas pela Fundação IBGE para a execução do Plano Nacional de Estatística (Decreto-lei nº 161, de 13 de fevereiro de 1967, art. 2º, § 2º).

Parágrafo único. As informações prestadas terão caráter sigiloso, serão usadas exclusivamente para fins estatísticos, e não poderão ser objeto de certidão, nem, em hipótese alguma, servirão de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial, excetuado, apenas, no que resultar de infração a dispositivos desta lei.

Lei 5.878/1973

Art. 6º As informações necessárias ao Plano Geral de Informações Estatísticas e Geográficas serão prestadas obrigatoriamente pelas pessoas naturais e pelas pessoas jurídicas de direito público e privado e utilizadas exclusivamente para os fins que se destinam, não podendo servir de instrumento para qualquer procedimento fiscal ou legal contra os informantes, salvo para efeito do cumprimento da presente Lei.

Além da imposição legal, é importante frisar que a Fundação IBGE possui mecanismos internos de governança e *compliance* que ressaltam a preocupação destinada pela entidade ao tema, a exemplo do Comitê de Sigilo, Resolução do Conselho Diretor nº 2, de 19 de fevereiro de 2001, e do Comitê de Segurança da Informação e Comunicações, criado pela Resolução do Conselho Diretor do IBGE – R.CD nº 47, de 20 de dezembro de 2019.

Argumenta-se, por consequência, que a metodologia de acesso aos dados para fins estatísticos alterou-se substancialmente com a eclosão da pandemia do coronavírus, o que levou a novas necessidades que deveriam ser consideradas sob pena de prejudicar a própria atuação e missão institucional do IBGE. Esta é a posição assumida pela Advocacia-Geral da União, em Parecer juntado nos autos da ADI 6387:

Alterou-se significativamente, contudo, a metodologia de acesso aos dados das pessoas, que teve de abandonar radicalmente as entrevistas presenciais, tendo em vista as medidas sanitárias de distanciamento. O serviço de estatística oficial também ganhou uma saliência científica mais vistosa, porque o conhecimento da realidade social, profissional e econômica das pessoas tornou-se indispensável para a programação das futuras políticas de superação das consequências da pandemia. (AGU, 2020, p. 10)

Esta segunda corrente interpretativa entende, portanto, que as previsões contidas na medida provisória contestada são adequadas, necessárias e proporcionais aos fins pretendidos, especialmente no que diz respeito à atuação institucional do IBGE no contexto de uma pandemia. Este também foi o entendimento da Procuradoria-Geral da República:

A MP 954/2020 não viola o direito constitucional ao sigilo de comunicação de dados e de comunicações telefônicas. Nos termos do ato normativo, as informações a serem compartilhadas com o IBGE, pelas empresas de telecomunicações prestadoras de serviços de telefonia, não visam ao conhecimento do conteúdo das comunicações e das conversas realizadas por interlocutores durante ligações telefônicas ou transmissões de dados de outra espécie. (PGR, 2020, p. 26)

Ainda nessa linha, considera-se que a proteção constitucional não é destinada aos dados em si, mas à inviolabilidade da comunicação de dados, isto é, à sua comunicação restringida:

Em primeiro lugar, a expressão “dados” manifesta uma certa impropriedade [...] por “dados” não se entende o objeto de comunicação, mas uma modalidade tecnológica de comunicação. Clara, nesse sentido, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (p. 38): “Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são os dados informáticos (v. incs. XIV e LXXII)”. A interpretação faz sentido. O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. (FERRAZ JÚNIOR, 1993)

Por tais razões, a partir da argumentação trazida por essa segunda corrente, seria possível advogar no sentido de que a MP 954/2020 não teria violado o direito constitucional aduzido, primeiro porque não se trata de direito absoluto – já que todos os direitos fundamentais são, em alguma medida, relativos (SARLET,; MITIDIERO, 2018) – e, em segundo lugar, porque a veiculação de informações relativas à identificação pessoal (como nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação e registro geral), não são tutelados pelo art. 5º, X, da Constituição, à medida que são elementos individualizadores que têm uma função essencial junto à coletividade, e, no caso em tela, estão relacionados à efetivação de políticas públicas de interesse nacional, social e coletivo.

4 O JULGAMENTO DA ADI 6387 PELO STF: DEFESA DEMOCRÁTICA OU ATIVISMO JUDICIAL?

Cumprido ressaltar que o objeto de investigação adotado pelo presente artigo envolve noções variadas de Direito Público, especialmente em virtude de elementos constitucionais e de direitos humanos presentes no debate geral e do recorte específico feito em torno de um julgado que envolve a atuação da Administração Pública. E, desde já, este artigo compromete-se a demonstrar por que a posição do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 foi correta.

Sem dúvidas, proteger a privacidade individual equivale a proteger a própria pessoa humana, em sua essência e em seu âmago, porquanto é a partir dessa efetiva proteção que são resguardados dados e informações característicos e próprios do indivíduo. Frise-se que esse aspecto externo da proteção à privacidade está usualmente no centro dos debates, mas não devemos ignorar outra dimensão: a interna.

Relembrando sempre o fato de a sociedade atual estar inserida em um cotidiano praticamente inseparável das novas tecnologias de informação, o direito à privacidade assume uma dimensão muito maior à medida que ele se torna um instrumento indutor de um desenvolvimento da personalidade humana e de uma cidadania verdadeiramente ativa, mais distante de formas de controle social, tanto do Estado quanto de oligopólios privados, que teriam o condão de tolher a individualidade (DONEDA, 2006). Este é o aspecto mais intrínseco do debate, para além da defesa à consolidação do direito subjetivo em si.

A proteção ao direito individual também é motivada como uma necessária barreira a uma atuação estatal hiper intervencionista que objetiva o controle excessivo das informações dos cidadãos, típico de autocracias e regimes pouco transparentes. Como a MP 954/2020, objeto das ADIs em comento, surgiu em meio ao caos do coronavírus, a medida foi vista com certo temor também porque a pandemia inaugurou “uma oportunidade sem precedentes para os governos justificarem a expansão pós-pandêmica de políticas de vigilância e de coleta de dados tanto de cidadãos quanto de não-cidadãos” (LONG, 2020, 104-113).

Nesse diapasão, e tendo como pano de fundo todo o cenário político polarizado no Brasil, é possível considerar que o Supremo vem adotando uma posição institucional de escudo protetivo ao Estado Democrático de Direito, o que caracteriza aquilo que julgou-se

chamar de democracia defensiva. Tal conceito é influenciado pela teoria da democracia militante de Karl Loewenstein e pelo paradoxo da (in)tolerância de Karl Popper, e refere-se à posição de defesa assumida institucionalmente por órgãos, entidades e até mesmo Poderes constituídos em situações de crise ou tensão política provocados por grupos que pretendem afetar a normalidade democrático-constitucional (FERNANDES, 2021).

Um cenário de exceção pode ser identificado quando, por exemplo, dois Poderes atestam movimentos autoritários ou excepcionais de um terceiro Poder, por meio de uma análise legitimada por critérios que seriam típicos de uma normalidade democrática (PONTES, 2020).

Talvez o mais proeminente – e controverso – exemplo da aplicação do conceito de democracia defensiva pelo STF seja o caso referente ao Inquérito das *Fake News*; entretanto, existem outras ilustrações, e a ação direta de inconstitucionalidade 6387 ora analisada é uma delas – o que pode ser percebido pelo próprio voto da Ministra Relatora Rosa Weber:

Situações de crise, como a deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e marcada pelas medidas excepcionais que têm sido adotadas para o seu enfrentamento, tendem a favorecer o enfraquecimento de direitos, especialmente porque as instituições que em outro momento estariam menos permeáveis a tais investidas tornam-se, em momentos tais, menos vigilantes ou aderem às narrativas que visam a justificá-las a partir da crise posta (STF, ADI 6387/DF, p. 18).

Nesse contexto, a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, cuja entrada em vigor deu-se apenas no ano de 2021, surge para disciplinar e regulamentar a proteção de dados pessoais no Brasil. Embora a legislação supra seja altamente relevante e inovadora, convém destacar que o importante debate em torno da privacidade já assumia contornos embrionários há algumas décadas, especialmente a partir da popularização da internet e com a publicação de normas setoriais que já previam algum tipo de proteção a dados pessoais, como a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Especificamente em relação às diferenças entre a LAI e a LGPD, Fernando Tasso aduz:

Enquanto a LAI veio regulamentar e prestigiar a transparência das instituições públicas pela imposição ao gestor público da obrigação de dar ampla e efetiva publicidade dos atos existentes a respeito da própria pessoa jurídica, a LGPD procura impor igual transparência à atividade de tratamento de dados pessoais dos cidadãos realizada pelo Estado. Ambas as leis são inspiradas pelo valor da transparência da atividade pública, pelo qual o indivíduo, pessoa natural, tem a possibilidade de exercer a defesa de seus direitos e garantias fundamentais contra o Estado (liberdade negativa) e exercer o efetivo controle da atividade pública (liberdade positiva), como forma de equalizar a relação entre cidadão e Estado, marcada pela assimetria de poder em desfavor do indivíduo (TASSO, 2019, p. 247).

No mesmo sentido, os especialistas André Castro Carvalho, José Maurício Conti e Rita Ferreira Blum consideram que “enquanto na LAI o tema é delineado de maneira detalhada no sentido de proteger o acesso da informação de ‘dentro para fora’, a LGPD exhibe, principalmente, preocupação de se evitar quebra de sigilo de ‘fora para dentro’” (CARVALHO; CONTI; BLUM, 2020, pp. 117-118).

Frise-se que a LGPD disponibiliza um capítulo exclusivo sobre a proteção de dados no setor público (*Capítulo IV - Do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público*), o que indica uma percepção de que o marco legal pode levar a ações efetivas por parte da Administração Pública na observância fidedigna do *data privacy*. Isso pode ser materializado

por um conjunto de ações que considerem uma boa política de governança pública, especialmente através do instrumento de *compliance* (MAGACHO; TRENTO, 2021, pp. 66-81).

Ainda em relação ao Poder Público, importa asseverar que o inciso III do art. 7º da LGPD permite o tratamento de dados quando a Administração o fizer para o uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas. Nesse sentido, surge a indagação seguinte: sendo certo que o objetivo alegado pela MP 954/2020 era a produção estatística em tempos de Covid-19 – política pública, portanto –, por que a medida foi (acertadamente, s.m.j.) suspensa pelo STF?

Em voto-vogal na sobredita ADI 6387, o Ministro Roberto Barroso conclui seu voto trazendo uma síntese segundo a qual o compartilhamento de dados pessoais com o objetivo de produção estatística, como no caso concreto, apenas é compatível com o direito constitucional à privacidade (i) se a finalidade da pesquisa estiver delimitada em termos precisos, (ii) se o acesso for permitido no mínimo necessário para a realização do objetivo e (iii) se for observada a segurança necessária à prevenção de riscos de acesso sem autorização, vazamentos ou uso indevido.

Logo, é possível concluir, e respondendo à indagação anterior, que muito embora a produção estatística seja importantíssima no direcionamento de políticas públicas, o *modus operandi* previsto na medida provisória abria uma margem demasiado temerária que poderia comprometer a segurança de um sem-número de dados coletados e, por conseguinte, violaria o direito fundamental à privacidade de milhões de cidadãos.

Além do mais, o fato de a MP ter sido editada em tempos excepcionais de explosão pandêmica não legitima o Estado a tomar medidas excepcionais quando outras medidas – mais adequadas, justas e proporcionais – podem ser utilizadas para atingindo os mesmos fins.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, considera-se que o ato do Poder Público em dispor sobre o compartilhamento de dados de milhões de consumidores por empresas de telefonia com o IBGE, em que pese o objetivo aludido de produção estatística, e, ainda, apesar do alegado quanto às necessidades excepcionais impostas pela pandemia de Covid-19, foi editado em desacordo com as boas práticas sobre o tema da proteção de dados, além de ter violado frontalmente o direito fundamental respectivo.

Salvo melhor juízo, não é possível confundir a posição do STF no caso em estudo com ativismo judicial ou judicialização da política, à medida que a Corte honrou sua missão institucional em velar por um direito fundamental ameaçado, fundamentando sua decisão com base no mais avançado estado da arte sobre o tema. Aliás, um dos maiores argumentos nesse sentido foi a promulgação da Emenda Constitucional 115/2022, que incluiu no rol de direitos fundamentais do art. 5º da CRFB/1988 o inciso LXXIX, segundo o qual “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Tal emenda foi integrada à Carta Magna pouco tempo após a posição firmada pelo STF nas ADIs objetos deste artigo, o que ressalta a convergência de posições entre o Legislativo Federal e o órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

A conhecida teoria dos freios e contrapesos (“*checks and balances*”) legitima essa posição, bem como o reconhecimento da atuação protagonista do Supremo na defesa de direitos individuais e coletivos nos anos mais recentes, a partir de uma imersão no cenário de democracia defensiva, que inclui a justa e legítima preocupação de não inaugurar precedentes que poderiam ser arguidos de má-fé no futuro.

Nesse sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal foi correta, pois, enquanto guardião da Constituição, a Excelsa Corte tem a obrigação de velar pelo cumprimento e

respeito aos direitos e garantias fundamentais – aí incluso o direito à proteção de dados pessoais em face de ato da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- BOSTELMANN, Danielle Santi; MAFRA, Marcos Guilherme Rodrigues. A responsabilização da Administração Pública na Lei Geral de Proteção de Dados. In: PIRONTI, Rodrigo (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- BRASIL. Advocacia-Geral Da União. **Parecer juntado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 24 de abril de 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto 10.046, de 9 de outubro de 2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 9 out. 2019.
- BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 18 nov. 2011.
- BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 23 abr. 2014.
- BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 14 ago. 2018.
- BRASIL. Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 6 fev. 2020.
- BRASIL. Lei 14.010, de 10 de junho de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jun. 2020.
- BRASIL. Lei 5.534, de 14 de novembro de 1968. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 14 nov. 1968.
- BRASIL. Lei 5.878, de 11 de maio de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 mai. 1973.
- BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 set. 1990.
- BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer AJCONST/PGR nº 129668/2020**. Brasília: Procuradoria-Geral da República, 2 de maio de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial 223378/RS**. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 13/02/1995, DJe 20/03/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91867/PA**. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 24/04/2012, DJe 20/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 21729/DF**. Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 673.707/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 766390 AgR/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, DJe 15/08/2014.

CARVALHO, André Castro; CONTI, José Maurício; BLUM, Rita Peixoto Ferreira. Aplicação da LGPD ao setor público: aspectos relevantes. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MARTINS, Amanda Cunha e Mello Smith; CAMARGO, Solano de (Orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados: ensaios e controvérsias da Lei 13.709/18**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 117-118.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 133-147, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (1993). Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 88, 439-459. Recuperado de: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>.

LONG, Clarissa. Privacy and Pandemics. In: PISTOR, Katharina. Law in the time of COVID-19. **Columbia Law School Books**. 2020, pp. 104-113.

MAGACHO, Bruna Toledo Piza; TRENTO, Melissa. Impacto da LGPD e compliance no setor público: necessárias adaptações culturais na Administração Pública frente a um cenário de transformação contínua para a manutenção da boa governança. In: PIRONTI, Rodrigo (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018, p. 188.

PIRONTI, Rodrigo; ZILLOTTO, Mirela Miró. O direito à autodeterminação informativa e a questão do consentimento no tratamento de dados pessoais pela Administração Pública. In: PIRONTI, Rodrigo (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TASSO, Fernando Antonio. Comentários ao Capítulo IV da LGPD dedicado ao tema Do Tratamento dos Dados Pessoais pelo Poder Público. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega e OPICE BLUM, Renato (Coords.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TOMAZELE, Sandro. Limites ao compartilhamento de dados sob o prisma da tecnologia da informação. In: PIRONTI, Rodrigo (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. 4(5), 1890, pp. 193–220. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>. Acesso em: 16 fev.2022.