

A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: ANÁLISE DO *VOLKSZÄHLUNSURTEIL* E SEUS REFLEXOS NA ADI 6.387

Building a constitutional right of data protection through case law: analysis of the *volkszählunsurteil* and its reflexes in the adi 6.387

RESUMO

Antes mesmo da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, e sem referência constitucional expressa voltada à temática, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da Medida Provisória 954, que previa o compartilhamento de dados pessoais de consumidores entre as empresas de telecomunicação e o IBGE, na ADI 6.387. Nesse julgamento, o tribunal admitiu a existência de um direito fundamental à proteção de dados. Essa decisão foi influenciada pela *Volkszählunsurteil*, decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 1983 e que reconheceu o direito à autodeterminação informativa. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é, a partir de análise comparativa entre a *Volkszählunsurteil* e a ADI 6.387, estudar a construção jurisprudencial de um direito fundamental relacionado à proteção de dados e os reflexos da decisão alemã sobre a autodeterminação informativa na jurisprudência brasileira. Optou-se pelo método comparativo-funcional e, como técnicas de pesquisa,

Lisiane Feiten Wingert Ody,
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul
<https://orcid.org/0000-0001-5261-5136>.

Anita Spies da Cunha,
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul
<https://orcid.org/0000-0002-2702-6425>

Data de submissão:
01/07/2021
Data de aceite:
19/11/2021

a pesquisa bibliográfica e documental em textos nacionais e estrangeiros. Embora o julgamento da ADI tenha sido por maioria, é possível inferir que a Constituição Federal certamente protege, em alguma medida, os dados pessoais, não havendo, porém, igual consenso em torno de qual o direito fundamental que enseja essa compreensão, tendo em vista que apenas dois ministros reconheceram existir direito fundamental autônomo à proteção de dados.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Proteção de dados. Autodeterminação informativa. Análise de jurisprudência.

Abstract

Even before the General Data Protection Law came into effect, and without a consolidated constitutional guarantee on the subject, the Federal Supreme Court was urged to issue an opinion on the unconstitutionality of the MP 954, which established the sharing of personal consumer data between telecommunication companies and the IBGE. Thus, in the judgment of ADI 6.387, the court had the opportunity to recognize jurisprudentially a constitutional right of data protection. This decision was influenced by *Volkszählungsurteil*, a 1983 decision of the German Federal Constitutional Court that recognized the right to informative self-determination. In this context, the objective of this work is, based on a comparative analysis between *Volkszählungsurteil* and ADI 6.387, to study the jurisprudential construction of a constitutional right related to data protection and the reflexes of the German decision about informative self-determination in Brazilian jurisprudence. The comparative-functional method was chosen and, as research techniques, bibliographic and documentary research with national and foreign texts. It was possible to conclude that, although there was a majority (10x1) on unconstitutionality, there is no equal consensus on the fundamental right that led to this unconstitutionality, considering that only 2 ministers recognized an autonomous fundamental right to data protection.

Keywords: Fundamental rights. Data protection. Informative self-determination. Analysis of jurisprudence.

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), aprovada em 14 de agosto de 2018, entrou em vigor dia 18 de setembro de 2020 e, com ela, o Brasil ingressa no grupo de países que conta com norma geral e abrangente a propósito do tratamento de dados, inspirando-se no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD). Conforme prevê a LGPD, que se aplica tanto para entes públicos quanto privados, são fundamentos da proteção de

Ocorre que a LGPD, apesar de positivar direitos e deveres infraconstitucionais, que são importantes na defesa de indivíduos diante de empresas ou de atos executivos do próprio Estado, não é capaz de proteger esses titulares de dados em caso de inovações legislativas.

dados, entre outros, a privacidade, a autodeterminação informativa e a intimidade. Assim, a lei expressa que a proteção de dados, no Brasil, tem como fundamento esses direitos de personalidade.

Ocorre que a LGPD, apesar de positivar direitos e deveres infraconstitucionais, que são importantes na defesa de indivíduos diante de empresas ou de atos executivos do próprio Estado, não é capaz de proteger esses titulares de dados em caso de inovações legislativas. Nesse contexto, consignou Laura Schertel Mendes que “a base legal para o tratamento de dados pessoais, exigido pela LGPD, somente passa a ser um meio para a limitação de abusos, caso a própria base legal fique sob o escrutínio de um direito fundamental à proteção de dados”.¹ A questão levantada pela autora em 2018 não era mero exercício de futurologia, mas antecipação de um problema relevantíssimo, como se percebeu em abril de 2020, em meio à pandemia de SARS-Cov-2, causado pelo Covid-19, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a manifestar-se quanto à constitucionalidade de Medida Provisória que cuidava do tratamento de dados em massa pelo IBGE.

Trata-se da MP 954, editada em 17 de abril de 2020, que dispôs sobre o compartilhamento de dados – nomes, telefones e endereços de mais de 230 milhões de consumidores – entre as empresas de telecomunicações e o IBGE. Tais dados seriam necessários para que o IBGE pudesse realizar a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua e que se constitui numa pesquisa estatística, antes era realizada presencialmente, por amostragem, em domicílios de todas as regiões do país. Devido à situação pandêmica, a pesquisa não poderia mais ser realizada com visitas domiciliares, razão pela qual o IBGE passaria a realizá-la por telefone.

É importante destacar que, no momento da edição da Medida Provisória (MP) e do ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) que a atacaram, a LGPD nem sequer estava em vigor. Isso não foi óbice – ao contrário, foi um dos fundamentos – para que o STF suspendesse cautelarmente a eficácia da MP, que não foi convertida em lei no prazo pelo Congresso Nacional, perdendo vigência e causando a extinção das ADIs por perda de objeto.

¹ MENDES, 2018, p. 186.

Apesar de não ter havido julgamento definitivo do mérito, o acórdão da medida cautelar é relevante não apenas sob a perspectiva acadêmica, como também prática, pois o STF limitou o poder do Estado de proceder à coleta e ao processamento de dados, aceitando a inconstitucionalidade da providência, que violaria direitos fundamentais diversos.

A decisão do STF se inspirou, em diversas passagens, na *Volkszählungsurteil*, de 1983, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG). A própria situação fática tem certa similaridade com o caso brasileiro, tendo em vista que ambas tratam de coleta de dados pessoais para fins estatísticos. No paradigma, o Parlamento alemão aprovou lei que previa e regulava o recenseamento da população. O BVerfG recebeu mais de 500 reclamações constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*) sobre a Lei do Censo, em que foram opostas críticas à previsão de multa, possíveis falhas na anonimização e a existência de perguntas sobre profissão e orçamento, por exemplo, que violariam a privacidade dos cidadãos. O temor por uma sociedade de constante vigilância, como a retratada no livro 1984 de George Orwell, contribuiu para que o tema tomasse grandes proporções e fosse objeto de protestos e boicotes. Apesar disso, o BVerfG, ao final, declarou constitucional a Lei do Censo, reconhecendo a inconstitucionalidade apenas de alguns trechos que versavam sobre o compartilhamento de dados. O recenseamento foi finalmente realizado em 1987.²

O que tornou a decisão um marco histórico foi o reconhecimento, a partir dela, do direito fundamental à autodeterminação informativa, que dá ao indivíduo o poder de decidir quando e dentro de quais limites seus dados pessoais são divulgados. Desde então, esse direito foi incorporado por diversos sistemas normativos e influenciou a disciplina da proteção de dados em todo o mundo – inclusive no Brasil.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo realizar análise comparativa entre a *Volkszählungsurteil* e a ADI 6.387, a fim de estudar o fenômeno da construção jurisprudencial de direito fundamental, *in casu* relacionado à proteção de dados, e os reflexos da decisão estrangeira na jurisprudência brasileira.

² DEUTSCHER BUNDESTAG, 2012.

Para alcançar o objetivo, optou-se pelo método comparativo-funcional e, como técnicas de pesquisa, a pesquisa bibliográfica e documental em textos nacionais e estrangeiros. O trabalho é dividido em duas partes: na primeira, é exposta a decisão alemã e o direito à autodeterminação informativa, seu objeto, contornos e limites; na segunda parte, é apresentado o caso da MP impugnada e os principais argumentos dos votos dos ministros na ADI 6.387, comparando-os e relacionando-os com a decisão alemã.

1. A VOLK SZÄHLUNGSURTEIL E O NASCIMENTO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA EM 1983

O direito à autodeterminação informativa é construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão que se configura como reflexo do Direito Geral de Personalidade (DGP), que, por sua vez, também é produto da jurisprudência desse tribunal,³ a partir da interpretação conjunta dos artigos 2, (1), e 1, (1), da Lei Fundamental alemã, que preceituam, respectivamente, que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral” e que “a dignidade da pessoa humana é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal”.

O DGP é um direito fundamental de conceito aberto que visa a proteger a personalidade como um todo, inclusive perante novos perigos, de forma que seus contornos vêm sendo delineados pelo BVerfG ao longo dos anos. Essa maleabilidade existe justamente pela leitura conjunta do artigo 2, (1), que trata do livre desenvolvimento da personalidade como direito de liberdade de ação, e do artigo 1,(1), que protege a dignidade humana, atuando como diretriz interpretativa.⁴

Foi com a consolidação do DGP que o BVerfG preparou o caminho para futuros desdobramentos, de forma que, diante do surgimento de novos conflitos, e havendo a necessidade de inovar para

³ O Direito Geral de Personalidade já havia sido reconhecido, no âmbito civil, pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, o *Bundesgerichtshof*. Essas decisões de direito privado inspiraram o reconhecimento do Direito Geral de Personalidade como direito fundamental pelo BVerfG. EPPING, 2019, p. 318.

⁴ LANG, 2020, p. 33.

O caminho para a construção do direito à autodeterminação informativa, portanto, inicia-se na dignidade humana e perpassa a personalidade, até sua consolidação como direito autônomo.

atender à proteção plena da personalidade, “o caráter abstrato do direito da personalidade geral possibilita[ria] aplicar novas formas, a fim de garantir proteção suficiente para o indivíduo”.⁵ Hoffmann-Riem esclarece que esses desdobramentos não são considerados “novos” direitos fundamentais, não são direitos “livremente inventados pelo tribunal”. São, na verdade, concretizações e reflexos de garantia que já existe, amparada nos artigos 1º e 2º da Constituição alemã, e que apenas precisa ser declarada.⁶

O caminho para a construção do direito à autodeterminação informativa, portanto, inicia-se na dignidade humana e perpassa a personalidade, até sua consolidação como direito autônomo. Esse raciocínio está expresso na *Volkszählungsurteil*:

[...] no centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa, que, através da livre autodeterminação, atua como membro de uma sociedade livre.

A proteção à dignidade humana também serve ao direito geral de personalidade [...], que se torna ainda mais significativa diante da evolução moderna e os perigos que ela traz à personalidade humana.

As concretizações feitas pela jurisprudência até o momento não descrevem exaustivamente o conteúdo do direito de personalidade. Ele integra também o direito decorrente dessa ideia de autodeterminação, de o indivíduo poder decidir, quando e dentro de quais limites os seus dados pessoais são divulgados.⁷

De fato, são vários e diversos os bens jurídicos que se encontram sob o manto do direito geral de personalidade, como a proteção das relações familiares, da intimidade, da imagem, da autodeterminação sexual e outros relacionados à privacidade e à autonomia. Para estruturar esses bens jurídicos e estipular critérios de

⁵ MENDES, 2020, p. 10.

⁶ HOFFMANN-RIEM, 2020.

⁷ DEUTSCHLAND, 1983, §144. Tradução nossa. No original: “Im Mittelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung stehen Wert und Würde der Person, die in freier Selbstbestimmung als Glied einer freien Gesellschaft wirkt. Ihrem Schutz dient - neben speziellen Freiheitsverbürgungen - das [...] gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das gerade auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann [...]. Die bisherigen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung umschreiben den Inhalt des Persönlichkeitsrechts nicht abschließend. Es umfasst [...] auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden [...]”

restrição, o BVerfG adotou a teoria das esferas, pela qual a personalidade é dividida nas esferas íntima, privada e social e, quanto mais próximo do núcleo da personalidade (onde está a intimidade), com maior rigor se deve analisar a constitucionalidade de uma interferência.⁸

Ocorre que, tratando-se da coleta e do processamento automatizado de dados, na *Volkszählungsurteil*, para adequadamente proteger a personalidade dos indivíduos foi preciso superar a teoria das esferas e reconhecer um direito que é paralelo a elas: a autodeterminação informativa. Isso porque o foco desse direito não é o dado em si (que pode se situar em qualquer uma das três esferas), mas o processamento desse dado, de forma que não se pode falar em dado insignificante:

Neste contexto, a natureza da informação não pode ser o único critério. O que é decisivo é a sua utilidade e possibilidade de tratamento. Estes dependem, por um lado, da finalidade da coleta e, por outro, das possibilidades de processamento e interrelação inerentes à tecnologia da informação. Como resultado, um dado que é em si mesmo insignificante pode assumir um novo significado; portanto *não existe um dado “insignificante”* sob as condições de processamento automático de dados.⁹

O BVerfG entende que esse direito necessita de proteção especial diante das tecnologias de processamento automático de dados, uma vez que os dados pessoais podem ser armazenados ilimitadamente e acessados a qualquer momento, virtualmente. Ainda, com a integração dos sistemas, informações aparentemente insignificantes podem ser cruzadas a fim de montar uma “imagem virtual da personalidade” (*Persönlichkeitsbild*), sobre a qual a pessoa afetada não teria qualquer controle, sem ter ciência do que se sabe sobre ela.¹⁰ Nesse contexto, a autodeterminação informacional pressupõe que a pessoa tenha a liberdade

⁸ LANG, 2020, p. 37; EPPING, 2019, p. 334.

⁹ DEUTSCHLAND, 1983, §150. Tradução nossa. No original: “Dabei kann nicht allein auf die Art der Angaben abgestellt werden. Entscheidend sind ihre Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit. Diese hängen einerseits von dem Zweck, dem die Erhebung dient, und andererseits von den der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten ab. Dadurch kann ein für sich gesehen belangloses Datum einen neuen Stellenwert bekommen; insoweit gibt es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein “belangloses” Datum mehr.”

¹⁰ DEUTSCHLAND, 1983, §145.

não só de decidir sobre a divulgação de seus dados, mas também de conduzir sua vida de acordo com essas decisões, sob pena de sofrer um efeito de intimidação que implica a percepção de liberdade do indivíduo (“*nachhaltigen Einschüchterungseffekt auf die Freiheitswahrnehmung*”).¹¹

Fica evidente a importância social e democrática desse direito, uma vez que tutela a atuação da pessoa como membro de uma sociedade. Não só está intimamente relacionado com a “representação pública da pessoa” (*Darstellung der Person in der Öffentlichkeit*), um dos elementos da personalidade tutelados pelo DGP,¹² como também protege o desenvolvimento da personalidade em si, pois a autodeterminação informacional se mostra essencial para que a pessoa possa agir livre de pressões:

Quem teme que desvios de comportamento possam ser registrados o tempo todo e que essas informações são armazenadas, utilizadas ou divulgadas a terceiros, vai tentar evitar demonstrar este comportamento. [...] Isso não somente restringe as possibilidades de desenvolvimento pessoal do indivíduo, como também prejudica o bem comum, pois a autodeterminação é um requisito elementar para o funcionamento de uma sociedade democrática livre fundada na liberdade de agir e participar dos seus membros.¹³

Assim, entendeu o BVerfG que o controle sobre seus dados e suas informações é um requisito para que a pessoa possa viver uma existência livre e autodeterminada.¹⁴ Esse controle, contudo, não é absoluto e não permite o isolamento da pessoa: não se trata de proteção contra a comunicação, mas de proteção na comunicação,¹⁵ uma vez que o desenvolvimento do indivíduo e da sua personalidade ocorre

¹¹ EPPING, 2019, p. 323.

¹² EPPING, 2019, p. 322-323.

¹³ DEUTSCHLAND, 1983, §143. Tradução nossa. No original: “*Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.*”

¹⁴ ROUVROY; POULLET, 2009, p. 51.

¹⁵ GUSY, 2000, p. 59.

em sociedade, cuja base é a comunicação. O controle também não se limita ao consentimento: como ressalta Albers,¹⁶ o núcleo da autodeterminação informativa não é o consentimento em si, mas a necessidade de uma base legal constitucional para o processamento de dados. **É possível, diante disso, a restrição do direito à autodeterminação informativa quando for necessário para o bem comum:**

Esse direito à “autodeterminação sobre a informação” não é garantido ilimitadamente. O indivíduo não tem um direito no sentido de um domínio absoluto, ilimitado, sobre “seus” dados; ele é muito mais uma personalidade em desenvolvimento, dependente da comunicação dentro da comunidade social. A informação, mesmo quando ela é relativa à pessoa, representa um recorte da realidade social que não pode ser associado exclusivamente ao indivíduo atingido. [...] Por isso, em princípio, o indivíduo deve aceitar limitações a seu direito à autodeterminação informativa em favor do interesse geral predominante.¹⁷

As restrições e limitações ao direito à autodeterminação informativa precisam (1) ter fundamento legal – que deve ser claro, preciso, vinculado a uma finalidade expressa e com medidas para proteção da intimidade – e (2) observar estritamente o princípio da proporcionalidade.¹⁸ Como mencionado, nessa análise, mais relevante do que analisar o tipo de dado ou qual em esfera da personalidade ele se encaixa, é verificar os possíveis usos desses dados e das informações geradas após seu processamento.

Todo processamento de dados atinge em alguma medida o direito à autodeterminação informativa, especialmente quando compulsório, como é o caso da Lei do Censo, que previa a obrigatoriedade de participação. Entretanto, o BVerfG entendeu que as limita-

¹⁶ ALBERS, 2014, p. 219.

¹⁷ DEUTSCHLAND, 1983, §148. Tradução nossa. No original: “Dieses Recht auf ‘informationelle Selbstbestimmung’ ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über ‘seine’ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. [...] Grundsätzlich muß daher der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen.”.

¹⁸ FRANZIUS, 2015, p. 260; DEUTSCHLAND, 1983, §149.

ções impostas pela Lei do Censo ao direito à autodeterminação informativa eram constitucionais, porque respeitavam os requisitos de legalidade e proporcionalidade acima mencionados.¹⁹ O Tribunal declarou inconstitucional apenas a possibilidade de compartilhamento com órgãos públicos de dados não dissociados de um indivíduo (anonimizados).

Tendo em vista que o caso em análise tratava de uma coleta de dados compulsória e realizada pelo Estado, não houve espaço na decisão para que se discutisse os deveres de proteção e a eficácia horizontal do direito à autodeterminação informativa. Assim, tradicionalmente, esse direito é visto na sua dimensão subjetiva, como um *Abwehrrecht* (direito de defesa, perante o Estado). Entretanto, julgados mais recentes do BVerfG vêm identificando como se dá a dimensão objetiva do direito e sua eficácia entre particulares, especialmente entre consumidores e grandes empresas de tecnologia.

A dimensão objetiva do direito impõe ao Estado um dever de proteção (*Schutzpflicht*). Nesse aspecto, é obrigação do Estado criar condições para que as pessoas consigam efetivamente exercer o direito à autodeterminação informativa, o que foi reconhecido em 2006 pelo BVerfG em decisão que versava sobre a possibilidade de um contrato de seguros prever uma dispensa de confidencialidade como condição para a contratação:

O direito geral de personalidade garante que no sistema jurídico, se necessário, sejam criadas e mantidas condições para que o indivíduo possa participar dos processos de comunicação de forma autodeterminada e assim desenvolver sua personalidade. A *autoproteção informativa deve ser realmente possível e razoável para o indivíduo*. Se este não for o caso, há responsabilidade estatal de garantir as condições de participação autodeterminada na comunicação. Nesse caso, não pode ser negada proteção estatal ao interessado com base apenas em uma aparente voluntariedade da exposição de cer-

¹⁹ “Se as exigências supra discutidas forem levadas em consideração de forma eficaz, segundo o estágio atual do reconhecimento científico e da experiência empírica, o levantamento de dados para fins exclusivamente estatísticos não será problemática do ponto de vista constitucional.”. DEUTSCHLAND, 1983, §163. Tradução nossa. No original: “Wird den erörterten Anforderungen in wirksamer Weise Rechnung getragen, ist die Erhebung von Daten zu ausschließlich statistischen Zwecken nach dem derzeitigen Erkenntnis- und Erfahrungsstand verfassungsrechtlich unbedenklich.”.

tas informações. *O dever de proteção* que decorre do direito geral de personalidade *exige que as autoridades estatais* competentes *forneçam os requisitos legais* para uma *autoproteção informativa eficaz*.”²⁰

Já a eficácia horizontal, entre particulares, do direito fundamental à autodeterminação informativa, foi reconhecida pelo BVerfG na decisão sobre o direito ao esquecimento, de novembro de 2019. Nessa decisão, o tribunal consignou que esse direito foi originalmente desenvolvido como defesa perante o Estado, mas que “não há razão para não alargar a proteção do direito fundamental, conforme as regras gerais, às relações entre particulares e aplicá-la indiretamente na resolução de litígios civis”.²¹

Essa aplicação entre particulares, ainda que indireta, é irradiação da Constituição no direito civil, o que não significa que o direito seja menos protetivo ou menos exigente entre particulares, se comparado com a sua aplicação tradicional perante o Estado. Se as empresas têm uma posição de domínio semelhante à do Estado ou assumem o controle da comunicação, “a vinculação aos direitos fundamentais das empresas privadas pode, de fato, aproximar-se ou mesmo igualar-se à vinculação aos direitos fundamentais do Estado”.²² O tribunal reconheceu que, na atualidade, em muitos casos, o acesso a serviços essenciais ou a participação na comunidade fica condicionado ao acesso aos dados pessoais: “Se não quiserem ser excluídos desses serviços

²⁰ DEUTSCHLAND, 2006, §33. Tradução nossa. No original: “*Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet, dass in der Rechtsordnung gegebenenfalls die Bedingungen geschaffen und erhalten werden, unter denen der Einzelne selbstbestimmt an Kommunikationsprozessen teilnehmen und so seine Persönlichkeit entfalten kann. Dazu muss dem Einzelnen ein informationeller Selbstschutz auch tatsächlich möglich und zumutbar sein. Ist das nicht der Fall, besteht eine staatliche Verantwortung, die Voraussetzungen selbstbestimmter Kommunikationsteilhabe zu gewährleisten. In einem solchen Fall kann dem Betroffenen staatlicher Schutz nicht unter Berufung auf eine nur scheinbare Freiwilligkeit der Preisgabe bestimmter Informationen versagt werden. Die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Schutzpflicht gebietet den zuständigen staatlichen Stellen vielmehr, die rechtlichen Voraussetzungen eines wirkungsvollen informationellen Selbstschutzes bereitzustellen.*”

²¹ DEUTSCHLAND, 2019, §85. Tradução nossa. No original: “*Es gibt jedoch keinen Grund, den Grundrechtsschutz nach allgemeinen Regeln nicht auch auf das Verhältnis zwischen Privaten zu erstrecken und ihn im Wege der mittelbaren Drittwirkung auch in zivilrechtlichen Streitigkeiten zur Geltung zu bringen.*”

²² DEUTSCHLAND, 2019, §88. Tradução nossa. No original: “*Je nach Umständen, insbesondere wenn private Unternehmen in eine staatsähnlich dominante Position rücken oder etwa die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen, kann die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis vielmehr nahe- oder auch gleichkommen.*”

básicos, os indivíduos dificilmente conseguem evitar a divulgação de grandes quantidades de dados pessoais às empresas”.²³

A decisão do direito ao esquecimento é relevante, ainda, por frisar que 1) o direito à autodeterminação informativa é um desdobramento autônomo do DGP, com conteúdo e regras de aplicação diversos, e essas diferenças se mantêm inclusive na sua aplicação entre particulares; e 2) a proteção do direito à autodeterminação informativa também é aberta para desenvolver-se (*entwicklungsoffen*), podendo abranger novos perigos à personalidade, como, por exemplo, a criação de perfis automatizados.²⁴

Na mesma medida em que o direito à autodeterminação informativa evolui no âmbito jurisprudencial, ele também é alvo de críticas pela doutrina, que questiona como, na era Big Data, ainda é possível propor que um indivíduo tenha efetivo controle dos seus dados, apontando, ainda, que o foco apenas em direitos individuais não é adequado para tratar a questão da proteção de dados, pois ela exige medidas coletivas, governamentais e de autorregulação.²⁵ Essa problematização do direito à autodeterminação informativa demonstra a importância de se reconhecer a dimensão objetiva do direito fundamental e o dever de proteção que dele resulta.

É inegável que o direito à autodeterminação informativa ocupa posição central na temática da proteção de dados na Alemanha e, mesmo que implicitamente, na Europa como um todo, onde vigora a ideia de que as pessoas devem poder controlar a coleta e o processamento de seus dados e poder defender-se de usos prejudiciais deles. Esse direito também influenciou o desenvolvimento da proteção de dados em outros países, como no Brasil, em que a principal manifestação dessa influência é o julgamento da ADI 6.387, que será analisado no próximo capítulo.

²³ DEUTSCHLAND, 2019, §85. Tradução nossa. No original: “Die einzelne Person kommt kaum umhin, in großem Umfang personenbezogene Daten gegenüber Unternehmen preiszugeben, wenn sie nicht von diesen grundlegenden Dienstleistungen ausgeschlossen sein will.”

²⁴ DEUTSCHLAND, 2019, §90.

²⁵ Nesse sentido, exemplificadamente, ver “The Case Against Idealising Control”, de Woodrow Hartzog, “Realizing the Complexity of Data Protection”, de Marion Albers e Ausblick, e “Die Zukunft der informationellen Selbstbestimmung”, de Tobias Matzner e Philipp Richter.

Diferentemente da Alemanha, a cultura jurídica de proteção de dados no Brasil ainda é muito recente. De fato, já existia alguma “proteção de dados” antes da LGPD, amparada nas previsões do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da Internet, mas foi apenas com a entrada em vigor da LGPD que o Brasil passou a ter um modelo *ex ante* e abrangente de proteção de dados.

2. O RECONHECIMENTO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS NA ADI 6387

Diferentemente da Alemanha, a cultura jurídica de proteção de dados no Brasil ainda é muito recente. De fato, já existia alguma “proteção de dados” antes da LGPD, amparada nas previsões do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da Internet, mas foi apenas com a entrada em vigor da LGPD que o Brasil passou a ter um modelo *ex ante* e abrangente de proteção de dados. No âmbito constitucional, a proteção aos dados é esparsa, necessitando de interpretação conjunta de outros direitos fundamentais, como a privacidade (art. 5º, X), o sigilo das comunicações²⁶ (art. 5º, XII), a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e a previsão do Habeas Data (art. 5º, LXXII).

Nesse contexto é que surge a ADI 6.387, em que postulada a declaração de inconstitucionalidade da MP 954/20, que previa o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o IBGE. A exposição de motivos dessa norma justificava a sua necessidade para que fosse viável a adaptação metodológica (substituição da coleta presencial pela coleta por telefone), sendo que o IBGE necessitaria, para tanto, “ter acesso a informações sobre o número de telefone e respectivo endereço residencial dos consumidores de serviços de telecomunicações, de pessoas naturais ou jurídicas”. Já a relevância da MP consistiria no fato de a pesquisa incluir quesitos relacionados ao monitoramento da pandemia, de forma a orientar políticas públicas e processos decisórios. Por fim, a urgência seria:

- 1) a necessidade da produção tempestiva de dados para o monitoramento da pandemia de COVID-19;
- 2) a necessidade de garantir a continuidade da PNAD Contínua, com a natural preservação de suas séries históricas básicas, úteis à gestão e avaliação de políticas públicas em âmbito nacional;
- 3) a tempestividade necessária para a obtenção dos dados requeridos junto às empresas de telecomunicações, supondo-se que uma Medida Provisória terá eficácia mais significativa se comparada a quaisquer outras normas ou instrumentos de solicitação dos dados.²⁷

²⁶ Entretanto, a jurisprudência do STF não era muito favorável à aplicação desse artigo para a proteção de dados, tendo a corte decidido, em 2006, que a Constituição protege apenas a comunicação dos dados no art. 5º, XII, e não os dados em si mesmos (RE 418416)

²⁷ BRASIL, 2020b.

Diante disso, essa Medida Provisória previa, no seu artigo segundo, que “[a]s 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” (grifo nosso).²⁸ Ocorre que, embora a PNAD Contínua visite trimestralmente apenas pouco mais de 211 mil domicílios no país²⁹, a medida atingiria um número muito maior de consumidores, já que no Brasil, há cerca de 230 milhões de números de celular ativos,³⁰ havendo em 93,2% dos domicílios pelo menos um telefone celular.³¹

Além da desproporção entre a quantidade de dados compartilhados e a quantidade de dados que seriam efetivamente utilizados para a pesquisa contínua, é importante destacar que, mesmo com a suspensão da eficácia da MP, o IBGE conseguiu continuar a PNAD, utilizando números de telefone que haviam sido cadastrados de pesquisas anteriores – o que torna questionável a própria necessidade da MP.³²

A MP também peca pela falta de clareza, uma vez que, no seu texto, não há menção à relação das pesquisas domiciliares com o monitoramento da pandemia, o que aparece apenas na Exposição de Motivos. Além disso, tampouco esclarece, em qualquer momento, como os dados serão utilizados, limitando-se a prever que o objetivo é “realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares”. Nem sequer fica claro se o gerenciamento da pandemia é uma finalidade do tratamento desses dados ou se a menção a ela é apenas um argumento vazio para a flexibilização de garantias, tendo em vista que a pandemia aparece apenas na exposição de motivos, e não no texto da norma.

A redação da MP é, ainda, precária quanto ao sigilo, anonimização e segurança dos dados a serem transmitidos, pois a norma limita-se a prever que os dados terão caráter sigiloso (art. 3º, I) e que será divulgado, posteriormente, relatório de impacto

²⁸ BRASIL, 2020a.

²⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), 2019, p. 12.

³⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020.

³¹ IBGE, 2020a.

³² IBGE, 2020b.

(art. 3º, §2º). Nem mesmo a instrução normativa³³, que “estabelece procedimentos para disponibilização de dados de empresas de telecomunicações prestadoras de serviço telefônico fixo ou móvel ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”, traz medidas de segurança.

A insegurança e a falta de clareza quanto à finalidade e à necessidade do uso de dados de milhões de consumidores motivaram 344 emendas legislativas e fundamentaram o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade.³⁴ Essas ADIs representaram uma oportunidade para que o STF fortalecesse a base constitucional que ampara a LGPD e a proteção de dados como um todo no Brasil. Para a análise, o presente estudo considerará a ADI 6.387, proposta pelo Conselho Federal da OAB, que sustentou que a MP ora estudada padece de inconstitucionalidade formal,³⁵ por não observar os requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias, e de inconstitucionalidade material:

[...] por violação direta aos artigos 1º, inciso III e 5º, incisos X e XII da Constituição Federal, os quais asseguram, respectivamente a dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; o sigilo dos dados e o direito à autodeterminação informativa, bem como por violação ao princípio da proporcionalidade.³⁶

Ao receber a ação, a relatora Min. Rosa Weber suspendeu a eficácia da MP em decisão monocrática, a qual foi posteriormente referendada pelo Plenário por 10 votos. O voto contrário foi do Min. Marco Aurélio, que votou pela manutenção da MP por entender que o compartilhamento de números de telefone não viola direitos fundamentais. Os votos dos demais ministros podem ser organizados da seguinte forma: 4 ministros, incluindo a relatora, reconheceram a violação a direitos expressos na Constituição, utilizando-se de interpretação extensiva; 2 ministros apenas acompanham a relatora

³³ BRASIL, 2020c.

³⁴ As ADIs foram propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) – 6.387, pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) – 6.389, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) – 6.390, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – 6.388, e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) – 6.393.

³⁵ Tendo em vista que este texto se propõe a discutir a existência e os contornos de um direito fundamental à proteção de dados, a questão atinente à inconstitucionalidade formal não será aprofundada.

³⁶ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2020.

(Min. Celso de Mello e Min. Dias Toffoli), sem acrescentar fundamentos; 2 ministros entendem que a Constituição protege, entre os direitos de personalidade, a autodeterminação informativa; e 2 ministros reconhecem direito autônomo à proteção de dados. Além disso, no geral, os votos demonstram a preocupação dos ministros com o avanço da tecnologia e os perigos que ela representa para a personalidade.

As Min. Rosa Weber e Carmen Lúcia e os Min. Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso reconheceram a inconstitucionalidade da medida por violação de direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição. Para a relatora, os contornos da proteção à privacidade já abrangem a proteção de dados, tendo em vista que a privacidade tem conteúdo mutável, cuja natureza e extensão pode ser redefinida de acordo com a evolução social e tecnológica. A CF prevê direitos de personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem), e instrumentaliza esses direitos com o art. 5º, XII, ao prever a inviolabilidade do sigilo “da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados [...]”. Assim, para a relatora, cujo voto foi acompanhado pela maioria,

Tais informações [nomes, números de telefone e endereços], relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII).³⁷

Para o ministro Alexandre de Moraes, o cerne da questão também é a privacidade, cuja defesa foi consagrada no art. 5º pelo sigilo de dados: “Parece-me, então, sem nenhuma dúvida, que o compartilhamento dessas informações sem prévia autorização de seu titular está situado na discussão sobre a abrangência e amplitude do sigilo de dados constitucionalmente protegidos.”.³⁸ Importa destacar, aqui, que os dados objeto da MP não são verdadeiramente dados sigilosos, apenas dados pessoais, de forma que não se pode dizer que há adequação direta entre o art. 5º, XII e a questão levantada na ADI, sendo necessária interpretação extensiva do artigo.

³⁷ BRASIL, 2020d, p. 21.

³⁸ BRASIL, 2020d, p. 36.

Ainda, o enquadramento feito pelos ministros parece superar a tese que até então prevalecia no STF, de que a proteção conferida pelo art. 5º, XII é da comunicação dos dados, e não dos dados em si.

Os Min. Barroso e Carmen Lúcia fundamentaram a inconstitucionalidade da MP no direito à privacidade que, para o primeiro, “é o direito que toda pessoa tem de ter uma esfera da sua vida que não seja acessível, quer ao Estado, quer a outras pessoas, salvo, eventualmente, por vontade própria.”.³⁹ No mesmo sentido, a ministra entendeu que “Essa determinação [da MP] não se mostra compatível com os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, preconizados em diversas normas constitucionais” (art. 5º, X, XI, XII).”.⁴⁰

Avançando um pouco, os votos do Min. Ricardo Lewandowski e do Min. Edson Fachin se relacionam porque ambos mencionam a autodeterminação informativa, embora não tenham aprofundado a discussão. Os ministros apenas declaram o direito como sendo um direito fundamental juntamente com outros direitos de personalidade, como se vê no voto do Min. Lewandowski:

Neste aspecto, a disciplina da proteção de dados pessoais trazida pela norma questionada, ao menos aparentemente, vai de encontro ao direito de privacidade, à *autodeterminação informativa*, à inviolabilidade da intimidade dos consumidores, ferindo, por consequência, os princípios da ordem econômica, da defesa do consumidor, do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade, bem como o exercício da cidadania quanto às pessoas naturais.⁴¹

No mesmo sentido é o voto do Min. Fachin, para quem “nem a excepcionalidade da crise vivida [a pandemia], nem a valorosa tarefa de produzir estudos estatísticos justifica a violação dos direitos fundamentais dos usuários dos serviços de telefonia à intimidade, ao sigilo e à autonomia informativa”.⁴²

Esses votos vão ao encontro da doutrina especializada brasileira, que já defende há algum tempo que o direito à autodeterminação informativa existe no Brasil como decorrência dos

³⁹ BRASIL, 2020d, p. 46.

⁴⁰ BRASIL, 2020d, p. 146.

⁴¹ BRASIL, 2020d, p. 89.

⁴² BRASIL, 2020d, p. 44.

direitos de personalidade e do Habeas Data, ainda que não tenha sido declarado.⁴³

Por fim, é nos votos dos Min. Luiz Fux e Min. Gilmar Mendes que há a verdadeira construção jurisprudencial de um direito autônomo à proteção de dados.⁴⁴ Para o Min. Mendes, a “afirmação de um novo direito fundamental não resulta de um criacionismo jurisprudencial”,⁴⁵ pois, há mais de duas décadas, desenvolve-se no país a evolução do conceito de privacidade. Ainda que não tenha havido alteração no texto da Constituição, os contornos do direito fundamental foram alterados não só pela evolução da sociedade, mas também e principalmente pela edição de leis que garantem, cada uma a seu modo, a proteção de dados pessoais, especialmente a LGPD. É na força normativa da Constituição que o ministro encontra fundamento para a reconceitualização dos direitos:

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.⁴⁶

Para o Min. Gilmar Mendes, a força normativa da Constituição deve ser caminho, e não entrave, para a proteção jurídica da intimidade como garantia básica da ordem democrática. Ele entende, ainda, ser necessária a afirmação de um direito autônomo à proteção de dados, inserindo-o no rol de direitos fundamentais, pois a evolução do direito ao sigilo não é suficiente, tendo em vista que o processamento e a utilização da informação, ainda que não sigilosa, pode afetar o sistema de garantias fundamentais como um todo.⁴⁷ Assim, segundo o Min. Gilmar Mendes, o embasamento para o reconhecimento de um direito autônomo à proteção de dados resulta de “uma compreensão integrada do texto constitucional”, fundada:

⁴³ Nesse sentido, cf. “Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda”, de Laura Schertel Ferreira Mendes (2018), e “O direito fundamental à autodeterminação informativa”, de Ana Maria Neves de Paiva Navarro (2012).

⁴⁴ Questiona-se, contudo, a legitimidade de um direito fundamental construído jurisprudencialmente, em apenas dois votos, em um referendo à medida cautelar, de uma ação de inconstitucionalidade que não terá julgamento de mérito.

⁴⁵ BRASIL, 2020d, p. 111.

⁴⁶ BRASIL, 2020d, p. 98.

⁴⁷ BRASIL, 2020d, p. 101-103.

(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.⁴⁸

O Min. Luiz Fux, similarmente, entende que “a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos.”.⁴⁹ Ele também extrai esses direitos de uma “interpretação integrada” da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do Habeas Data (art. 5º, LXXII).

Os votos não diferenciam a proteção de dados e a autodeterminação informativa, parecendo concordar com Laura Schertel Mendes, para quem se trata de uma questão de nomenclatura.⁵⁰

Ainda que se tratasse de coleta de dados feita por órgão público, que sofre eficácia direta dos direitos fundamentais, o voto do Min. Gilmar Mendes traz importantes considerações sobre a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção de dados, acompanhando a evolução do direito à autodeterminação informacional na jurisprudência alemã após o *Volkszählungsurteil*:

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.⁵¹

⁴⁸ BRASIL, 2020d, p. 109.

⁴⁹ BRASIL, 2020d, p. 65.

⁵⁰ MENDES, 2018, p. 198-199.

⁵¹ BRASIL, 2020d, p. 115.

Assim como a privacidade, os direitos da autodeterminação informativa e da proteção de dados não são absolutos e podem ser limitados por ações do Estado ou de outros particulares. De forma análoga à decisão alemã do Censo, de 1983, o STF adotou como critérios para constitucionalidade dessa restrição ao direito fundamental: a existência de um fundamento legal claro, o teste de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e a existência de salvaguardas que protejam contra utilizações indevidas.

Dessa forma, uma vez constatado que a MP atinge direitos fundamentais dos indivíduos afetados (seja o direito de privacidade em sentido amplo, o direito à autodeterminação informativa ou o direito autônomo à proteção de dados), cabe analisar se ela atenderia aos requisitos acima mencionados. Quanto ao requisito da existência de um fundamento legal claro, decidiu o STF que não haveria clareza suficiente, pois não é expressa na norma a finalidade do tratamento de dados.⁵² Conforme a decisão da Ministra Relatora, a MP “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”.⁵³

A falta de clareza, por si só, gera a inconstitucionalidade da MP. Mas, além disso, ela impede a realização do teste de finalidade, pois não se pode verificar a adequação sem saber a finalidade. Da mesma forma, o texto da MP não é suficiente para uma verificação de necessidade, sendo preciso recorrer a outros elementos, como a exposição de motivos e materiais do IBGE para verificar que a medida não se limita ao mínimo necessário. Seja porque o número de dados compartilhados é muito maior do que os dados que serão efetivamente utilizados, seja porque o IBGE conseguiu iniciar a pesquisa mesmo sem a obtenção dos dados que seriam compartilhados, chega-se à conclusão de que a medida não respeita o critério de necessidade. Por fim, conforme o voto do Min.

⁵² Quanto a isso, destaca-se que, no caso do Censo, decidiu o Tribunal Constitucional Federal que, tratando-se de dados para fins estatísticos, “no levantamento de dados para propósitos estatísticos não se pode exigir uma vinculação estrita e concreta de propósito dos dados”. Entretanto, enquanto na Alemanha os dados em questão eram os próprios dados coletados para fins estatísticos, no caso brasileiro os dados compartilhados não são os obtidos com a pesquisa para fins estatísticos, mas apenas dados que serão utilizados para a própria realização da pesquisa (nome, telefone e endereço de quem vai compor a amostra).

⁵³ BRASIL, 2020d, p. 22.

Gilmar Mendes, a MP “é altamente deficitária na fixação de salvaguardas mínimas para a garantia da privacidade dos usuários de serviços de telefonia no Brasil.”⁵⁴

Diante disso, em que pese a pluralidade de fundamentos da inconstitucionalidade, com alguns votos amparando-a no direito à privacidade, outros na autodeterminação informativa como direito de personalidade, e outros no direito autônomo à proteção de dados, a conclusão do julgamento foi, por maioria (10 votos a 1, com a divergência do Min. Marco Aurélio), por suspender a eficácia da MP. Posteriormente, as ADIs foram extintas sem julgamento de mérito, diante do término do prazo da MP sem conversão em lei.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo realizar análise comparativa entre a *Volkszählungsurteil* e a ADI 6.387, a fim de estudar a construção jurisprudencial de direito fundamental relacionado à proteção de dados e os reflexos da decisão alemã sobre a autodeterminação informativa na jurisprudência brasileira. A comparação foi feita através da análise individualizada dos julgados alemão e brasileiro, sendo possível tecer algumas considerações sobre a influência que a decisão alemã exerceu sobre a brasileira, bem como sobre as diferenças e similaridades da construção do direito fundamental.

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que a decisão alemã é mencionada diversas vezes no acórdão, tendo sido expressamente co-tejada pelos Min. Gilmar Mendes, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Também o direito à autodeterminação informativa foi mencionado pelo Min. Edson Fachin, o que evidencia que a *Volkszählungsurteil* influenciou a jurisprudência brasileira. Isso fica ainda mais claro quando analisados os critérios expostos pelo STF como de observância obrigatória para que a limitação ao direito fundamental (privacidade ou proteção de dados) seja lícita, tendo em vista que são muito similares àqueles adotados na *Volkszählungsurteil*, quais sejam, fundamento legal claro, com finalidade expressa e medidas de segurança previstas, e proporcionalidade.

⁵⁴ BRASIL, 2020d, p. 116.

A análise comparativa também permitiu verificar a similaridade no contexto fático que ensejou as decisões, tendo em vista que ambas tratam de coleta de dados, por órgãos públicos, para fins de pesquisa estatística, embora, na Alemanha, os dados coletados fossem o próprio objeto de pesquisa, enquanto, no Brasil, se pretendesse que esses dados fossem utilizados para viabilizar a realização da pesquisa. Ademais, embora as decisões estejam separadas por quase 40 anos, as preocupações com a tecnologia e os perigos do processamento em massa de dados revelam-se em ambas as decisões.

Por outro lado, uma diferença a ser apontada entre as duas decisões analisadas é estrutural: enquanto na Alemanha a decisão analisada é um texto único, que representa a decisão tomada por todos os ministros, no Brasil, o acórdão, de 161 páginas, é composto pelos votos separados dos 11 ministros – sendo que, além do voto da relatora e do único voto contrário, dos 9 ministros que acompanharam o voto, 7 acrescentaram razões próprias. Outrossim, embora tenha havido consenso quanto à inconstitucionalidade, não há igual consenso em torno de qual o direito fundamental que a ensejou.

Assim, não se nega que houve, na ADI analisada, efetivo avanço da jurisprudência brasileira em favor da proteção constitucional dos dados. Entretanto, ainda é precário afirmar que há, no Brasil, um direito autônomo à proteção de dados, tendo em vista que esse posicionamento foi expresso por apenas 2 dos 11 ministros do STF.⁵⁵ De fato, o reconhecimento jurisprudencial de um direito fundamental não expresso na Constituição é possível, estando essa possibilidade inclusive prevista no art. 5º, §2º da CF, mas o caminho a ser trilhado para seu reconhecimento não é simples. É muito menos controversa a abordagem adotada pela Relatora e pelos ministros que a acompanharam, de interpretar extensivamente direitos já previstos na Constituição, como a inviolabilidade da vida privada e o sigilo de dados.

⁵⁵ Após a submissão deste artigo à revista, foi aprovada e aguarda promulgação a Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019, que acresce o seguinte inciso ao art. 5º da Constituição Federal: “LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Assim, quando tal emenda for promulgada, estará positivado no Brasil o direito fundamental à proteção dos dados pessoais.

A MP 954/20 demonstrou a necessidade urgente de constitucionalização da proteção de dados, tendo em vista que, cada vez mais, as violações poderão partir do próprio Poder Público no exercício das suas funções de legislar e governar.

Diferentemente, na Alemanha, quando proferida a *Volkszählungsurteil*, já estava consolidado o Direito Geral de Personalidade como cláusula aberta, ou seja, já havia porta aberta que possibilita tanto o alargamento do DGP para abranger novas áreas, como também o reconhecimento de novos direitos fundamentais relacionados à proteção da personalidade. Diante disso, é possível concluir que, enquanto no Brasil o reconhecimento de um novo direito fundamental depende, como disse o Min. Gilmar Mendes, da atualização e da reconceitualização da força normativa da Constituição, na Alemanha, basta que se aplique o DGP, que, à luz da dignidade humana, tutela todas as áreas da personalidade que precisem de proteção constitucional.

A MP 954/20 demonstrou a necessidade urgente de constitucionalização da proteção de dados, tendo em vista que, cada vez mais, as violações poderão partir do próprio Poder Público no exercício das suas funções de legislar e governar. Nesse ponto, não basta apenas a interpretação extensiva dos direitos à privacidade ou sigilo: é imprescindível o reconhecimento de um direito autônomo de proteção de dados, que confira não apenas defesa do cidadão perante o Estado, mas também entre particulares (eficácia horizontal) e constitua verdadeiro dever de proteção do Estado (dimensão objetiva).

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). *Anatel divulga balanço dos serviços de telecomunicações de 2019*. Brasília: Anatel, 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. *Medida provisória n. 954, de 17 de abril de 2020*. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações [...]. Brasília: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954impressao.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. *Exposição de motivos da medida provisória n. 954, de 17 de abril de 2020*. Brasília: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Instrução normativa n. 2, de 17 de abril de 2020*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ed. 76, p. 24, 22 abr. 2020c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-2-de-17-de-abril-de-2020-253341223>. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387*. Requerente: Conselho Federal da OAB. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de maio de 2020d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Petição inicial. Brasília, 19 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5895165>. Acesso em: 07 jan. 2021.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Beschluss des Volkszählungsgesetzes 1983*. Archiv. [S. l.], 2012. Disponível em: https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2012/38024038_kw10_kalender_volkszaehlung-207898. Acesso em: 07 jan. 2021.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I*. Beschluss des Ersten Senats vom 06. November 2019. Karlsruhe, 2019. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr001613.html. Acesso em: 07 jan. 2021.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 2027/02*. Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Oktober 2006. Karlsruhe, 2006. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rk20061023_1bvr202702.html. Acesso em: 07 jan. 2021.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *1 BvR 209/83 – Volkszählung*. BVerfGE 65, 1 – 71. Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983. Karlsruhe, 1983. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html. Acesso em: 07 jan. 2021.

EPPING, Volker. *Grundrechte*. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2019. (Springer-Lehrbuch). *E-book*.

FRANZIUS, Claudio. “Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung”. *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, v. 8, n. 3, p. 259-270, 2015.

GUSY, Christoph. “Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz: Fortführung oder Neuanfang?”. *Kritische*

Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), v. 83, n. 1, p. 52-64, 2000.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital*. Forense, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Notas técnicas. Versão 1.5. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101651_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018*. [S. l.]: IBGE, 2020a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *IBGE começa coleta por telefone da PNAD Covid em mais de 190 mil domicílios*. [S. l.]: IBGE, 2020b. Disponível em: <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#:~:text=As%20entrevistas%20duram,%20aproximadamente,%2010,RG%20ou%20CPF%20do%20entrevistador>. Acesso em: 07 jan. 2021.

LANG, Heinrich. Die Grundrechte (Art. 1–19). In: EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian (org.). *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*. 43. ed. München: C. H. Beck, 2020. E-book.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. “Autodeterminação informativa: a história de um conceito”. *Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020. DOI: 10.5020/2317-2150.2020.10828.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. “Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018. DOI: 10.30899/dfj.v12i39.655.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. “O Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa”. In: CONPEDI/UFRJ (org.). *Direitos fundamentais e democracia II*. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 410-438. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=124>. Acesso em: 07 jan. 2021.

ROUVROY, A.; POULLET, Y. “The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development”. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves. DE HERT, Paul TERWANGNE, Cécile de; NOUWT, Sjaak (ed.). *Reinventing data protection*. [S. l.]: Springer, 2009. DOI 10.1007/978-1-4020-9498-9.

QUALIFICAÇÃO

Lisiane Feiten Wingert Ody é doutora em Direito e Mestre em Direito Privado. Professora Associada da Faculdade de Direito da UFRGS. E-mail: lfwo@terra.com.br.

Anita Spies da Cunha é mestranda em Direito, vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2017). Vinculada ao núcleo de pesquisa de direito comparado e internacional. E-mail: anitadacunha@hotmail.com.