

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AS CONDIÇÕES DE PRECEDÊNCIA EM TRÊS MEDIDAS NÃO FARMACOLÓGICAS ADOPTADAS PELO BRASIL NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AND THE CONDITIONS OF PRECEDENCE IN THREE NON-PHARMACOLOGICAL MEASURES ADOPTED BY BRAZIL IN COPING WITH COVID-19

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LAS CONDICIONES DE PRECEDENCIA EN TRES MEDIDAS NO FARMACOLÓGICAS ADOPTADAS POR BRASIL AL ENFRENTAR EL COVID-19

MARCO AURÉLIO RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ

<https://orcid.org/0000-0002-9343-5358> / <http://lattes.cnpq.br/3892220708800229/> / mar.cunhaecruz@gmail.com

Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)
Chapecó, SC, Brasil.

LUÍS HENRIQUE KOHL CAMARGO

<https://orcid.org/0000-0001-7636-508X> / <http://lattes.cnpq.br/2501717756343227/> / luiskohl@hotmail.com

Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)
Chapecó, SC, Brasil.

RESUMO

Este artigo objetiva analisar três medidas não farmacológicas adotadas pelo Poder Público brasileiro para o enfrentamento da Covid-19: 1) o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação sobre a circulação de pessoas; 2) o compartilhamento de dados pessoais para a implantação de teleatendimento pelo Ministério da Saúde; 3) o compartilhamento de dados ao IBGE de todos os consumidores de empresas de telecomunicações. Tais medidas tematizam questionamentos sobre a afetação e a possível violação do direito à proteção de dados pessoais. A metodologia aplicada é a analítica. O problema é resolvido por intermédio de levantamento bibliográfico e documental em três etapas: defenderemos o direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental; descreveremos as três medidas objeto de análise; estabeleceremos as relações de precedência condicionada aplicáveis a cada uma das medidas. Concluímos que as medidas 1 e 2 podem ser adotadas desde que observadas condições específicas; e que a medida 3 representa violação do direito à privacidade e uma vigilância indevida.

Palavras-chave: Covid-19; direito à privacidade; direito à proteção de dados pessoais; direitos fundamentais; condições de precedência.

ABSTRACT

This article aims to analyze three non-pharmacological measures adopted by the Brazilian Public Power to face Covid-19: 1) the transmission of information by the telecommunications operators about the circulation of people; 2) the sharing of personal data for the implementation of tele-assistance by the Ministry of Health; 3) the sharing of data to IBGE by all consumers of telecommunications companies. Such measures deal with questions about the affectation and possible violation of the right to the protection of personal data. The applied methodology is analytical. The problem

is solved by means of a bibliographic and documentary survey in three stages: we will defend the right to the protection of personal data as a fundamental right; we will describe the three measures under analysis; we will establish the conditional precedence relationships applicable to each of the measures. We conclude that measures 1 and 2 can be adopted as long as specific conditions are observed; and that measure 3 represents a violation of the right to privacy and undue surveillance.

Keywords: Covid-19; right to privacy; right to protection of personal data; fundamental rights; precedence conditions.

RESUMEN

Este artículo objetiva analizar tres medidas no farmacológicas adoptadas por el Poder Público brasileño para enfrentar a Covid-19: 1) la transmisión de información por parte de los operadores de telecomunicaciones sobre la circulación de personas; 2) el intercambio de datos personales para la implementación de la teleasistencia por parte del Ministerio de Salud; 3) el intercambio de datos con IBGE por parte de todos los consumidores de empresas de telecomunicaciones. Dichas medidas abordan interrogantes sobre la afectación y la posible violación del derecho a la protección de datos personales. La metodología aplicada es analítica. El problema se resuelve mediante una investigación bibliográfica y documental en tres etapas: defenderemos el derecho a la protección de datos personales como un derecho fundamental; describiremos las tres medidas bajo análisis; estableceremos las relaciones de precedencia condicional aplicables a cada una de las medidas. Concluimos que las medidas 1 y 2 pueden adoptarse siempre que se observen condiciones específicas; y que la medida 3 representa una violación del derecho a la privacidad y una vigilancia indebida.

Palabras clave: Covid-19; derecho a la privacidad; derecho a la protección de datos personales; derechos fundamentales; condiciones de precedencia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS; 2 TRÊS MEDIDAS SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE NO ESTADO DE PANDEMIA NO BRASIL; 3 DAS RELAÇÕES DE PRECEDÊNCIA CONDICIONADA ENTRE AS MEDIDAS DESTACADAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em Ensaio sobre a cegueira, Saramago¹ narra a história da cegueira branca, que gradativamente atinge a todas as pessoas do mundo. Sob a crença de que o mal branco fosse contagioso, os primeiros cegos e as pessoas que com eles tiveram contato físico foram enclausurados e vigiados: *quod erat demonstrandum*. Além das liberdades, a absoluta ausência de estrutura suprimiu-lhes também a dignidade. Dentro de um presídio improvisado, os cegos, desprovidos de qualquer auxílio, viviam na imundície total, alimentavam-se com o pouco que lhes era fornecido pelas autoridades que os vigiavam e, mesmo sem visão, tinham de enterrar os cadáveres de seus semelhantes. A clausura dos primeiros cegos, no entanto, não foi capaz de impedir que o mal branco atingisse todas as pessoas.

¹ SARAMAGO, J. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Cia das Letras, 2017.

A leitura da alegoria de Saramago provoca a reflexão sobre nosso comportamento perante o desconhecido. O desafio atual experienciado na pandemia da Covid-19 nos coloca perante uma zona obscura para o conhecimento humano: não sabemos ao certo quais medidas adequadas adotar. Além disso, o cenário de desestabilização social motivado pelos imperativos comportamentais imprescindíveis à convivência com o vírus mortal pode abrir caminhos para ações desmesuradas, talvez irreversíveis e cujas consequências são imprevisíveis.

O objetivo deste artigo é analisar, dentro dos parâmetros jurídico-dogmáticos, se três das medidas estabelecidas durante a pandemia estão em harmonia com o direito fundamental à proteção de dados pessoais, ou se configuram hipóteses de vigilância indevida. Problematizaremos, em específico, as medidas [M] não-farmacológicas tomadas no Brasil para o enfrentamento da Covid-19 como hipóteses de redução do risco de contágio da doença e proteção indireta do direito à saúde: [M1] o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação sobre a circulação de pessoas; [M2] o compartilhamento de dados pessoais para a implantação de teleatendimento pelo Ministério da Saúde; [M3] o compartilhamento de dados ao IBGE de todos os consumidores de empresas de telecomunicações.

Neste texto defendemos o argumento das relações de precedência condicionada como refutação de uma normalização de “exceções”. Procede-se uma metodologia analítica, que tem como ponto de partida as três dimensões da dogmática jurídica: a analítica, a empírica e a normativa. Com a analítica se desenvolve o exame sistemático-conceitual de textos normativos do direito vigente, com os conceitos elementares e a sua construção jurídica na estrutura do sistema jurídico com a consulta a fontes bibliográficas especializadas. A dimensão empírica parte, em síntese, da cognição do direito positivo e da aplicação das premissas na argumentação jurídica; com a descrição e o prognóstico da práxis de 19 decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF). A dimensão normativa visa a elucidação e a crítica da práxis jurídica (lei e jurisprudência) para saber qual a decisão correta para os três casos concretos.

O tema é abordado em três itens: no primeiro, sustentamos a superação da objeção filológica para a afirmação da proteção de dados pessoais como um direito fundamental pela configuração constitucional da sua fundamentalidade, a partir da coerência dos elementos histórico, sistemático e lógico de interpretação. No segundo, apresentamos as medidas sob análise. Por fim, descrevemos as relações de precedência condicionada estabelecidas entre os direitos fundamentais à saúde e à privacidade (proteção de dados pessoais) nos casos estudados. As conclusões são resultado da aplicação da dogmática de direitos fundamentais como referencial teórico.

1 A CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Nos anos não tão remotos à constituinte de 1987 (ANC-87), há registro de dois julgados do STF que relacionam privacidade e propriedade: (i) privacidade e família no contexto “lar conjugal”, em um crime de uxoricídio praticado por um militar, em que o debate era sobre a competência da justiça comum (HC 58883²); e (ii) privacidade e propriedade, na discussão sobre a subsunção dos pressupostos fáticos da Súmula 414, em possível invasão de privacidade ou efetivo devassamento decorrentes de janela em vizinhança (RE 100037³). Há prevalência do critério *ratione loci*, e, portanto, da propriedade nestas duas decisões. A Corte ainda decidiu a importância de dados pessoais na discussão do crime de falsidade ideológica e/ou falsa identidade (RHC 59394⁴), em um caso que relaciona privacidade, dados pessoais e liberdade sexual. Uma mulher homoafetiva de nacionalidade grega havia prestado depoimento como testemunha. Nos Termos de Declarações, registrou-se que havia fornecido dados pessoais qualificativos e se identificado como do sexo masculino. A concessão do *habeas corpus* pelo STF, acertadamente, baseou-se em que a condição de ser identificada como mulher ou homem (i) foi indiferente ao objetivo do ato, (ii) não influenciou nos esclarecimentos do fato, (iii) não resultou em vantagem ou dano para si ou para terceiro.

Neste contexto da genealogia da proteção constitucional da privacidade⁵, urge recordar o reconhecimento constitucional dos “novos direitos”, feito por Cândido Mendes na 8ª reunião da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (subcomissão IC de

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 58.883**. Paciente: Rubens Tarouco Patulé. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Soares Muñoz. Brasília, j. 26/05/1981, DJ 09/10/1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=66734>. Acesso em: 11 out. 2021.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário nº 100037**. Recorrentes: José Carlos Albano Englert e sua mulher. Recorridos: Victor José Faccioni e sua mulher. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, j. 18/10/1983, DJ 18/11/1983. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192448>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 59394**. Recorrente: Constantina Anastasie Alvanon. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Néri da Silveira, 13 nov. 1981, DJ 11/06/1982. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98430>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁵ O termo “privacidade” foi o adotado pela dogmática brasileira, portuguesa e espanhola (CUNHA E CRUZ, M. A. R.; CASTRO, M. F. O *habeas data* e a concretização do direito à proteção de dados pessoais na metódica constitucional de Friedrich Müller. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)**, v. 19, n. 1, p. 191-230, jan./abr. 2018.).

Direitos e Garantias Individuais) da ANC-87: “(...) Em primeiro lugar, o problema fundamental de que hoje não temos apenas a defender o corpo; **estamos diante do rapto da alma, os registros eletrônicos e a informática permitem, na instalação desse crime moderno, a ditadura da versão e da ficha sobre a verdade da pessoa**”⁶ (grifo nosso), citando inclusive exemplos das experiências portuguesa e espanhola para reforçar a positivação *habeas data*. Mais adiante, argumenta que:

[...] a **velha garantia da privacidade** pode ser presumida pela **intransgredibilidade** do domus, ou da **casa**. Hoje, diante das **teleobjetivas**, dos sensores eletrônicos, ela se torna um **muro de vidro**, um **espaço devassado**, exposto à publicidade. Aquela velha noção de Radbruch, por exemplo, de que ainda existe o **espaço da pessoa na sociedade eletrônica** e na **tecnologia contemporânea**. Uma Constituição, que os Srs. vão elaborar para esse tempo, precisa definir, ao lado da presunção arrombada da intransgredibilidade do domus, a possibilidade de se definir a **reserva da intimidade como algo fundamental**⁷. (grifo nosso).

Com efeito, a gramaticalidade da Constituição de 1988 (CF/88)⁸ imprimiu uma lógica fundamental defensiva de não-afetação (direitos de defesa) a 5 (cinco) dispositivos normativos de proteção à privacidade no rol de direitos individuais e garantias fundamentais do artigo 5º: a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (inc. X); a inviolabilidade do domicílio (inc. XI); a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (inc. XII); a exceção da regra da publicidade de atos processuais (inc. LX) e o *habeas data* (inc. LXXII). Considerou a privacidade como uma das exceções⁹ ou limites materiais expressos ao poder de reforma (art. 60, § 4º, IV), componentes das *eternity clauses*¹⁰, dos elementos de identidade e de continuidade da Constituição. Em 1988 a privacidade alcança, portanto, os “quatro extremos” dos direitos fundamentais¹¹: o grau hierárquico mais elevado, o

⁶ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento)**, Brasília: Imprensa Nacional, 27 maio 1987. p. 64.

⁷ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento)**, Brasília: Imprensa Nacional, 27 maio 1987. p. 64.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

⁹ FERREIRA FILHO, M. G. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 11-17, out. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613/46348>. Acesso em: 11 out. 2021.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5935**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, j. 22/05/2020, DJe-03/06/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834387>. Acesso em: 11 out. 2021.

¹¹ ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acesso em: 11 out. 2021.

maior potencial executório, um dos conteúdos mais importantes e de maior abertura dentro do sistema jurídico brasileiro.

Contudo, não consta na literalidade do texto constitucional a expressão “dados pessoais”, o que problematiza se há ou não um direito fundamental à proteção de dados pessoais. A objeção filológica da fundamentalidade formal pode ter fim 32 anos após a redação original do texto, pela Proposta de Emenda à Constituição nº 17-A, de 2019, que altera o inciso XII do art. 5º e insere o inciso XXX ao art. 22 da CF/88, para prever o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, e estabelecer a competência privativa da União para legislar sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais.

Sem embargo, a superação da objeção filológica pode ser defendida pela configuração constitucional da fundamentalidade material¹³, com a coerência dos demais elementos de interpretação (histórico, sistemático e lógico¹⁴). Tais elementos sustentam a afirmação do direito fundamental à proteção de dados pessoais, por um lado, para (i) a sua inclusão dentro de um conceito unívoco, evolutivo e de indeterminação semântica¹⁵ de privacidade pela interpretação extensiva da conjugação do âmbito de proteção do inciso III, do art. 1º (dignidade da pessoa humana), do inciso X (vida privada), do inciso XII (sigilo de dados) e do inciso LXXII (*habeas data*) do art. 5º da CF/88. Por outro, cabe também a sua defesa para (ii) a intelecção de sua autonomia jurídica¹⁶, com fundamento na cláusula aberta do art. 5º, § 2º, da CF/88¹⁷.

A consistência da fundamentalidade material pode ser aferida pela literatura científica, pela legislação e pela jurisprudência constitucional, que corroboram que a proteção jurídica de

¹² TRIVISONNO, A. T. G. Direitos Humanos e Fundamentais: Questões Conceituais. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, v. 21, n. 1, p. 7-18, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/24359/14480>. Acesso em: 11 out. 2021.

¹³ Como precursora da abertura da fundamentalidade material, urge reportar à Constituição dos Estados Unidos que previu: USA CONSTITUTION (1787) Amendment IX (1791) “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people” (UNITED STATES OF AMERICA. Constitution of the United States. US, 1787)

¹⁴ Sobre os critérios de interpretação constitucional, conferir: SILVA, V. A. da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 115-143.

¹⁵ Conferir: PÉREZ LUÑO, A-E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

¹⁶ Pela sua autonomia jurídica, conferir: MURILLO DE LA CUEVA, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990; RODOTÀ, S. *Derecho, Ciencia, Tecnologia. Modelos y Decisiones de Regulación. Derecho PUCP*, n. 57, p. 105-122, 2004; e BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁷ Como um direito fundamental atípico (GOUVEIA, J. B. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995) ou não-escrito (ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 72).

dados pessoais está inserta no regime protetivo de direitos fundamentais e dos princípios adotados pela CF/88. Como já previu José Carlos Vieira de Andrade¹⁸, a proteção de dados pessoais se vincula à dignidade da pessoa humana “contra a explosão dos fenômenos de tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização de dados pessoais” e adimple os critérios de acumulação, de variedade e de abertura para incorporação de seu objeto ao regime jurídico-protetivo de direitos fundamentais.

A literatura brasileira, por sua vez, opinou pela existência de um direito à proteção de dados pessoais¹⁹ ou de um direito à autodeterminação informativa²⁰. Há parca produção destes

¹⁸ ANDRADE, J. C. V. de. Os direitos fundamentais do século XXI. In: CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL: Derecho constitucional para el siglo XXI, 8, 2006, Sevilla / Universidad de Sevilla, *Actas...*, Navarra: Aranzadi, 2006, p.1052-1055.

¹⁹ ATHENIENSE, A. As transações eletrônicas e o direito de privacidade. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 2, n. 19, p. 1170-1177, out. 2002; BARRIENTOS-PARRA, J. D.; BORGES MELO, E. C. O Direito à Intimidade na Sociedade Técnica: rumo a uma política pública em matéria de tratamento de dados pessoais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 180, p. 197-214, out./dez. 2008; BORGES FORTES, V.; ORO BOFF, S. A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. Sequência, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 109-128, jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p109>. Acesso em: 11 out. 2021; DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011; DONEDA, D.; MENDES, L. S. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v.9, p. 35-48, out./dez. 2016; DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; DRUMMOND, V. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003; FRAZÃO, A. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23-52; GEDIEL, J. A. P; CORRÊA, A. E. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o estado e o mercado. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, Curitiba, v. 47, p. 141-153, 2008; GUERRA, S. C. S. **O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004; LIMBERGER, T. A informática e a proteção à intimidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n.33, p.110-124, out./dez. 2000; LIMBERGER, T. Proteção de dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 67, p. 215-241, jul./out. 2008; LIMBERGER, T. Da evolução do direito a ser deixado em paz, à proteção dos dados pessoais. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, p. 27-53, maio/ago. 2009; MENDES, L. S. Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008; MENDES, L. S. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de direito do consumidor*, v. 79, p. 45-81, jul./set, 2011; MENDES, L. S. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança. *Revista de direito do consumidor*, v. 90, p. 245-260, nov./dez. 2013; MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de dados pessoais e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico; MENDES, L. S. O regulamento europeu de proteção de dados pessoais e a lei geral de proteção de dados brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 157-180, jul./ago. 2019; PINHEIRO, P. P. G. Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, p. 309-323, fev. 2019; REINALDO FILHO, D. A privacidade na Sociedade da

trabalhos publicados na década de 90. Esta lacuna pode ser explicada por várias razões, e urge reportar duas: i) a inefetividade do *habeas data* como um instrumento de defesa do direito à proteção de dados pessoais²¹; ii) a própria abertura da Internet no Brasil para o meio não acadêmico que se deu em 1995²².

A proteção constitucional da “privacidade” pela literatura brasileira figurou, em seus inícios, na inclusão semântica dos diferentes termos “intimidade” e “vida privada”²³. José Adércio Leite Sampaio²⁴ já opinou que a distinção dos conceitos estaria na amplitude do círculo de conhecimento de determinada informação: fato íntimo é aquele cujo conhecimento está destinado a um pequeno grupo de pessoas, por outro lado, fato privado é o que ultrapassa tais divisas, contudo não explícito ao público em geral. Um argumento protetivo é que a humanidade sente a imprescindibilidade de proteger certos fatos particulares ocorridos na vida familiar e que

Informação. In: REINALDO FILHO D. (coord.). **Direito da Informática, temas polêmicos**. Bauru, SP: Edipro, 2002; RODRIGUEZ, D. P.; RUARO, R. L. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. **Direito, Estado e sociedade**, n.36, p. 178-199, jan./jun. 2010; RUARO, R. L. O direito fundamental à proteção de dados pessoais do consumidor e livre mercado. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 118, p. 195-219, jul./ago. 2018; VERONESE, A. A proposta brasileira de proteção de dados pessoais em comparação ao novo regulamento europeu. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 71-99, jan./mar., 2018; ZANON, J. C. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: RT, 2013.

²⁰ BIONI, B. R. O dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção dos dados pessoais dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 94, p. 283-324, jul./ago., 2014; BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019; CARVALHO, A. P. G. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. **Revista de direito do consumidor (RT)**, v. 12, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003; CUEVA, R. V. B. Há um direito à autodeterminação informativa no Brasil? In: MUSSI, J.; SALOMÃO, L. F.; MAIA FILHO, N. N. (org.). **Estudos jurídicos: em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. v. 3; LAEBER, M. R. S. Proteção de dados pessoais: o direito à autodeterminação informativa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 37, p. 59-80, jul./set. 2007; MAIA, F. J. F. O *habeas data* e a tutela da dignidade da pessoa humana na vida privada. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória/ES, n. 12, p. 269-303, jul./dez. 2012; NAVARRO, A. M. N. P. O Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa. In: NASPOLINI SANCHES, S. H. D. F.; DUARTE, F.; ALENCAR, M. L. P. (coord.). CONPEDI/UFF (org.). **Direitos fundamentais e democracia II. XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. Niterói/RJ: FUNJAB, 2012. p. 429-458; SOUZA, V. R. C. O acesso à informação na legislação brasileira. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 19, p. 161-181, 2011.

²¹ CUNHA E CRUZ, M. A. R.; CASTRO, M. F. O *habeas data* e a concretização do direito à proteção de dados pessoais na metódica constitucional de Friedrich Müller. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)**, v. 19, n. 1, p. 191-230, jan./abr. 2018.

²² CAMARGO, C. A.; CRESPO, M. Uma breve história da internet e do Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.BR)**, 08 out. 2015. Disponível em: <https://www.nic.br/noticia/na-midia/uma-breve-historia-da-internet-e-do-comite-gestor-da-internet-no-brasil/>. Acesso em: 7 nov. 2021.

²³ GIANNOTI, E. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987; ARAÚJO, L. A. D. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; CALDAS, P. F. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997; JABUR, G. H. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁴ SAMPAIO, J. A. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 244.

tais fatos não devem transpor essa esfera familiar, haja vista o risco de possibilitar transtornos bem como ameaçar a liberdade individual²⁵.

A palavra “privacidade” acima adotada nesta época (e ainda em vigor) pode ser um indicador da influência da *privacy*, cujo ponto de partida remonta as reflexões anglo-saxãs do artigo *The Right to Privacy* de Warren e Brandeis²⁶. Este texto deve ser localizado no espaço e no tempo diferentes do contexto brasileiro, mas é inegável o seu grande impacto histórico-jurídico por desvelar a autonomia do direito à privacidade como um direito de proteção da personalidade, sustentada na fórmula “*right to be let alone*”. O direito de ser deixado em paz, de não sofrer intromissão ou vigilância sem justo motivo, de ter respeitado seu espaço íntimo, de não ter sua reputação devassada por boatos - mesmo que sejam verdadeiros - compunham aquilo que podemos chamar de conceito *ad se* de privacidade (para si próprio): o direito de “ser deixado só” seria um direito à própria personalidade²⁷.

Estas preocupações do conceito *ad se* de privacidade tiveram reflexo na lógica jurídica da dimensão defensiva (negativa) da “inviolabilidade da privacidade”. A sistemática da legislação federal previu a proteção de temas vinculados à proteção de dados pessoais/privacidade no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)²⁸, na Lei da

²⁵ BITTAR, C. A. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 10.

²⁶ WARREN, S.; BRANDEIS, L. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p.193-220, 15 dez. 1890. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 11 out. 2021.

²⁷ Já na década de 2000, com a obra “O direito de estar só”, Paulo José da Costa Junior (COSTA JUNIOR, P. J. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 3 ed. São Paulo, Sciliano, 2004. p. 36-37) aduziu que o direito à privacidade seria gênero do qual a intimidade seria espécie, com fulcro na doutrina alemã das três esferas concêntricas (Sphärentheorie): privacidade (*Privatsphäre*), intimidade (*Intimisphäre*) e segredo (*Geheimsphäre*). Esta teoria é uma das mais citadas pela doutrina brasileira. Pauta-se no fato de que a sociabilidade de cada indivíduo é limitadora da liberdade individual. A proteção jurídica da personalidade deve ser inversamente, portanto, proporcional à sociabilidade do seu comportamento em questão como levantado por Szaniawski (SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 2005.p. 358). A “teoria das esferas” resultou indubitavelmente útil desde o momento que permitiu realizar uma orientação por parâmetros e critérios, indicando as possibilidades de resoluções de casos conflitivos. Todavia, a vulnerabilidade desta teoria reside na indivisibilidade de uma linha nítida entre as esferas, consoante convergem Manuel Medina Guerrero (p. 14-18) e Marcel Leonardi (LEONARDI, M. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60). Além disso, a rigidez conceitual da tese das esferas não permite responder a uma variada série de casos que a tutela da intimidade pode suscitar, pois somente se conceituam *a posteriori* os resultados a que se pode chegar por outras vias argumentativas.

²⁸ Convém reportar a histórica decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre a interpretação do art. 43, do Código de Defesa do Consumidor, o REsp 22.337/RS (j.13/02/1995) em que enfatiza: “A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado Moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso especial nº 22.337/RS*. Recorrente: Clube de Diretores Lojistas de Passo Fundo/RS.

interceptação de comunicações telefônicas (Lei nº 9.296/1996), na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), na Lei do Habeas data (Lei nº 9.507/1997) e na Lei de crimes de “lavagem” de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613/1998), as quais, de alguma forma poderiam ser utilizadas pelo titular de dados pessoais para sua defesa jurídica.

A interpretação lógico-jurídica defensiva da privacidade na década de 90 retrata tanto um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, como um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham. Esta proposta protetiva pode ser lida no Plenário do STF em alguns casos que tematizaram principalmente o inciso XII do artigo 5º, que envolviam a inviolabilidade do sigilo fiscal (ADI 736 MC²⁹), das interceptações telefônicas (HC 72588³⁰; HC 75338³¹) e do sigilo bancário (MS 21729³²). Há também um caso sobre dados pessoais e histórico de consumo (ADI 1790 MC³³), cujo fundamento foi o inc. X; e outro importante que incluiu a proteção dos dados pessoais no conceito de privacidade e trouxe contornos decisivos para o manejo do *habeas data* do inc. LXXII (RHD 22³⁴).

Recorrido: José Orivaldo Moreira Branco. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13/02/1995. Brasília, DJ 20/03/1995, p. 6119. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200114466&dt_publicacao=20/03/1995. Acesso em: 11 out. 2021)

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 736**. Requerente: Procurador Geral da Justiça. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, j. 04/06/1992, DJ 14/06/2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346572>. Acesso em: 11 out. 2021.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Habeas Corpus nº 72588**. Paciente Paulstein Aureliano de Almeida. Impetrante: Antônio Pereira de Almeida Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, j. 12/06/1996, DJ 04/08/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73874>. Acesso em: 11 out. 2021.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Habeas Corpus nº 75338**. Paciente: Ademir Afonso Guimarães. Impetrante: José Mauro Couto de Assis. Coator: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, j. 11/03/1998, DJ 25/09/1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75912>. Acesso em: 11 out. 2021.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Segurança nº 21729**. Impetrante: Banco do Brasil S/A. Impetrado: Procurador-Geral da Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, relator para Acórdão: Min. Néri da Silveira. Brasília, j. 05/10/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>. Acesso em: 11 out. 2021.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1790**. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG/BR. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, j. 23/04/1998, DJ 08/09/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347269>. Acesso em: 11 out. 2021.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Ordinário em Habeas Data nº 22-8**. Recorrente: Osmar Alves de Melo. Recorrido: Secretário da Secretaria de Assuntos Estratégicos. Relator: Min. Marco Aurélio, relator para Acórdão Min. Celso de Mello. Brasília, j. 19/09/1991, DJ 01/09/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362613>. Acesso em: 11 out. 2021.

O Brasil foi pioneiro em incluir uma garantia para a proteção de dados e informações pessoais no texto constitucional com o *habeas data*, tendo José Afonso da Silva como o idealizador da sua inserção. Surgiu como reação ao uso institucional autoritário da informação, como aduz Dalmo de Abreu Dallari, em reação ao sistema de informações sigilosas tendo como vértice o Serviço Nacional de Informações (SNI)³⁵. Os registros eram inacessíveis, pois considerados sigilosos por motivo de "segurança nacional". O momento da concepção desta garantia constitucional em 1988 era oportuno à abertura dos arquivos da ditadura, para que se pudesse ter noção ou retificar dados próprios. No entanto, ainda que recentemente tenha recobrado debate em 2015 (RE 673707³⁶) e 2017 (RE 601766 AgR³⁷), mostrou-se juridicamente inefetivo (*law in action*) no Supremo Tribunal Federal: a) por objeções processuais; b) por 5 (cinco) óbices procedimentais (desvio de competência, inidoneidade processual, pretensão resistida, ilegitimidade passiva e inadequação da via eleita); c) pela objeção substantiva do maniqueísmo protetivo do binômio acesso/retificação; e d) por uma objeção orgânica: a legislação esparsa foi mais efetiva, principalmente a Lei de Acesso à Informação (Lei. 12.527/2011)³⁸.

Inobstante vários aportes doutrinários, é indisputável a contribuição para a dogmática brasileira de Danilo Doneda com sua tese doutoral em 2005, formalizada em livro em 2006, revisado e atualizado em 2019. O autor, avança da análise do tratamento de dados e informações pessoais da lógica negativa do conceito *ad se* de privacidade, do paradigma *zero-relationship* ou do eixo "pessoa-informação-segredo", para a premissa "pessoa-informação-circulação-controle", com bases teóricas em Stefano Rodotà, as quais evidenciam que a maioria

³⁵ DALLARI, D. de A. O *habeas data* no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [s.l.], v. 97, p. 239-253, jan. 2002.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 673707**. Recorrente: :Rigliminas Distribuidora LTDA. Recorrido: União. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, j. 17/06/2015, DJe-195 30/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9487405>. Acesso em: 11 out. 2021.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Agravo Regimental em **Recurso Extraordinário nº 601766**. Agravante: União. Agravado: Indústria e Comércio De Plásticos Fortuce LTDA. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 29/09/2017, DJe 16/10/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13808231>. Acesso em: 11 out. 2021.

³⁸ Para uma análise detalhada sobre a inefetividade do *habeas data*, conferir: CUNHA E CRUZ, M. A. R.; SOUSA, J. M. A proteção dos dados pessoais e o Habeas Data no STF. In: MACHADO, E. D.; BREGA FILHO, V. KNOEER, F. G. (org.). **Direitos fundamentais e democracia I**. Curitiba: Clássica, 2014. v. 23.; CUNHA E CRUZ, M. A. R.; OLIVEIRA, L. P. S.; SOUSA, J. M. A (in)efetividade do *habeas data* como garantia da proteção de dados pessoais no STF. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 4, p. 171-189, 2015; CUNHA E CRUZ, M. A. R.; CASTRO, M. F. O *habeas data* e a concretização do direito à proteção de dados pessoais na metódica constitucional de Friedrich Müller. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, v. 19, n. 1, p. 191-230, jan./abr. 2018.

das relações mediadas na e pela Internet são produzidos os *transactional data ou telecommunications-related personal informations* (TRPI). Tais dados são constituídos pela relação contratual e permitem a aquisição automática de uma série de dados/informações pessoais do consumidor ao fornecedor de serviços ou produtos (identificação, local, horário, forma de pagamento, modo de utilização de serviço) e se configuram também informações sobre as escolhas e preferências. Para Rodotà³⁹, há de se prevalecer uma concepção do âmbito de proteção da privacidade que se vocacione no “direito manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. O objeto deste direito pode ser identificado no ‘patrimônio informativo atual ou potencial’ de um sujeito”. Sobre esta suposição conceitual, adotada por Danilo Doneda⁴⁰, lê-se que a informação exsurge como mediadora entre a vida privada e o livre desenvolvimento da personalidade.

O conceito de privacidade, deste modo, emerge do filosófico foro interno, intrassubjetivo, estático, da interioridade (*ad se*) ao foro externo, dinâmico, prático, da alteridade, respeitadas, pois, suas implicações intersubjetivas (*ad alteros*). Esta modulação da morfologia conceitual da privacidade *ad alteros* teve por finalidade conferir a possibilidade de sua aplicação prática, pois um conceito que não transcendesse ao âmbito da sociabilidade, isto é, da convivência, poderia carecer de relevância jurídica⁴¹.

No STF, nesta década de 2000, alguns julgados são representativos desta relevante modulação conceitual da premissa “pessoa-informação-circulação-controle”, ainda que não diretamente vinculados à Internet, mormente nas discussões do âmbito de proteção do inciso XII, do art. 5º, CF/88. Houve improvimento de pedidos de sigilo de dados em Carta Rogatória originada do Reino Unido e Irlanda do Norte, a qual requeria o compartilhamento de informações pessoais, processos, depoimentos e documentação para investigação criminal. Os recorrentes, entre outros, argumentaram violação aos incisos X e XII do art. 5º, CF/88, contudo, o Plenário da Corte não vislumbrou sua incidência, pois os dados se referiam a processos administrativos públicos (CR 9854 AgR⁴²). Houve, também, denegação da ordem a uma então diretora da

³⁹ RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 109.

⁴⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 132.

⁴¹ PÉREZ LUÑO, A.-E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005. p. 355.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 9854*. Justiça Rogante: Procuradora da Coroa de Subdivisão do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Agravantes: Selim J. Skaf, Hariz Comércio Exterior LTDA e Souad G. Hariz. rel. Min. Marco Aurélio, j.

Companhia de Limpeza Urbana de Niterói (CLIN), que estava sendo processada por se recusar a prestar informações requisitadas pelo Ministério Público (art. 10, Lei 7.347/1985) com o argumento de proteção jurídica de seus dados pessoais, sustentado na inviolabilidade do inciso X, do art. 5º da CF/88. A Primeira Turma, por unanimidade, estimou que as informações não são seriam dados pessoais da paciente, porque atinentes aos dados técnicos da CLIN (HC 84367⁴³).

Um histórico julgado sobre a delimitação interpretativa da expressão “sigilo de dados” versou sobre uma impugnação ao deferimento de pedido de busca e apreensão na sede de empresas, com o objetivo de investigar eventuais crimes tributários. Foram apreendidos documentos e equipamentos de informática, que serviram para o acesso pela Receita Federal e pelo INSS ao material apreendido, com o fito de apuração e cooperação na persecução criminal. Pleiteou-se a declaração de proibição da utilização dos elementos resultantes da decodificação do material informatizado e o trancamento da ação penal. O Plenário do STF, seguindo o voto do Min. Sepúlveda Pertence, acatou a tese jurídica de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴⁴ de que o inciso XII, do art. 5º, CF/88, “refere-se à comunicação de dados e não aos dados em si”, e rejeitou a suposta vulneração ao aludido dispositivo constitucional (RE 418416/HC 83168⁴⁵).

Este último entendimento foi posto em nova leitura argumentativa com o HC 168052⁴⁶, na Segunda Turma. Requereu-se a nulidade de processo penal que continha medida de busca e apreensão e a autoridade policial teve acesso, sem autorização judicial, ao aparelho celular e às conversas havidas no aplicativo *Whatsapp*. O Min. Gilmar Mendes admitiu que a interpretação estrita das “comunicações realizadas” do inc. XII do art. 5º, CF/88, teve como impacto a inaplicabilidade da inviolabilidade das comunicações aos dados registrados. No entanto, observou que com a promulgação da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), houve avanço na

28/05/2003, DJ 27/06/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324413>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 84367**. Paciente: Dayse Nogueira Monassa. Impetrante: Marcos Heusi Netto. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, j. 09/11/2004, DJ 18/02/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79569>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 439-459, 1 jan. 1993.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 418416**. Recorrente: Luciano Hang. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, j. 10/05/2006, DJ 19/12/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395790>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 168052**, Segunda Turma. Paciente: Rodrigo Ricardo Laurindo. Impetrante: Arai de Mendonça Brazão. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, j. 20/10/2020, DJe 284, 02/12/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754545381>. Acesso em: 11 out. 2021.

proteção da privacidade, de dados pessoais, da vida privada, do fluxo de comunicações e das comunicações privadas dos usuários da Internet. Enfatizou que o inc. III, do art. 7º do Marco Civil prescreve a regra da inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, com exceção por reserva de jurisdição, mediante prévia ordem judicial. Sustentou que esta hipótese normativa é contextual às circunstâncias fáticas do desenvolvimento dos mecanismos de comunicação e armazenamento de dados pessoais em smartphones da década de 2010. Tais aparelhos registram várias informações e dados pessoais e reclamam a incidência jurídico-protetiva de dados, dos fluxos de dados e demais informações ali contidas. Esta tese foi vencedora (3x2) no julgamento.

Outros temas o STF irá enfrentar sobre a proteção de dados pessoais, que por objeto “envolvem informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art.1º, Lei Federal 13.709/2018), como a suspensão temporária de serviços de mensagens (Informativo STF nº 979 - ADI 5527/DF, rel. Min. Rosa Weber, 27 e 28.5.2020⁴⁷) ou o compartilhamento de dados pessoais pelo Serviço Federal de processamento de Dados (SERPRO) à Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) (ADPF 695, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/06/2020, DJe 161 26/06/2020). Sem embargo o que estes casos comungam é que a partir do desenvolvimento da Internet e das tecnologias informacionais e os seus decorrentes reflexos sociais, a captação e o tratamento de dados pessoais converteram-se a ser primordiais a entes públicos e privados, tanto para políticas públicas como para a *data-driven economy*, que encontram meios de transformá-los em inumeráveis utilidades/finalidades. Como já advertiu Torbjörn Fredriksson⁴⁸, “uma característica da economia digital é a sua dependência na geração, no armazenamento, no processamento e na transferência de dados, tanto internamente como entre os países”. O tratamento de dados pessoais, para que se possa acessar os serviços fornecidos na rede, apresenta-se, pois, com um dos principais condutores da nova sistemática contratual das tecnologias interativas. A partir delas, o coletor das informações é cada vez mais o próprio fornecedor direto de um serviço, porquanto as novas mídias são também (ou sobretudo) canais para fornecimento de bens ou serviços com base em uma troca cada vez mais consistente de dados e informações pessoais.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5527/DF. [Informativo STF nº 979] Requerente: Partido da República. Relatora: Min. Rosa Weber, 27 e 28/05/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo979.htm>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴⁸ FREDRIKSSON, T. Esforços necessários para transformar o comércio eletrônico em um motor do Desenvolvimento. In: PESQUISA sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas brasileiras: TIC empresas 2017. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018. Livro eletrônico. p. 39.

Estas informações pessoais podem ser consultadas pelo fornecedor/prestador para finalidades estatísticas, para planejamento de campanhas publicitárias ou para cessão a terceiros. Além da soma de dinheiro, pois, há uma contraprestação inerente ao se obter um produto ou um serviço na maioria das relações mediadas na e pela Internet: a cessão das informações/dados pessoais. As relações comerciais não são mais pautadas apenas pelo simples *trade-off*, mas para que o serviço seja prestado ou para que o produto seja adquirido a pessoa é obrigada a expor a sua *persona* representada pela posse do fornecedor/prestador/detentor das suas informações pessoais. Em uma paráfrase com a sociedade de controle de Deleuze, não se está mais diante do par massa-indivíduo, pois os indivíduos tornaram-se “dividuais”, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou bancos⁴⁹.

Torna-se imprescindível, portanto, ter disponíveis a maior quantidade de dados dos destinatários de um produto, para individualizar o alvo das campanhas (publicitárias, políticas, etc). Disso resulta uma produção, coleta e armazenamento de perfis individuais e de grupos para alimentar o tratamento dos dados e gerar as mais diversas informações sobre textos, fotos, músicas e vídeos, localização, padrões de comunicação, redes, compras, movimentos, cada clique, palavra com erro ortográfico, visualização de página e muito mais. A propagação da coleta de dados e informações pessoais avançam com maior volume, variedade, veracidade e velocidade⁵⁰ galvanizando especificidade e amplitude, deslocando “o eu de cada um de nós para lugares diversificados, indeterminados, intangíveis”⁵¹. E com isso se perde o direito à unicidade de cada pessoa: um “corpo distribuído”, um indivíduo “planetário”⁵². Esta pulverização da pessoa em tantas “pessoas eletrônicas” fica a cargo da classificação/taxonomia impingida pelas regras de mercado e atende a interesses que induzem a coleta de informações. Não por acaso, a *Federal Trade Commission* já exortou o Congresso estadunidense a exigir dos *Data Brokers* mais

⁴⁹ DELEUZE, G. Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle. In: DELEUZE, G. *Conversações*. 2. ed. São Paulo: 34, 2010.

⁵⁰ Os 4 “V” do Big Data assim explicados por Hoeren e Kolany-Raiser: “Furthermore, the question arises what big data is all about. Data is called “big” if it is characterized by the “three Vs”: Volume, Velocity, Variety Additional characteristics such as Veracity are included in some definitions. Big data is about analyzing masses of data. Significant for big data is the quick and easy calculation of probability forecasts and correlations, which enables new insights and the deduction of (behavioral) patterns” (HOEREN, T; KOLANY-RAISER, B. *Big Data in Context*. Switzerland: Springer International Publishing, 2018).

⁵¹ RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125.

⁵² RODOTÀ, S. Cual Derecho para el Nuevo Mundo. *Revista de Derecho Privado*, n. 9, p. 5-22, jul./dez. 2005.

transparência e que oferecessem aos consumidores maior controle sobre suas informações pessoais⁵³.

Na realidade da era digital/revolução digital, Alistair Nolan e Lorryne Porciuncula⁵⁴, noticiam que a preocupação do campo produtivo se volta para os custos da coleta, do armazenamento, do processamento de dados, para o aumento do poder computacional e da crescente sofisticação da interação das tecnologias digitais entre si e com seu ambiente armazenamento, transporte e replicação de “bens de informação”. Estas transações da economia voltada para os dados podem ser lidas a partir dos três componentes que caracterizam a concepção de “Economia Digital” do relatório *Digital Economy Report 2019* da Unctad: 1) Aspectos centrais: inovações fundamentais (semicondutores, processadores), principais tecnologias (computadores, dispositivos de telecomunicações) e infraestruturas de habilitação (Redes de Internet e telecomunicações); 2) Tecnologia digital e da informação (TI): setores que produzem produtos-chave ou serviços que dependem das principais tecnologias digitais, incluindo plataformas digitais, aplicativos móveis e serviços de pagamento; 3) Um conjunto mais amplo de setores de digitalização, que inclui aqueles em que produtos e serviços digitais (finanças, mídia, turismo, transporte) estão sendo cada vez mais usados (exemplo: e-commerce). A “Economia Digital”, ademais, segundo este mesmo relatório, está usualmente associada ao uso de *Big data*, *Blokchain*, *Data Analytics*, *Artificial Intelligence (IA)*, *3D printing*, *Internet of Things (IoT)*, *Automation & Robotics* e *Cloud Computing*⁵⁵.

É indubitável, pois, o argumento de que na atualidade os dados/a informação compõem a matéria-prima em escala global, com a interação entre a revolução informacional e a reestruturação capitalista. Informacional, porque depende da capacidade dos agentes econômicos para gerar, processar e aplicar a informação/dados baseada em conhecimentos. Global, porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, informação, mercados) estão organizados em

⁵³ FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **FTC Recommends Congress Require the Data Broker Industry to be More Transparent and Give Consumers Greater Control Over Their Personal Information**: Agency Report Shows Data Brokers Collect and Store Billions of Data Elements Covering Nearly Every U.S., 2014. Consumer. FTC, 27 maio 2014. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/05/ftc-recommends-congress-require-data-broker-industry-be-more>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁵⁴ NOLAN, A.; PORCIUNCULA, L. Indústria 4.0: tecnologias emergentes e as políticas públicas. In: PESQUISA sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas brasileiras: TIC empresas 2017. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018. p. 43-51. Livro eletrônico.

⁵⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Digital Economy Report 2019**: implications for developing countries. New York: UN Publications, 2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

escala global⁵⁶. Ao nosso escopo interessa, particularmente, com o que Rodotà se preocupou, com uma problematização sociopolítica destes “bens da informação”: os dados pessoais.

A partir desta necessidade, Rodotà agrega a promoção das *Privacy Enhancing Technologies (PET)*, decorrentes do planejamento de sistemas que criam condições técnicas protetivas da privacidade, o que enseja o acerto de uma proposta de granularidade (graus) das autorizações especificadas nas preferências de privacidade⁵⁷. É por isso que um dos pontos de defesa da proteção de dados pessoais como direito fundamental é a sua reinvenção a partir de paradigmas de potencialidade sociopolítica, revestidos com o conteúdo da liberdade de desenvolvimento da própria personalidade, e não apenas como instrumento protetivo atrelado estritamente às estratégias dos interesses de segurança e da lógica do mercado, que podem desbordar na Sociedade Disciplinar⁵⁸, na *Scored Society*⁵⁹ ou no recrudescimento da *Algorithmic Society*⁶⁰.

O monitoramento e a regulação de dados pessoais na *data-driven economy* do século XXI, pois, tem resposta em leis em ao menos cento e trinta e dois países⁶¹. A classificação do Brasil no *Data protection laws of the World* é “moderado”, pressupondo a LGPD⁶². Com o objetivo de suprir a lacuna legislativa acerca desta dupla função; de promoção adequada da *data driven economy* e de proteção de dados pessoais em âmbito nacional; editou-se a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)⁶³. Teve como origem

⁵⁶ WERTHEIN, J. A sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf.*, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

⁵⁷ BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁵⁸ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

⁵⁹ CITRON, D. K.; PASQUALE, F. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. *Washington Law Review*, v. 89, n.1, p. 1-34, mar. 2014.

⁶⁰ BALKIN, J. M. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. *U.C. Davis Law Review*, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, fev. 2018; BAKER, J. J. Beyond the Information Age: The Duty of Technology Competence in the Algorithmic Society. *South Carolina Law Review*, v. 69, n. 3, p. 557-578, Spring 2018; DE GREGORIO, G. From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society. *European Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 2, p. 65-104, 2019; PASQUALE, F. Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility, and Explainability in an Algorithmic Society. *Ohio State Law Journal*, v. 78, n. 5, p. 1243-[iv], 2017.

⁶¹ GREENLEAF, G. Global Tables of Data Privacy Laws and Bills. **Supplement to 157 Privacy Laws & Business International Report**, Sydney, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3380794>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁶² DLA PIPER. **Data protection laws of the World: full handbook**. [S.l.]: DLA PIPER, 2020. Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Marco legal da proteção de dados pessoais é sancionado**. Câmara dos Deputados, 14 ago. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/561337-MARCO-LEGAL-DA->

dois projetos de lei, o PL 4060/12 e o PL 5276/16, este último elaborado pelo Ministério da Justiça a partir de contribuições da sociedade. A principal influência estrangeira foi a GDPR, da União Europeia⁶⁴.

O argumento da fundamentalidade material do direito à proteção de dados pessoais, com a superação da objeção filológica, e a despeito da inefetividade do *habeas data*, consolidou-se tanto na literatura científica como na jurisprudência constitucional a partir da década de 2010. A proteção de dados pessoais reclama tanto um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, como um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham e também um direito a uma ação positiva normativa que tem por fim garantir tal proteção, consoante alertado por Laura Schertel Mendes⁶⁵. Além da produção bibliográfica, a proteção de dados pessoais foi prevista na Lei do Cadastro Positivo (Lei no 12.414/2011), na Lei de Acesso à Informação (Lei no 12.527/2011), na Lei de delitos informáticos (Lei n. 12.737/2012), no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018). Este *corpus* legislativo-protetivo não pode ser lido sem a sua conjugação com o artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), dispositivo textual com status hierárquico-normativo infraconstitucional e supralegal, internalizado pelo Decreto no 592, de 6 de Julho de 1992⁶⁶.

A interpretação jurídica do artigo 17 do PIDCP foi o principal fundamento que conduziu Joseph A. Cannataci, o relator especial da ONU do painel “O direito à privacidade na era digital”, a defender a privacidade como um conceito habilitante: o direito de escolher o que, quando, onde e como estar, com quem estar e o que pensar e dizer fazem parte dos direitos inalienáveis que os países concordaram em proteger no PIDCP⁶⁷. Este argumento decorre de duas premissas que se concretizam quando a privacidade é vulnerada: i) a violação geralmente faz

PROTECAO-DE-DADOS-PESSOAIS-E-SANCIONADO;-LEI-ENTRA-EM-VIGOR-EM-2020.html. Acesso em: 11 out. 2021.

⁶⁴ DONEDA, D.; MENDES, L. S. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v.9, p. 35-48, out./dez 2016.

⁶⁵ MENDES, L. S. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de direito do consumidor*, v. 79, p. 45-81, jul./set. 2011.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁶⁷ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **UN Special Rapporteur on the right to privacy**. Annual Reports, UN. New York, 27 feb 2019. A/HRC/40/63 Advance unedited version. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/AnnualReports.aspx>. Acesso em: 11 out. 2021.

parte de um sistema que ameaça outras liberdades; ii) a ofensa é realizada por atores estatais ou não estatais para garantir e manter o poder de controle.

De fato, estas premissas descansam nas profundas transformações sociais ocorridas desde o início do século XX até o presente e que tornaram obsoletas as concepções clássicas (*ad se*) de privacidade. Já em Stefano Rodotà localizamos uma descrição da mudança de paradigma relacionada às novas tecnologias e seus reflexos na transmissão de informação, relações sociais e privacidade (*ad alteros*), com foco nos seguintes pontos: 1) passamos de um mundo em que as informações pessoais estavam predominantemente sob o controle dos interessados, hoje são divididas com uma pluralidade de sujeitos; 2) a transmissão das informações acontecia geralmente como efeito de relações interpessoais (a fofoca, a injúria pessoal, o boato...) para um cenário em que a coleta de informações é feita através de transações abstratas; 3) não importam apenas as informações que saem da esfera privada, mas também aquelas que entram nela (direito de não saber, material publicitário, marketing direto, *spamming*); 4) o valor da informação aumentou, deixando em segundo plano o valor da pessoa em si em relação à informação como mercadoria; 5) as tecnologias da informação e da comunicação tornaram-se tecnologias sujas (sendo fundamental, pois, torná-las limpas); 6) as tecnologias da informação e da comunicação tornaram mais sutil a fronteira entre as esferas pública e privada, de forma que o livre desenvolvimento da personalidade e da construção autônoma da esfera privada passam a ser condições para efetivar a liberdade na esfera pública.

A defasagem de poder entre o indivíduo isolado e grandes organizações de coletas de dados e dos *Data Brokers* torna ilusória qualquer intenção de controle de dados por parte do indivíduo, pela vigilância capilarizada, um mecanismo que supera o conceito clássico de privacidade e está diretamente ligado à possibilidade de transmitir informação de forma mais volumosa, veraz, fácil, ágil e desterritorializada. Neste sentido não se pode acolher, sem ressalvas, o reconhecimento formal de um direito de acesso às redes ou de um direito a conhecer quem irá coletar, conservar ou tratar as informações/dados provenientes da operação econômica, sob pena de se configurar o turismo ou *shopping jurídico* descrito por Rodotà, “da procura pelo local onde as condições para o desenvolvimento de uma atividade econômica sejam mais convenientes”⁶⁸ (tradução nossa). Com efeito, o direito à proteção de dados pessoais não pode ter reduzidas suas projeções e se equivaler simplesmente a uma nova *lex mercatoria* da monetização dos dados. É neste embate que foi e é necessária uma regulação para desenvolver

⁶⁸ De la búsqueda del lugar donde son más convenientes las condiciones para el desarrollo de una actividad económica. RODOTÀ, S. Cual Derecho para el Nuevo Mundo. *Revista de Derecho Privado*, n. 9, p. 5-22, jul./dez. 2005.

uma série de critérios, com os quais foram referenciados o direito de acesso e a preocupação de se relacionar a finalidade declarada e o tratamento de dados.

Esses critérios formam um construto sistemático, lógico e coerente, desde os *Fair Information Principles* da década de 70 nos USA (*Advisory Committee on Automated Personal Data Systems-1973*), no Reino Unido (Comitê de Privacidade-Organizações Privadas-1973) e Alemanha (Lei do Estado de Hesse-1975); o *Privacy Act of 1974*; as *1980 OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal*, cuja revisão foi em *2013 OECD Privacy Guidelines*. Tais referenciais, ao nosso ver, podem ser incluídos no que Rodotà⁶⁹ já chamou de “instrumentos prospectivos”, que conformam os dispositivos do art. 6º da LGPD, e são os parâmetros para as análises dogmáticas desenvolvidas nos itens abaixo.

2 DAS RELAÇÕES DE PRECEDÊNCIA CONDICIONADA ENTRE AS MEDIDAS DESTACADAS

A Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da Covid-19, no inciso III do §2º do art. 3º assegura às pessoas afetadas pelas medidas previstas na lei o respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas. Com o reconhecimento da pandemia em 11.3.2020⁷⁰, vários entes federativos brasileiros editaram atos normativos com medidas não-farmacológicas indiretamente restritivas à liberdade de reunião e de mitigação de possibilidades fáticas de liberdade de locomoção para redução do risco de contágio, reforçadas com a declaração de estado de transmissão comunitária da Covid-19, pela Portaria nº 454/GM/MS, 20.3.2020. Três medidas [M] não-farmacológicas destacam-se por sua relação problemática com o direito à privacidade: o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação sobre a circulação de pessoas [M1]; o compartilhamento de dados pessoais para a implantação de teleatendimento pelo Ministério da Saúde [M2] e o compartilhamento de dados ao IBGE de todos os consumidores de empresas de telecomunicações [M3].

⁶⁹ RODOTÀ, S. Derecho, Ciencia, Tecnologia. Modelos y Decisiones de Regulación. *Derecho PUCP*, n. 57, p. 105-122, 2004.

⁷⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19. [S.l.]: WHO, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 11 out. 2021.

A [M1] trabalha com o repasse de dados anonimizados pelas empresas operadoras de telefonia ao Poder Público. Seu funcionamento tem como objetivo a formulação de “mapas de calor” a partir da comunicação entre o chip de celular e uma antena identificada. Quando o chip é conectado a uma antena (em linguagem técnica, “Estação Rádio-Base”), é possível identificar sua localização no espaço. A soma dos dados de todos os chips viabiliza o monitoramento de locais de aglomeração, capacitando assim o Estado a intervir.

Na [M2], o Poder Público federal objetiva construir uma base de dados simplificada somente com o número do telefone, idade e o município de todos os cidadãos em âmbito nacional, com a finalidade de estabelecer um serviço de teleatendimento para identificar os sintomas do novo Coronavírus por meio de triagem à distância (tal sistema já está em funcionamento atualmente).

A [M3] foi juridicamente materializada com a edição da Medida Provisória nº 954/2020 (MPV 54), determinando às empresas de telecomunicações o compartilhamento de dados de todos os seus consumidores ao IBGE. Segundo o texto normativo do Executivo, os dados compartilhados seriam nome, número de telefone e endereço dos consumidores de Serviço Telefônico Fixo Comutado e Serviço Móvel Pessoal. O objetivo era que as atividades de estudos estatísticos realizadas pelo IBGE não fossem interrompidas pela pandemia de Covid-19. Na exposição de motivos da MPV 954⁷¹, justificou-se que a finalidade era conciliar a manutenção do serviço de estatística à preservação da saúde dos agentes responsáveis pela coleta, que, por intermédio do banco de dados fornecido pelos serviços de telefonia, operariam por telefone em vez de presencialmente.

Estas três medidas [M] diretamente restritivas da privacidade, de compartilhamento (inconsentido) de informações/dados pessoais, estariam sendo utilizadas para aferir as medidas indiretamente restritivas das liberdades de reunião e de locomoção, cuja finalidade seria a redução do risco de contágio de transmissão comunitária da Covid-19. O compartilhamento “entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação” está previsto no artigo 6º, caput, da Lei nº 13.979/2020. Tal obrigação pode inclusive estender-se a pessoas jurídicas de direito privado, “quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária” (art. 6º, § 1º).

⁷¹ BRASIL. Poder Executivo. EM nº 00151/2020 ME. Brasília, 15 abr. 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

Todavia, o compartilhamento de dados pessoais e a coleta de dados de geolocalização de pessoas são medidas que podem representar violação do direito à privacidade. Na época da adoção destas medidas [M] a LGPD já compunha o ordenamento jurídico e efetivamente serviu como modelo de referência para a conduta dos agentes estatais - por exemplo, o próprio Parecer n.00281/2020/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU fundamentou suas conclusões nos dispositivos da LGPD⁷². O tema pode ser observado, ainda, a partir de um nível maior de abstração, no nível dos princípios de direitos fundamentais. Estão sob foco os direitos fundamentais à privacidade (que, em relação ao tema deste artigo, materializa-se na proteção dos dados pessoais) e à saúde (cuja tutela materializa-se nas medidas de minimização do contágio comunitário da Covid-19). As medidas apresentadas neste trabalho demonstram que as ações para a promoção do direito à saúde podem esbarrar na tutela que deve ser promovida ao direito à privacidade.

No texto “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático⁷³”, Alexy suscita que os direitos humanos/fundamentais podem se converter em um problema para a democracia quando de um mero ideal sejam tornados em algo real. Esta problematização democrática cabe no recorte das três aludidas medidas [M] de redução do risco de contágio do COVID-19, pois podem estar em conflito dois direitos fundamentais. Com efeito, Alexy reforça a necessidade da fundamentação e do exame de proporcionalidade e distingue 3 modos de ver a relação entre direitos fundamentais e democracia; ingênuo: não existe conflito, porque tanto a democracia como os direitos fundamentais são “bons” e ilimitados; idealista: o conflito existe, mas dentro do ideal de uma sociedade politicamente perfeita, em que povo e representantes políticos não estão interessados em violar os direitos fundamentais por decisões de majorias parlamentares; e realista: direitos fundamentais são democráticos porque asseguram o desenvolvimento e a existência de pessoas capazes de manter as condições funcionais do processo democrático.

Alexy aposta na visão realista com a resolução dos conflitos de direitos fundamentais pela representação política (parlamento) e pela representação argumentativa (judiciário): “O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”. A representação argumentativa atua negativamente como instância de reflexão (e até objeção) do processo político, e positivamente, pois cabe aos cidadãos aprovar os argumentos do tribunal se aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. Se há uma estabilidade entre as

⁷² BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer n. 00281/2020/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU. Disponibilização de base de dados - Ação de prevenção e monitoramento (COVID-19). NUP: 01250.015606/2020-12. Brasília: Advocacia Geral da União, 1 abr. 2020.

⁷³ ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acesso em: 11 out. 2021.

representações e os papéis do Legislativo e do Judiciário, pode-se falar de uma institucionalização dos direitos humanos/fundamentais em um Estado Constitucional democrático e a reconciliação entre direitos fundamentais e democracia. Alexy atribui uma liberdade limitada à argumentação jurídica, enquanto atividade linguística de correção dos enunciados normativos em que se pode incluir o processo e a discussão científico-jurídica. O discurso jurídico, resumidamente, possui como condições limitadoras a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes e seu enquadramento pela dogmática elaborada pela Ciência do Direito⁷⁴.

Tendo estas premissas em conta, no nível hierárquico extremo, a gramaticalidade do texto de 1988 atribui à saúde (art. 6º, 196 a 200) e à privacidade (art. 5º, inc. X, XI, XII, LX, LXXII,) dupla fundamentalidade (formal e material). Não há regras textual-normativas que estabeleçam relações de restrição. A restrição a direitos fundamentais é condição para a concordância prática e coexistência desses direitos e por esta razão são os direitos fundamentais restringíveis⁷⁵. Há possibilidades fáticas e jurídicas para o seu maior grau de otimização (e também afetação), o que deflui da lógica da tipologia normativo-teórica de princípios⁷⁶. Ao examinar a volatilidade semântica da palavra “princípios” na literatura científica brasileira, Virgílio Afonso da Silva⁷⁷ admite que o conceito de princípio para Alexy “nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um <mandamento nuclear do sistema>, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade”. Não há uma relação de precedência absoluta entre estes princípios. A solução para essa colisão levará em consideração o caso concreto [C] para a fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência condicionada em face do outro [P].

Não se reputa, como já advertiu Fernando Leal⁷⁸, que as soluções dadas a seguir entreguem resultados matematicamente exatos, com ausência de variabilidade/indeterminação

⁷⁴ ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.31.

⁷⁵ SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006; ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁷⁶ ALEXY, R. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v.16, n.2, p. 131-140, jun. 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9337.00228/pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁷⁷ SILVA, V. A. da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

⁷⁸ LEAL, F. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C - R. Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, v. 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

de resultados e/ou epistemologicamente imparciais. Contudo, as conclusões reportam enunciados racional e juridicamente fundamentados e justificados. Sob outras condições, é possível que racionalmente as questões de precedência sejam resolvidas de outra forma até oposta⁷⁹, com o controle intersubjetivo de seus resultados decorrente de ônus argumentativo.

3 DAS RELAÇÕES DE PRECEDÊNCIA CONDICIONADA ENTRE AS MEDIDAS DESTACADAS

As três medidas sob análise assemelham-se porque operam a coleta de dados pessoais com a finalidade de auxiliar na construção de medidas não-farmacológicas de contenção da pandemia e visam a redução do risco de doença. A coleta de dados pessoais, por sua vez, é tutelada pelo direito fundamental à privacidade (proteção de dados pessoais), nos termos desenvolvidos no item 1 deste trabalho. Dessa forma, justifica-se a formulação de critérios relacionados à proteção de dados pessoais para analisar cada uma delas.

No conceito de liberdades protegidas como “um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida⁸⁰” incluem-se no contexto brasileiro as liberdades (1) de locomoção (art. 5º, XV, CF/88), (2) de manifestação religiosa ou de crença (art. 5º, VI, CF/88), (3) de pensamento e de expressão (art. 5º, IV, IX, CF/88), (4) de reunião (art. 5º, XVI, CF/88) e (5) de associação (art. 5º, XVII, CF/88). Em relação ao Estado, pois, tais liberdades são juridicamente protegidas para que o Estado não embarace o titular da liberdade no “fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre⁸¹”. Este direito ao não-embaraço é um direito a uma ação negativa. Esta característica protetivo-negativa também está presente nos “direitos de defesa”.

Na interpretação sistemática da leitura infraconstitucional e supra-legal, tanto no PIDCP⁸² como na CADH⁸³ a saúde pública é hipótese textual-normativa de restrição de liberdades

⁷⁹ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 96; ALEXY, R. *Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade*. Trad. Rogério L. Nery da S. In: ALEXY, R., BAEZ, N. L. X.; NERY DA SILVA, R. L. *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

⁸⁰ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233.

⁸¹ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 234.

⁸² Artigos 12, 18, 19, 21 e 22 do Decreto nº 591/92. BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 7 jul. 1992, p. 8713. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

protegidas (1) de locomoção, (2) de manifestação religiosa ou de crença, (3) de pensamento e de expressão, (4) de reunião e (5) de associação. A interpretação lógica protetivo-normativa do direito a saúde é uma hipótese jurídico-restritiva da dimensão defensiva destas liberdades protegidas. Por sua vez, a lógica da dimensão defensiva (direitos a ações negativas) é a que inicialmente está inscrita nas premissas protetivas da privacidade (inviolabilidade moral, inviolabilidade do domicílio, inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas). E a proteção os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural é o objetivo legal da LGPD (art. 1º). Cumpre, pois, estabelecer as relações de precedência condicionada que pautam esse conflito de direitos fundamentais, que como se verá, foram argumentadas no nível normativo infraconstitucional e legal, em hipóteses textual-normativas já previstas em leis ordinárias do ordenamento jurídico brasileiro.

Princípios e regras são razões para normas e indiretamente razões para ações. A doutrina do direito fundamental à privacidade/proteção de dados pessoais prevê alguns critérios que devem pautar o tratamento desses dados. Esses critérios são, sinteticamente, os seguintes: 1) correção; 2) exatidão; 3) finalidade; 4) publicidade; 5) acesso individual; 6) segurança física e lógica do acervo de dados. Foram assimilados jurídico-positivamente na hierarquia infraconstitucional e legal pela LGPD em seu artigo 6º, cuja redação contém:

TABELA 1 - Critérios jurídico-positivos para as atividades de tratamento de dados pessoais

Finalidade:	realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades
Adequação:	compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento
Necessidade:	limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados
Livre acesso:	garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais
Qualidade dos dados:	garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento

⁸³ Artigos 12, 13, 15, 16 e 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Decreto nº 678/92. BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, de 9 nov. 1992, p. 15562. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

Transparência:	garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial
Segurança:	utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão
Prevenção:	adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais
Não discriminação:	impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos
Responsabilização e prestação de contas:	demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas

Estes critérios jurídico-positivos que conformam as atividades de tratamentos de dados pessoais se traduzem em parâmetros de análise às medidas [M] estudadas neste trabalho. Para o exame, integram, contudo, o mesmo campo denotativo:

(1) A análise da qualidade dos dados, da prevenção e da segurança está relacionada à obrigação de o agente de tratamento (neste caso, o Poder Público) adotar medidas capazes de coletar os dados com exatidão e, ao mesmo tempo, proteger estes dados contra a intervenções externas. (2) O livre acesso e a transparência relacionam-se à comunicação entre o agente do tratamento e o titular dos dados. Esses requisitos são preenchidos quando o titular dos dados é capacitado a conhecer quais foram seus dados pessoais coletados, bem como os agentes, a duração e o processo do tratamento. (3) A não discriminação no caso das três medidas aqui estudadas está devidamente preenchida, uma vez que a finalidade do tratamento de dados - tutela da saúde pelo estabelecimento de medidas de contenção da pandemia - não tem nenhum cunho discriminatório, ilícito ou abusivo. (4) Por fim, quanto à responsabilização e prestação de contas, demonstra-se observada quando o agente garante a eficácia do cumprimento de todas as normas de proteção de dados pessoais na execução do tratamento de dados.

Esses quatro critérios, cuja aplicação dá-se de forma idêntica às três medidas [M], não compõem o centro de nossa análise. Sua observância é vinculativa e deve ser exercida mesmo durante o estado de pandemia. Além do mais, não são variáveis decisivas aos termos que pautam a hipotética precedência do direito à saúde em relação ao direito à privacidade. O direito à privacidade, nesses específicos pontos, não cede diante do direito à saúde, de forma que tais critérios se afastam da problemática estabelecida neste artigo. Conforme evidenciaremos a

seguir, os critérios que constituem variáveis relevantes às condições de precedência do direito à saúde sobre o direito à privacidade são os da finalidade e da necessidade.

Ao observar a finalidade do tratamento de dados pessoais relacionado a cada medida [M], na [M1], o fim da medida é capacitar o Estado a identificar pontos de aglomeração para atuar de forma repressiva. Considerando-se a aproximação um fator de maximização do contágio, a dispersão de aglomerações consubstancia-se em medida de promoção da tutela da saúde. Na [M2], o objetivo da tutela da saúde realiza-se pela construção de um terminal de teleatendimento para facilitar o diagnóstico e identificação de pessoas contaminadas. Por fim, na [M3] a tutela relaciona-se à segurança do trabalho das pessoas que realizam as entrevistas para a construção de estatísticas pelo IBGE. Há diferença substancial entre as medidas: a [M1] demanda apenas dados anonimizados (geolocalização para formulação de mapas de calor), diferentemente das [M2 e M3], as quais para funcionarem exigem dados particularizados.

Compreende-se, com efeito, que o grau de afetação que uma medida destinada a promover um princípio de direito fundamental representa em outro princípio de direito fundamental deve ser compensado pela importância da realização do direito fundamental promovido pela medida. A partir disso, precisamos analisar qual o grau de afetação que cada uma das medidas representa ao direito à privacidade e, então, se tal afetação está justificada pela promoção do direito à saúde. De início já se pode estabelecer que o grau de afetação das [M2 e M3] é superior ao da [M1], uma vez que esta trabalha com dados anonimizados, diminuindo assim o impacto ao direito à privacidade. Portanto, será necessária uma fundamentação mais consistente para sustentar a aplicação de [M2 e M3] em relação a [M1].

Tendo como razão a declaração de estado de transmissão comunitária da Covid-19 e defendendo o conceito expansionista de dados pessoais⁸⁴, haverá precedência do direito fundamental à saúde no monitoramento da circulação de pessoas [M1] caso preenchidas as seguintes condições: (1) se o compartilhamento pelas operadoras for de informações agregadas e proveniente de dados anonimizados segundo o art 72, §2º, Lei n. 9472/97. Trata-se de aplicação do critério da necessidade, na medida em que a formulação de mapas de calor dispensa a identificação das pessoas; (2) com a finalidade exclusiva de identificar situações de concentração de pessoas e risco de contaminação, durante a situação de emergência de saúde pública prevista na Lei 13.979/20. Isso materializa um compromisso com uma finalidade estabelecida e condiciona a aplicação da tecnologia estritamente ao período da pandemia - em

⁸⁴ BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

outras palavras, superado o estado de pandemia, a continuidade dessa tarefa deverá ser submetida a nova análise; (3) quanto mais e maior o grau de *Privacy Enhancing Technologies* melhor a proteção (na linha do descrito na Recomendação 2020/518 da Comissão Europeia⁸⁵).

Sobre o compartilhamento de base de dados simplificada de âmbito nacional [M2] com o número do telefone, idade e o município para implantação de teleatendimento para triagem de identificação de indivíduos com sintomas da Covid-19 (dados sensíveis: art. 5, II, LGPD), o Ofício nº 401/2020/SE/GAB/SE/MS indica que esta triagem à distância objetiva viabilizar a prevenção ativa e o monitoramento dos casos já identificados e “evitar que casos não críticos cheguem às unidades de saúde, impedindo a disseminação do novo vírus aos profissionais de saúde, mantendo maior controle da proliferação da doença, nos locais de sua maior incidência”. Tendo esta razão, haverá precedência do direito fundamental à saúde caso reunidas as seguintes condições: (1) se houver pedido de autoridade competente (Ministério da Saúde: art. 47, III, Lei nº 13.844/2019), dentro da hipótese da previsão legal (art. 213, Lei n. 9472/97; art. 6º, §1º, Lei n.º 13.979/2020); (2) utilização para finalidade específica (exclusiva) de evitar a propagação da Covid-19 e possível identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção; (3) durante a situação de emergência de saúde pública prevista na Lei 13.979/20 e observado o art. 116 da Lei nº 8.666/93; (4) quanto mais e maior o grau de *Privacy Enhancing Technologies*, maior extensão terá esta regra⁸⁶.

Por derradeiro, quanto à [M3], em abono do reconhecimento judicial no Brasil do direito fundamental da proteção de dados pessoais em 2020, cabe citar a suspensão da MPV 954 pelo STF, em decisão da lavra da ministra Rosa Weber na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 (ADI 6387)⁸⁷. Posteriormente, este ato normativo teve seu prazo de

⁸⁵ THE EUROPEAN COMMISSION. **COMMISSION RECOMMENDATION (EU) 2020/518 of 8 April 2020**. Brussels: Official Journal of the European Union, 8 abr. 2020 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020H0518&from=EN>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁸⁶ A análise das medidas M1 e M2 foram expostas com muito menor consistência argumentativa, menos enfoque, menos amplitude, menor extensão, e sem a decisiva razão normativo-legal da LGPD em um texto preliminar: CUNHA E CRUZ, M. A. R.; CAMARGO, L. H. K. As relações de precedência condicionada como limite à vigilância extrema: o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação. In: BIONI, B. R. *et al* (org.). **Os dados e o vírus: pandemia, proteção de dados e democracia**. São Paulo: Reticências Creative Design Studio, 2020. p. 145-152. v. 1.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387 [Informativo STF nº 976]**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 6 e 07/05/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=adi%206387&numero=976&pagina=1&base=INFO>. Acesso em: 11 out. 2021.

vigência encerrado no dia 14 de agosto de 2020⁸⁸ e declarada a perda do objeto da ADI 6387. A despeito destas superveniências, pela importância histórico-jurídica é cabível e consistente a análise da aludida medida provisória. A MPV 954⁸⁹ previa o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus. O STF, por maioria, referendou a decisão cautelar, com o entendimento de que ao obrigar as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar ao IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, haveria violação aos dispositivos da CF/88 que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados.

Com efeito, a “representação argumentativa” do STF como instância de reflexão e objeção deste procedimento político do Executivo (MPV 954) foi positivamente importante. A inadequação fática desta medida restritiva da privacidade [M3] se desvelou pelo próprio IBGE, no que Fernando Leal⁹⁰ já denominou de “otimização como composição de primeira ordem”, pois antes mesmo do *referendum* do Plenário do STF (7/5/2020) e sem se valer dos comandos normativos da MPV 954, iniciou-se (4/5/2020) a coleta de dados a partir da base de dados de 211 mil domicílios que participaram da PNAD Contínua no primeiro trimestre de 2019 com a seleção daqueles com número de telefone já cadastrados⁹¹.

O texto da MPV 954 não motivou suficientemente a razão pela qual incluiu a obrigação de compartilhamento de dados do Serviço Móvel Pessoal - SMP, se o objetivo era a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua). Não motivou o alcance do aludido

⁸⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 112, de 2020. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 20 ago. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-112-mpv954.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

⁸⁹ BRASIL. Medida Provisória n. 954/2020, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 17 abr. 2020, p.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso: 11 out. 2021.

⁹⁰ LEAL, F. O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 17, n. 2, p. 411-424, 31 ago. 2016.

⁹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE começa coleta por telefone da PNAD Covid em mais de 190 mil domicílio *Agência de Notícias IBGE*, 4 maio 2020 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?utm_source=covid19&utm_medium=hotsite&utm_campaign=covid_19. Acesso em: 11 out. 2021

compartilhamento, se da totalidade ou não dos brasileiros. Não apontou a finalidade específica de qual “produção estatística oficial”, tampouco as responsabilidades e os graus de intensidade da afetação da proteção de dados pessoais. Seria, portanto, juridicamente incorreto realizar tratamento de dados pessoais de modo inadequado, faticamente desnecessário e não limitado “ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (art. 6º, III, LGPD⁹²).

A interpretação histórica demonstra o caráter contextual, sistemático e democrático que a proteção de dados pessoais possui no Brasil, e acrescenta mais uma nas razões pelas quais foi correta a suspensão da efetividade da MPV 954, que é medida de exceção. A MPV 954 não trouxe evidências sobre o que, quem, como, quando, em que ocasião e com qual objetivo os dados seriam compartilhados, em remissão parcial ao famoso caso sobre a Lei do censo julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, em 15 de dezembro de 1983, configurador do “direito à autodeterminação informativa”.

CONCLUSÃO

O reconhecimento do estado de pandemia traz consigo diversas adversidades jurídicas, demandando esforços tanto para promover quanto para preservar direitos fundamentais nesse cenário. É preciso fixar a proteção de dados pessoais como um direito fundamental e, assim, tutelá-lo mesmo durante a pandemia, para que situações transitórias não se transformem em um campo fértil para “normalização” de exceções de afetação da privacidade a legitimar - uma de suas principais características - uma vigilância indevida.

Neste artigo, destacamos três medidas que potencialmente afetam o direito à privacidade: [M1] o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação sobre a circulação de pessoas; [M2] o compartilhamento de dados pessoais para a implantação de teleatendimento pelo Ministério da Saúde; [M3] o compartilhamento de dados ao IBGE de todos os consumidores de empresas de telecomunicações. Buscamos estabelecer os termos das relações de precedência condicionada entre os direitos à privacidade e à saúde nestes casos.

⁹² BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 15 ago. 2018, p. 59. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 7 nov. 2021.

Sobre [M1], concluímos que o direito à privacidade é precedido pelo direito à saúde com os seguintes condicionantes: 1) se o compartilhamento pelas operadoras for de informações agregadas e proveniente de dados anonimizados; 2) se a finalidade exclusiva for identificar situações de concentração de pessoas e risco de contaminação, durante a situação de emergência de saúde pública prevista na Lei 13.979/20; 3) quanto mais e maior o grau de Privacy Enhancing Technologies melhor a proteção.

Sobre [M2], há precedência do direito fundamental à saúde quando preenchidas as seguintes condições: 1) se houver pedido de autoridade competente (Ministério da Saúde: art. 47, III, Lei nº 13.844/2019), dentro da hipótese da previsão legal (art. 213, Lei n. 9472/97; art. 6º, §1º, Lei n.º 13.979/2020); 2) se a finalidade específica (exclusiva) for evitar a propagação da Covid-19 e identificar pessoas infectadas ou com suspeita de infecção; 3) se a duração da medida restringir-se à situação de emergência de saúde pública prevista na Lei 13.979/20, observado o art. 116 da Lei nº 8.666/93; 4) quanto mais e maior o grau de Privacy Enhancing Technologies, maior extensão terá esta regra.

Por fim, verificou-se que a [M3] não foi capaz de sequer promover os fins por ela almejados e representa uma violação do direito fundamental à privacidade. A violação foi neste trabalho ilustrada com a objeção a este procedimento político do Executivo (MPV 954), uma vez que [M3] é faticamente inadequada, não motivou suficientemente a razão pela qual estabeleceu a obrigação de compartilhamento de dados telefônicos com o Poder Público, não explicou o alcance da medida, não apontou a finalidade específica (qual estatística seria produzida) tampouco as responsabilidades dos agentes do tratamento. Ademais, não esclareceu suficientemente as razões pelas quais o tratamento de dados seria utilizado como medida para o controle do contágio da Covid-19 no Brasil, além de ter sido realizado outro procedimento fático de coleta a partir da própria base de dados do próprio IBGE para o mesmo objetivo pretendido pela MPV 954: ou seja, era também faticamente desnecessária. Não foi suprido o ônus argumentativo indispensável para estabelecer uma adequada, necessária e proporcional relação de precedência do direito à saúde, prevalecendo, nesta hipótese, o direito à proteção dos dados pessoais. É juridicamente procedente a refutação da MPV 954 como uma medida de exceção e é coerente a representação argumentativa da decisão do STF no referendo à ADI 6387, que suspendeu a eficácia da MPV 954/2020.

A única pessoa capaz de ver com os olhos no Ensaio sobre a cegueira era a mulher do médico - e não o médico. No livro há duas cenas emblemáticas. Logo quando o médico perdeu sua vista, entrou no banheiro onde estava o espelho e estendeu as mãos até tocar no vidro.

Sabia que sua imagem estava “ali a olhá-lo, a imagem via-o a ele, ele não via a imagem”. Ao entrar em uma igreja, a mulher do médico viu que as imagens de todos os santos tinham uma venda branca tapando-lhes os olhos. Em alguns municípios (do interior) do Brasil, em nossa realidade mundana, uma máscara facial de proteção foi colocada no rosto da imagem de santos. Além de sinalizar incentivo às medidas de contenção ao contágio, a presença ou a ausência de máscara também pode simbolizar nossa cegueira diante desse novo mal. Algumas medidas estabelecidas para a contenção do contágio da Covid-19 podem transformar-se em ferramentas para a implantação de um estado de vigilância indevida. Outras não. Contudo, para rechaçar a agnosia, a amaurose ou até mesmo cegueira branca, temos que estender nossos argumentos (mãos) até tocar os direitos fundamentais (o vidro), pois os direitos fundamentais estão “ali a olhá-lo, a imagem via-o a ele, ele não via a imagem”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acesso em: 11 out. 2021.
- ALEXY, R. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9337.00228/pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.
- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ALEXY, R. Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade. Tradução Rogério L. Nery da S. In: ALEXY, R., BAEZ, N. L. X.; NERY DA SILVA, R. L. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 165-178.
- ANDRADE, J. C. V. Os direitos fundamentais do século XXI. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL: Derecho constitucional para el siglo XXI, 8, 2006, Sevilla / Universidad de Sevilla, **Actas...**, Navarra: Aranzadi, 2006, p.1052-1055.
- ARAÚJO, L. A. D. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ATHENIENSE, A. As transações eletrônicas e o direito de privacidade. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 2, n. 19, p. 1170-1177, out. 2002.

BARRIENTOS-PARRA, J. D.; BORGES MELO, E. C. O Direito à Intimidade na Sociedade Técnica: rumo a uma política pública em matéria de tratamento de dados pessoais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, n. 180, p. 197-214, out./dez. 2008.

BALKIN, J. M. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, fev. 2018.

BAKER, J. J. Beyond the Information Age: The Duty of Technology Competence in the Algorithmic Society. **South Carolina Law Review**, v. 69, n. 3, p. 557-578, spring 2018.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n. 00281/2020/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU**. Disponibilização de base de dados - Ação de prevenção e monitoramento (COVID-19). NUP: 01250.015606/2020-12. Brasília: Advocacia Geral da União, 1 abr. 2020.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento)**, Brasília: Imprensa Nacional, 27 maio 1987.

BRASIL. Congresso Nacional. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 112, de 2020. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, de 20 ago. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-112-mpv954.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Marco legal da proteção de dados pessoais é sancionado**. Câmara dos Deputados, 14 ago. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/561337-MARCO-LEGAL-DA-PROTECAO-DE-DADOS-PESSOAIS-E-SANCIONADO;-LEI-ENTRA-EM-VIGOR-EM-2020.html>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, de 7 jul. 1992, p. 8713. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, de 9 nov. 1992, p. 15562. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, de 15 ago. 2018, p. 59. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL. Medida Provisória n. 954/2020, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 17 abr. 2020, p.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso: 11 out. 2021.

BRASIL. Poder Executivo. **EM nº 00151/2020 ME**. Brasília, 15 abr. 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso especial nº 22.337/RS**. Recorrente: Clube de Diretores Lojistas de Passo Fundo/RS. Recorrido: José Orivaldo Moreira Branco. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13/02/1995. Brasília, DJ 20/03/1995, p. 6119. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200114466&dt_publicacao=20/03/1995. Acesso em: 11 out. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 58.883**. Paciente: Rubens Tarouco Patulé. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Soares Muñoz. Brasília, j. 26/05/1981, DJ 09/10/1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=66734>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 59394**. Recorrente: Constantina Anastasie Alvanon. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Néri da Silveira, 13 nov. 1981, DJ 11/06/1982. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98430>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário nº 100037**. Recorrentes: José Carlos Albano Englert e sua mulher. Recorridos: Victor José Faccioni e sua mulher. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, j. 18/10/1983, DJ 18/11/1983. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192448>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Ordinário em Habeas Data nº 22-8**. Recorrente: Osmar Alves de Melo. Recorrido: Secretário da Secretaria de Assuntos Estratégicos. Relator: Min. Marco Aurélio, relator para Acórdão Min. Celso de Mello. Brasília, j. 19/09/1991, DJ 01/09/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362613>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 736**. Requerente: Procurador Geral da Justiça. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, j. 04/06/1992, DJ 14/06/2002. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346572>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Habeas Corpus nº 72588**. Paciente Paulstein Aureliano de Almeida. Impetrante: Antônio Pereira de Almeida Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, j. 12/06/1996, DJ 04/08/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73874>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Segurança nº 21729**. Impetrante: Banco do Brasil S/A. Impetrado: Procurador-Geral da Justiça. Relator: Min Marco Aurélio, relator para Acórdão: Min. Néri da Silveira. Brasília, j. 05/10/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>. Acesso em 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Habeas Corpus nº 75338**. Paciente: Ademir Afono Guimarães. Impetrante: José Mauro Couto de Assis. Coator: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, j. 11/03/1998, DJ 25/09/1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75912>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1790**. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG/BR. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, j. 23/04/1998, DJ 08/09/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347269>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 9854**. Justiça Rogante: Procuradora da Coroa de Subdivisão do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Agravantes: Selim J. Skaf, Hariz Comércio Exterior LTDA e Souad G. Hariz. rel. Min. Marco Aurélio, j. 28/05/2003, DJ 27/06/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324413>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 84367**. Paciente: Dayse Nogueira Monassa. Impetrante: Marcos Heusi Netto. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, j. 09/11/2004, DJ 18/02/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79569>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 418416**. Recorrente: Luciano Hang. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, j. 10/05/2006, DJ 19/12/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395790>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário nº 673707**. Recorrente: Rigliminas Distribuidora LTDA. Recorrido: União. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, j. 17/06/2015, DJe-195 30/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9487405>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Agravo Regimental em **Recurso Extraordinário nº 601766**. Agravante: União. Agravado: Indústria e Comércio De Plásticos Fortuce LTDA. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 29/09/2017, DJe 16/10/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13808231>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 168052**, Segunda Turma. Paciente: Rodrigo Ricardo Laurindo. Impetrante: Arai de Mendonça Brazão. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, j. 20/10/2020, DJe 284, 02/12/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754545381>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387 [Informativo STF nº 976]**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 6 e 07/05/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=adi%206387&numero=976&pagina=1&base=INFO>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5527/DF. **[Informativo STF nº 979]** Requerente: Partido da República. Relatora: Min. Rosa Weber, 27 e 28/05/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo979.htm>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5935**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, j. 22/05/2020, DJe-03/06/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834387>. Acesso em: 11 out. 2021.

BIONI, B. R. O dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção dos dados pessoais dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 94, p. 283-324, jul./ago. 2014.

BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BORGES FORTES, V.; ORO BOFF, S. A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. *Sequência*, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 109-128, jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p109>. Acesso em: 11 out. 2021.

CALDAS, P. F. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMARGO, C. A.; CRESPO, M. Uma breve história da internet e do Comitê Gestor da Internet no Brasil. *Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.BR)*, 08 out. 2015. Disponível em: <https://www.nic.br/noticia/na-midia/uma-breve-historia-da-internet-e-do-comite-gestor-da-internet-no-brasil/>. Acesso em: 7 nov. 2021.

CARVALHO, A. P. G. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de direito do consumidor (RT)*, v. 12, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

CITRON, D. K.; PASQUALE, F. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. *Washington Law Review*, v. 89, n.1, p. 1-34, mar. 2014.

COSTA JUNIOR, P. J. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 3 ed. São Paulo, Sciliano, 2004.

CUEVA, R. V. B. Há um direito à autodeterminação informativa no Brasil? *In*: MUSSI, J.; SALOMÃO, L. F.; MAIA FILHO, N. N. (org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 220-241. v. 3.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; SOUSA, J. M. A proteção dos dados pessoais e o Habeas Data no STF. *In*: MACHADO, E. D.; BREGA FILHO, V. KNOEER, F. G. (org.). *Direitos fundamentais e democracia I*. Curitiba: Clássica, 2014. p. 411-440. v. 23.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; OLIVEIRA, L. P. S.; SOUSA, J. M. A (in)efetividade do habeas data como garantia da proteção de dados pessoais no STF. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 4, p. 171-189, 2015.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; CASTRO, M. F. O habeas data e a concretização do direito à proteção de dados pessoais na metódica constitucional de Friedrich Müller. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, v. 19, n. 1, p. 191-230, jan./abr. 2018.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; CAMARGO, L. H. K. As relações de precedência condicionada como limite à vigilância extrema: o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação. *In*: BIONI, B. R. *et al* (org.). *Os dados e o vírus: pandemia, proteção de dados e democracia*. São Paulo: Reticências Creative Design Studio, 2020. p. 145-152. v. 1.

DALLARI, D. A. O habeas data no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [s.l.], v. 97, p. 239-253, jan. 2002.

DE GREGORIO, G. From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society. *European Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 2, p. 65-104, 2019.

DELEUZE, G. Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle. In: DELEUZE, G. *Conversações*. 2. ed. São Paulo: 34, 2010.

DLA PIPER. *Data protection laws of the World: full handbook*. [S.l.]: DLA PIPER, 2020. Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/>. Acesso em: 11 out. 2021.

DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

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

DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, D.; MENDES, L. S. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v.9, p. 35-48, out./dez. 2016.

DRUMMOND, V. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

EUROPEAN COMMISSION. **COMMISSION RECOMMENDATION (EU) 2020/518 of 8 April 2020**. Brussels: Official Journal of the European Union, 8 abr. 2020 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020H0518&from=EN>. Acesso em: 11 out. 2021.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **FTC Recommends Congress Require the Data Broker Industry to be More Transparent and Give Consumers Greater Control Over Their Personal Information**: Agency Report Shows Data Brokers Collect and Store Billions of Data Elements Covering Nearly Every U.S., 2014. Consumer. FTC, 27 maio 2014. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/05/ftc-recommends-congress-require-data-broker-industry-be-more>. Acesso em: 11 out. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, p.439-459, 1 jan. 1993.

FERREIRA FILHO, M. G. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 11-17, out. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613/46348>. Acesso em: 11 out. 2021.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRAZÃO, A. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.;

OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23-52.

FREDRIKSSON, T. Esforços necessários para transformar o comércio eletrônico em um motor do Desenvolvimento. *In*: PESQUISA sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas brasileiras: TIC empresas 2017. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018. Livro eletrônico.

GEDIEL, J. A. P; CORRÊA, A. E. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o estado e o mercado. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, Curitiba, v. 47, p. 141-153, 2008.

GIANNOTI, E. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GREENLEAF, G. Global Tables of Data Privacy Laws and Bills. **Supplement to 157 Privacy Laws & Business International Report**, Sydney, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3380794>. Acesso em: 11 out. 2021.

GOUVEIA, J. B. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995.

GUERRA, S. C. S. **O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

HOEREN, T; KOLANY-RAISER, B. **Big Data in Context**. Switzerland: Springer International Publishing, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE começa coleta por telefone da PNAD Covid em mais de 190 mil domicílio **Agência de Notícias IBGE**, 4 maio 2020 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?utm_source=covid19&utm_medium=hotsite&utm_campaign=covid_19. Acesso em: 11 out. 2021

JABUR, G. H. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAEBER, M. R. S. Proteção de dados pessoais: o direito à autodeterminação informativa. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 37, p. 59-80, jul./set. 2007.

LEAL, F. Irracional ou hiper-razional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C - R. Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, v. 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

LEAL, F. O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, v. 17, n. 2, p. 411-424, 31 ago. 2016.

LEONARDI, M. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMBERGER, T. A informática e a proteção à intimidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n.33, p.110-124, out./dez. 2000.

LIMBERGER, T. Proteção de dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 67, p. 215-241, jul./set. 2008.

LIMBERGER, T. Da evolução do direito a ser deixado em paz, à proteção dos dados pessoais. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, p. 27-53, maio/ago. 2009.

MAIA, F. J. F. O habeas data e a tutela da dignidade da pessoa humana na vida privada. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória/ES, n. 12, p. 269-303, jul./dez. 2012.

MENDES, L. S. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

MENDES, L. S. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de direito do consumidor*, v. 79, p. 45-81, jul./set. 2011.

MENDES, L. S. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança. *Revista de direito do consumidor*, v. 90, p. 245-260, nov./dez. 2013.

MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de dados pessoais e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico.

MENDES, L. S. O regulamento europeu de proteção de dados pessoais e a lei geral de proteção de dados brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 124, p. 157-180, jul./ago. 2019.

MURILLO DE LA CUEVA, P. L. **El derecho a la autodeterminación informativa**. Madrid: Tecnos, 1990.

NAVARRO, A. M. N. P. O Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa. In: NASPOLINI SANCHES, S. H. D. F.; DUARTE, F.; ALENCAR, M. L. P. (coord.). CONPEDI/UFF (org.). *Direitos fundamentais e democracia II. XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. Niterói/RJ: FUNJAB, 2012. p. 429-458.

NOLAN, A.; PORCIUNCULA, L. Indústria 4.0: tecnologias emergentes e as políticas públicas. In: PESQUISA sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas brasileiras: TIC empresas 2017. São Paulo: **Comitê Gestor da Internet no Brasil**, 2018. p. 43-51. Livro eletrônico.

PASQUALE, F. Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility, and Explainability in an Algorithmic Society. *Ohio State Law Journal*, v. 78, n. 5, p. 1243-[iv], 2017.

PÉREZ LUÑO, A-E. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

PINHEIRO, P. P. G. Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, p. 309-323, fev. 2019.

REINALDO FILHO, D. A privacidade na Sociedade da Informação. *In*: REINALDO FILHO, D. (coord.). **Direito da Informática, temas polêmicos**. Bauru, SP: Edipro, 2002.

RODOTÀ, S. Derecho, Ciencia, Tecnologia. Modelos y Decisiones de Regulación. **Derecho PUCP**, n. 57, p. 105-122, 2004.

RODOTÀ, S. Cual Derecho para el Nuevo Mundo. **Revista de Derecho Privado**, n. 9, p. 5-22, jul./dez. 2005.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUEZ, D. P.; RUARO, R. L. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. **Direito, Estado e sociedade**, n.36, p. 178-199, jan./jun. 2010.

RUARO, R. L. O direito fundamental à proteção de dados pessoais do consumidor e livre mercado. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 118, p. 195-219, jul./ago. 2018.

SAMPAIO, J. A. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARAMAGO, J. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Cia das Letras, 2017.

SILVA, V. A. da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006.

SILVA, V. A. da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, V. A. da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, V. R. C. O acesso à informação na legislação brasileira. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 19, p. 161-181, 2011.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2005.

TRIVISONNO, A. T. G. Direitos Humanos e Fundamentais: Questões Conceituais. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 21, n. 1, p. 7-18, 30 jun. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Digital Economy Report 2019**: implications for developing countries. New York: UN Publications, 2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **UN Special Rapporteur on the right to privacy**. New York: Annual Reports UN, 27 fev. 2019. A/HRC/40/63 Advance unedited version. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/AnnualReports.aspx>. Acesso em: 11 out. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States**. US, 1787

VERONESE, A. A proposta brasileira de proteção de dados pessoais em comparação ao novo regulamento europeu. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 71-99, jan./mar., 2018.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 15 dez. 1890. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 11 out. 2021.

WERTHEIN, J. A sociedade da informação e seus desafios. **Ci. Inf.**, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19**. [S.l.]: WHO, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 11 out. 2021.

ZANON, J. C. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: RT, 2013.

Recebido em: 29.07.2020 / Revisões requeridas em: 08.10.2021 / Aprovado em: 13.10.2021 / Publicado em: 25.11.2021

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da; CAMARGO, Luís Henrique Kohl. O direito fundamental à proteção de dados pessoais e as condições de precedência em três medidas não farmacológicas adotadas pelo Brasil no enfrentamento da Covid-19. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 16, n. 1, e48479, jan./abr. 2021. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369448479>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/48479> Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2021 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira e Angela Araujo da Silveira Espindola



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE OS AUTORES

MARCO AURÉLIO RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ

Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla (título revalidado pela UFPE). Professor Permanente do Mestrado e do Doutorado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (PPGD UNOESC). Professor Colaborador do PPGD UFPEL. Editor-Chefe da Revista Espaço Jurídico: Journal of Law [EJL], Qualis Capes A1. Membro do

Comitê Científico do periódico Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades (Universidad de Sevilla - España). Avaliador ad hoc de periódicos especializados. Advogado. Desenvolve suas pesquisas sobre Direitos da Personalidade, Novas Mídias e Sociedade do Consumo, com estudos sobre Direito da Comunicação Social, focados nos seguintes temas: direitos humanos, direitos fundamentais, sociedade do consumo, liberdade de expressão, direitos da personalidade e novas mídias. Sua pesquisa recebeu auxílio do CNPq, CAPES-PROMOB, FAPEG, FUNADESP e UniEDU-SC. [ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-9343-5358>].

LUÍS HENRIQUE KOHL CAMARGO

Mestre em direitos fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc - Campus de Chapecó). Pós-graduado em direito público e privado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (Esmesc - Chapecó/SC). Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc - Campus de Joaçaba). Foi por dois anos bolsista de iniciação científica (PIBIC), sob a orientação do Prof. Régis Trindade de Mello. Membro do grupo de estudos "Direitos Sociais na América Latina" (GEDIS - <http://grupogedis.blogspot.com.br/>) e do grupo de estudos GECAL, da Unoesc Xanxerê. Atualmente é servidor público do Poder Judiciário de Santa Catarina, lotado na comarca de Florianópolis.