



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

(Distribuição por prevenção ADFP n. 695/DF)

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
– **CFOAB**, serviço público dotado de personalidade jurídica própria e forma federativa, regulamentado pela Lei 8.906/94, com endereço eletrônico *pc@oab.org.br* e sede em Brasília/DF, no SAUS, Qd. 05, Lote 01, Bloco M, inscrito no CNPJ sob no 33.205.451/0001-14, por seu Presidente e por seus advogados que esta subscrevem, **vem**, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos arts. 102, I, *a*, e 103, VII, da Constituição, no art. 54, XIV, da Lei nº 8.906/94, e no art. 2º, VII, da Lei nº 9.868/1999, **propor**

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO CAUTELAR

em face da integralidade dos dispositivos estabelecidos pelo **Decreto nº 10.046, de 09 de outubro de 2019**, por afronta ao artigo 84, incisos IV e VI, ‘a’, da Constituição Federal, tendo em vista que este ato infraregal exorbita os poderes normativos concedidos pela Constituição ao Presidente da República, e por violação direta aos artigos 1º, *caput*, inciso III e 5º, *caput*, e incisos X, XII e LXXII da Constituição Federal, os quais asseguram, respectivamente, a dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da intimidade, da privacidade e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; o sigilo dos dados; a garantia do *habeas data*, a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Ementa: “Decreto que exorbita os poderes normativos concedidos pela Constituição Federal ao Presidente da República e viola os direitos fundamentais à Dignidade da Pessoa Humana, à Intimidade, à Privacidade, ao Sigilo dos Dados e à Proteção de Dados Pessoais e à Autodeterminação Informativa. Invasão de competência legislativa. Inconstitucionalidade formal e material”.

I – DA PRELIMINAR DE PREVENÇÃO

Preliminarmente, o autor requer a distribuição por dependência desta petição inicial à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 695/DF, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em junho de 2020, cujo relator é o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, o qual se tornará prevento para o julgamento de ambos os processos, nos termos do que dispõe o art. 69 do RISTF: “*A distribuição da ação ou do recurso gera prevenção para todos os processos a ele vinculados por conexão ou continência*”.

A causa de pedir desta ação direta de inconstitucionalidade possui conexão com a causa de pedir da supracitada ADPF, haja vista que ambas discutem questões relativas à privacidade, à proteção de dados pessoais, ao compartilhamento de dados pelo Poder Público e à constitucionalidade do Decreto nº 10.046/2019, devendo os feitos ser reunidos para julgamento conjunto a fim de que não sejam proferidas decisões conflitantes ou contraditórias.

Como amplamente analisado nesta decisão, o regime jurídico de compartilhamento de dados entre órgãos e instituições do Poder Público é matéria de extrema relevância para a proteção constitucional do direito constitucional à privacidade (art. 5º, caput e incisos X, da Constituição Federal), situando-se como garantia elementar de qualquer sociedade democrática contemporânea.

Por esse motivo, é dever constitucional deste STF debruçar-se sobre a matéria, evitando-se que situações graves que colocam em risco a violação de preceitos fundamentais sejam perpetradas com suposto fundamento no Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019. Destaca-se ainda que a presente decisão não obsta a eventual análise de medida acauteladora relacionada a alegações de inconstitucionalidade deste ato normativo.¹ (...) (grifos nossos)

¹ Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 695/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes. Decisão Monocrática 24/06/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753005479&prcID=5938693>
Acesso em: 08/08/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

II – DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO: O DECRETO nº 10.046/2019

Em 10/10/2019 foi publicado o Decreto nº 10.046, de 09/10/2019, que “dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados”.

O supracitado decreto indica, no seu preâmbulo, que se vale das atribuições conferidas pelo art. 84, caput, incisos IV e VI, alínea ‘a’ da Constituição Federal. Tais dispositivos constitucionais disciplinam a competência privativa do Presidente da República para “(...)expedir decretos e regulamentos” (inciso IV), bem como, para “dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” (inciso VI, alínea ‘a’). Além disso, o decreto sustenta seu fundamento “no art. 5º, *caput*, inciso XXXIII, no art. 37, § 3º, inciso II, e no art. 216, § 2º, da Constituição, na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, no art. 11 da Lei nº 13.444, de 11 de maio de 2017, e no Capítulo IV da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018”.

O Decreto nº 10.046/2019 ostenta inconstitucionalidades formais e materiais, como analisaremos nesta petição inicial. Quanto às inconstitucionalidades formais, o decreto invade matérias de competência privativa de lei, exorbitando os poderes normativos concedidos pela Lei Fundamental ao Presidente da República, em afronta ao artigo 84, incisos IV e VI, ‘a’. No tocante às inconstitucionalidades materiais, o ato infralegal viola os direitos fundamentais à privacidade, à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa.

O Decreto nº 10.046/2019 contraria a ordem constitucional, notadamente a recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que ratificou a decisão cautelar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF - proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - e nas ADIs 6.388/DF, 6.389/DF, 6.390/DF e 6.391/DF. Na sessão ocorrida entre os dias 06 e 07 de maio de 2020, a Excelsa Corte Constitucional reconheceu a **autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais** ao referendar a medida cautelar deferida para suspender a eficácia da Medida Provisória 954/2020, que dispunha sobre o compartilhamento de dados de milhões de usuários brasileiros de telefonia fixa e



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

móvel com o IBGE.²

Nesta histórica decisão do STF, foi superado antigo paradigma da própria Corte, com o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informacional como um novo direito fundamental, destacado e independente do direito à privacidade, com a identificação de uma série de liberdades individuais, atreladas ao direito à proteção de dados pessoais, que não são abraçadas pelo direito à privacidade - na concepção da privacidade como uma garantia de abstenção do Estado na esfera privada individual.

Sob o argumento de que as medidas previstas no Decreto nº 10.046/2019 facilitarão o acesso dos brasileiros a serviços públicos federais, está sendo erigida uma **ferramenta de vigilância estatal extremamente poderosa**, que inclui informações pessoais, familiares e laborais básicas de todos os brasileiros, mas também dados pessoais sensíveis, como dados biométricos, tanto quanto “características biológicas e comportamentais mensuráveis da pessoa natural que podem ser coletadas para reconhecimento automatizado, tais como a palma da mão, as digitais dos dedos, a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar” (art. 2º, II, do Decreto nº 10.046/2019).

Consoante aludiu o Tribunal Constitucional alemão na paradigmática decisão de 1983, **“não há mais dados insignificantes”**. Vivemos a era da informação, na qual passamos a conviver com a crescente assimetria de poder – tecnológico, econômico e político – e novos fenômenos, como o “*big data*”, as redes sociais, as “*fake news*”, as “*filter bubbles*” e o “gabinete do ódio”.

A professora Laura Schertel Mendes assevera que a relevância do direito fundamental à proteção de dados “reside menos nos dados em si, mas no processo de coleta, armazenamento, utilização ou transferência, a partir do qual são extraídas informações pessoais a serem utilizadas em um determinado contexto para determinados fins”³.

Diante da gravidade e da potencialidade de violações aos direitos fundamentais de todos os brasileiros, a Ordem dos Advogados do Brasil debruçou-se sobre este tormentoso tema e elaborou dois importantes pareceres sobre o Decreto nº 10.046/2019, nos quais são

² Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF**, Relatora Ministra Rosa Weber, Decisão Monocrática 24/04/2020. Decisão do Plenário da Corte: 07/05/2020.

³ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas Data e Autodeterminação Informativa: Os Dois Lados da Mesma Moeda. Direitos Fundamentais & Justiça. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 12(39), 185-216. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v12i39.655> Acesso em: 08/08/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

analisados os fundamentos jurídicos que apresentaremos nesta exordial: o primeiro parecer⁴ foi elaborado por Lucia Maria Teixeira Ferreira, Coordenadora de Estudos e Pareceres da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RJ; o segundo parecer foi elaborado por Ilton Norberto Robl Filho e aprovado por unanimidade pela Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB.

O Decreto nº 10.046/2019 padece, neste sentido, de: **a) inconstitucionalidade formal**, por afronta ao artigo 84, incisos IV e VI, ‘a’, da Constituição Federal, visto que este decreto inova no ordenamento jurídico, tendo o Presidente da República extrapolado a sua competência constitucional regulamentar ao editar este ato infralegal; **b) inconstitucionalidade material**, por violação direta aos artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput*, incisos X e XII e LXXII da Constituição Federal, os quais asseguram, respectivamente, a dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da intimidade, da privacidade e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; o sigilo dos dados; a garantia do *habeas data* enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa; e por ferimento aos direitos fundamentais à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa, reconhecidos como direitos fundamentais autônomos, com fulcro nos arts. 1º, inciso III e 5º, *caput*, e incisos X, XII e LXXII da Constituição Federal, através da decisão proferida pelo Plenário dessa Egrégia Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. É o que se passa a expor.

III – DO CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é instrumento de controle abstrato de atos normativos estaduais e federais, nos termos do art. 102, I, ‘a’, CF/88. Frise-se que, para o STF, é irrelevante a forma ou o nome do ato para se identificar se um ato normativo é primário ou secundário.⁵ O que importa, para a Corte Constitucional, é o verdadeiro conteúdo

⁴ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Parecer sobre a legalidade dos Decretos nº 10.046/2019 e 10.047/2019 em face das normas que disciplinam os direitos fundamentais à proteção de dados e à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro*, nº 75, p. 257-289, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606722/Lucia_Maria_Teixeira_Ferreira.pdf. Acesso em 10/09/2020.

⁵ Nesta perspectiva, destaca-se o magistério do Ministro Luís Roberto Barroso: “Os atos normativos secundários, como decretos regulamentares, portarias, resoluções, por estarem subordinados à lei, não são suscetíveis de controle em ação direta de inconstitucionalidade. Não assim, porém, os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

normativo do ato; se é genérico e abstrato, será considerado *ato normativo primário*, mesmo que se denomine decreto regulamentar, portaria ou aviso.

Neste diapasão, destacam-se inúmeros precedentes desse Excelso Supremo Tribunal Federal⁶ em ações de grande repercussão, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (com medida cautelar) nº 1.748/RJ, proposta pelo Procurador-Geral da República em face de Ato Normativo (o Aviso nº 227/1997) expedido pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que instituía a **figura do Promotor de Justiça *ad hoc***. Foi acolhido o argumento da representação da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, evidenciando-se que a forma escolhida pelo Corregedor – **Aviso** – nenhuma relevância tinha para qualificar o ato ou para impedir que este fosse tido como ato normativo primário⁷.

Em verdade, a jurisprudência consolidada ratifica a possibilidade de controle de constitucionalidade dos decretos editados pelo Presidente da República, conforme se observa no seguinte precedente:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. DECRETO 1.719/95. TELECOMUNICAÇÕES: CONCESSÃO OU PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO. DECRETO AUTÔNOMO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO. OFENSA AO ARTIGO 84-IV DA CF/88. LIMINAR DEFERIDA. A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional no 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige. A Lei

jurídica atuando com força de lei”. (**O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 248)

⁶ “Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem afirmado que, para que determinado ato normativo possa ser impugnável por meio das ações do controle concentrado, deve se revestir de abstratividade e de generalidade suficientes para tanto, pelo que se afirma não caber ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos de efeitos concretos. Esse entendimento, inclusive, já foi aplicado a casos nos quais se impugnavam decretos legislativos editados por Assembleias Legislativas estaduais, como, por exemplo, nos seguintes precedentes: ADI 1.937-MC-QO, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJe de 31/8/2007; ADI 1.555, rel. min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 10/10/1997; ADI 769-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ de 8/4/1993”. (**STF, ADI 5184. Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Luiz Fux, Julg. 30/08/2019, Public. 16/09/2019**).

⁷ Supremo Tribunal Federal, ADI 1.748/RJ, Rel. Min. Sidney Sanches, Medida Cautelar deferida – Votação unânime do Plenário do STF em 15/12/1997.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto. Pela ótica da maioria, concorre, por igual, o requisito do perigo na demora. Medida liminar deferida.⁸

Pelo acima exposto, conclui-se que o Decreto nº 10.046/2019 assume a figura de um ato normativo primário e exorbita sobremaneira os poderes normativos previstos no art. 84, inciso IV e VI, alínea ‘a’, da Constituição Federal, desafiando a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Por isso, perfeitamente cabível a medida aqui proposta.

Contudo, caso o Tribunal não entenda pela adequação da via eleita, indica o Requerente a viabilidade do conhecimento da presente ação como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com base no imperativo da fungibilidade, muitas vezes adotado pelo Excelso Pretório em casos limítrofes⁹, quando também atendidos os demais requisitos de cabimento da medida, como se mostra no presente caso, tendo em vista: (i) a existência de ato do Poder Público, consistente na edição do Decreto 9.926/2019; (ii) a afronta a preceitos constitucionais consubstanciados no princípio democrático, no direito à informação e no princípio da publicidade; (iii) o atendimento do requisito da subsidiariedade, dada a inexistência de outro meio capaz de reparar as lesões apontadas.

Tratando-se o Requerente de legitimado universal, nos termos da ADI 3 (Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 18.9.1992), e existindo incompatibilidade entre os dispositivos ora impugnados e a Constituição Federal de 1988, é perfeitamente admissível a fungibilidade da ação, se esse for o caso.

IV – DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. AFRONTA AO ART. 84, INCISOS IV e VI, alínea ‘a’ DA CF. DECRETO QUE INOVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO, TENDO O PRESIDENTE DA REPÚBLICA EXTRAPOLADO NA SUA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

⁸ Supremo Tribunal Federal. **ADI 1435**. Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Julgamento: 07/11/1996, Publicação: 06/08/1999.

⁹ Vide ADI 4180-MC-REF (Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2010) e ADPF 72-QO (Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal pleno, DJ 2.12.2005), entre outros precedentes. São casos limítrofes aqueles que apresentam dúvida razoável quanto ao devido enquadramento jurídico do ato questionado.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

O Presidente da República possui competência para expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis, conforme o art. 84, IV, CF/88, e “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”, de acordo com o art. 84, VI, ‘a’, CF/88.

O art. 84, IV, CF/88 fixa atividade normativa secundária ao Presidente da República, que é limitada à expedição de decretos para fiel execução da lei. Entretanto, no tocante ao inciso VI, do art. 84, há relevante discussão doutrinária sobre a correta interpretação deste dispositivo.

Clèmerson Merlin Clève defende que o “art. 84, VI, da Constituição não apresenta hipótese de regulamento autônomo, mas antes de um tipo que fica a meio caminho entre este e o de execução, muito mais próximo deste do que daquele (...)”¹⁰. No magistério de Ilton Norberto Robl Filho, inexistente margem para o Chefe do Poder Executivo inovar substancialmente no ordenamento jurídico, pois seu poder restringe-se à fiel execução da lei (art. 84, IV, CF/88) e ao regulamento de organização (art. 84, VI, alínea ‘a’, CF/88). Neste sentido:

No Brasil, discute-se de que forma a Emenda Constitucional nº 32 acolheu essa modalidade de regulamento autônomo, existindo três correntes sobre o tema: 1) essa modalidade de regulamento autônomo não foi admitida no ordenamento pátrio, 2) há poder regulamentar autônomo e 3) a legislação (lei em sentido formal) pode disciplinar assuntos previstos no art. 84, VI, conforme disciplina da EC nº 32, porém em situação de lacuna normativa legal inexistente óbice para que a disciplina ocorra exclusivamente mediante regulamento da administração pública.

Por meio da referida Emenda Constitucional, o art. 84, VI fixou a competência privativa do Presidente da República: “VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”. Sobre esse poder atribuído ao Chefe do Executivo Federal, impõem-se três considerações.

Nos termos do art. 49, V, CF, o Congresso Nacional pode sustar os efeitos do poder regulamentar que exacerbe a competência constitucional, além de ser possível ainda o controle judicial desse ato normativo do Poder Executivo. Desse modo, os outros poderes podem analisar a juridicidade do ato.

Ainda, a matéria que pode ser objeto de regulamentação no art. 84, VI, CF, possui escopo bem mais restrito do que os temas objeto de disciplina por meio do poder regulamentar do CNJ, o qual foi fixado no art. 103 – B, § 4º, I, CF.

Também, a edição de decretos sobre organização e funcionamento da administração pública e extinção de funções ou cargos tem, pela natureza dos

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 326.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

assuntos, menor possibilidade de incursionar em situações constitucionais de destaque, como direitos fundamentais, em comparação com a edição de atos normativos do CNJ, os quais incidem em matérias constitucionais sensíveis como processo administrativo disciplinar, autonomia do Poder Judiciário e restrições e vedações aos magistrados.¹¹

Neste sentido, o regulamento de organização teria competência para disciplinar questões de menor expressão na administração pública, não obstante que o legislador trate do tema, prevalecendo a lei em sentido formal quando em eventual contradição com o decreto. Ainda que seja adotada a corrente de que existe um poder regulamentar autônomo consagrado no art. 84, VI, da CF, é determinante que a atividade normativa do Poder Executivo esteja adequada e concernente aos valores e normas constitucionais, bem como, aos atos normativos primários produzidos pelo Poder Legislativo.

Em síntese, a competência constitucional do Presidente da República deve ser exercida em conformidade com a legislação em sentido formal existente e com a Lei Fundamental da República, que está no ápice do ordenamento jurídico.

O Decreto nº 10.046/2019 possui conflitos e antinomias inconciliáveis com a legislação constitucional e infraconstitucional relacionada à proteção de dados e à privacidade, apresentando riscos e descompassos que desestabilizam o sistema de proteção de dados insculpido no nosso ordenamento jurídico e fragilizam liberdades e direitos fundamentais.

No seu preâmbulo, o Decreto impugnado indica como fundamento da sua edição a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), o art. 11 da Lei 13.444/2017 (Lei que cria a Identificação Civil Nacional) e o Capítulo IV da Lei 13.709/2018 (o capítulo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que disciplina o Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público). Neste aspecto, o Decreto nº 10.046/2019 tenta parecer um decreto regulamentar.

Todavia, ao examinar melhor as disposições deste Decreto, constatamos que o ato do Poder Executivo **não** regulamenta fielmente: a Lei 12.527/2011; o art. 11 da Lei 13.444/2017 e o Cap. IV da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Ao contrário, o Decreto **contraria frontalmente diversos dispositivos das leis federais que ele alega regulamentar.**

Em primeiro lugar, a Lei Federal nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI) - versa sobre o acesso a informações, nos termos do art. 5º, XXXIII e do art. 216, § 2º, CF/88.

¹¹ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direitos Fundamentais e Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça: Bases Teóricas e Análise da Resolução nº 226/2016. **AREL FAAR**, Ariquemes, RO, v. 5, n. 1, p. 46-47, jan. 2017.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Destarte, esta lei regulamenta questões referentes, por exemplo, à documentação governamental e à divulgação de informações de interesse público, segundo o art. 3º, II, Lei Federal nº. 12.527/2011.

É reconhecido pela LAI que cabe aos “aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a (...) III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso”, de acordo com seu artigo 6º. Desta forma, considera-se conduta ilícita que enseja a responsabilidade do agente público: “IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal”, de acordo com art. 32 da Lei Federal nº. 12.527/2011.

Na Lei de Acesso à Informação, o tema das informações pessoais é disciplinado no artigo 31, com a seguinte redação:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

Por consequência, as disposições previstas no art. 31 da Lei de Acesso à Informação exigem de qualquer ato infralegal regulamentador a **estrita observância e respeito às informações pessoais, aos direitos fundamentais e à transparência em relação aos titulares das informações** – os titulares de dados pessoais. Contudo, o Decreto nº 10.046/2019, ao disciplinar o compartilhamento de informações e dados pessoais, não estabelece proteção suficiente aos direitos dos titulares dessas informações.

Sob outra perspectiva, concordamos com a construção no Brasil de um sistema seguro e legítimo de identidade digital do cidadão, tema que já foi objeto de lei específica - Lei 13.444/2017, cujo art. 11 do Decreto nº 10.046/2019 prevê regulamentar. Dispõe o referido art. 11 que “o poder público deverá oferecer mecanismos que possibilitem o cruzamento de informações constantes de bases de dados oficiais, a partir do número de inscrição no CPF do solicitante, de modo que a verificação do cumprimento de requisitos de elegibilidade para a concessão e a manutenção de benefícios sociais possa ser feita pelo órgão concedente”.

O artigo 1º da Lei Federal nº 13.444/2017 cria a Identificação Nacional Civil, não sendo possível o art. 16, III, do Decreto nº 10.046/2019 desconsiderar a lei formal e, por sua vez, estabelecer Cadastro Base do Cidadão com a mesma finalidade: “Art. 16, inciso III - viabilizar a criação de meio unificado de identificação do cidadão para a prestação de serviços públicos”.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Em síntese, a Identificação Civil Nacional possui como objetivo “identificar o brasileiro em suas relações com a sociedade e com os órgãos e entidades governamentais e privados”, de acordo com o artigo 1º da Lei 13.444/2017. As bases de dados utilizadas advêm da Justiça Eleitoral, do Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (SIRC) do Executivo Federal, da Central Nacional de Informações do Registro Civil e outras informações, segundo o art. 2º, Lei Federal nº 13.444/2017.

Esta Lei também prevê um Comitê Gestor do ICN, o qual é composto por representantes do Poder Executivo Federal, do Tribunal Superior Eleitoral, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Conselho Nacional de Justiça, conforme o art. 5º, Lei Federal nº. 13.444/2017. Por fim, nos termos do art. 12, “o Poder Executivo federal e o Tribunal Superior Eleitoral editarão, no âmbito de suas competências, atos complementares para a execução do disposto nesta Lei”.

Se o Decreto nº. 10.046/2019 regulamenta a Lei Federal nº 13.444/2017, não há necessidade de criação de um outro Comitê Gestor, nos termos do arts. 21 e 22 do Decreto, pois já existe Comitê previsto pela Lei 13.444/2017 com composição diversa e mais plural. Importante registrar que, no dia 18 de junho de 2020, o Comitê Gestor de Identificação Nacional realizou sua primeira reunião, na Presidência da República, sendo que a “coordenação do CGICN, alternada a cada dois anos entre Poder Executivo Federal e TSE, atualmente é exercida pela Secretaria Especial de Modernização do Estado da Secretaria Geral da Presidência da República, até o final de 2021”.¹² Assim sendo, é absolutamente desnecessária a criação de outro Comitê pelo Poder Executivo Federal.

É evidente que o Decreto nº 10.046/2019 descumpre, por completo, a sua função constitucional de determinar a fiel execução das leis que alega regulamentar. Neste sentido, vejamos o lacunoso artigo 3º do Decreto:

Art. 3º. O compartilhamento de dados pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º observará as seguintes diretrizes:

I - a informação do Estado será compartilhada da forma mais ampla possível, observadas as restrições legais, os requisitos de segurança da informação e comunicações e o disposto na Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais;

II - o compartilhamento de dados sujeitos a sigilo implica a assunção, pelo

¹² BRASIL, Presidência da República, Secretaria-Geral. **Comitê Gestor da Identificação Civil Nacional realiza primeira reunião de 2020.** Identificação Civil Nacional é projeto estruturante e fundamental para a Modernização do Estado Brasileiro. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/comite-gestor-da-identificacao-civil-nacional-realiza-primeira-reuniao>. Acesso em: 08/08/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

recebedor de dados, dos deveres de sigilo e auditabilidade impostos ao custodiante dos dados;

III - os mecanismos de compartilhamento, interoperabilidade e auditabilidade devem ser desenvolvidos de forma a atender às necessidades de negócio dos órgãos e entidades de que trata o art. 1º, para facilitar a execução de políticas públicas orientadas por dados;

IV - os órgãos e entidades de que trata o art. 1º colaborarão para a redução dos custos de acesso a dados no âmbito da administração pública, inclusive, mediante o reaproveitamento de recursos de infraestrutura por múltiplos órgãos e entidades;

V - nas hipóteses em que se configure tratamento de dados pessoais, serão observados o direito à preservação da intimidade e da privacidade da pessoa natural, a proteção dos dados e as normas e os procedimentos previstos na legislação.

VI- a coleta, o tratamento e o compartilhamento de dados por cada órgão serão realizados nos termos do disposto no art. 23 da Lei nº 13.709/2018.

Dentre as diversas finalidades previstas no artigo 1º do Decreto nº. 10.046/2019, **nenhuma objetiva o tratamento adequado e transparente dos dados pessoais**. O decreto apresenta uma falsa aparência de legalidade; ao ser confrontado com a legislação constitucional e infraconstitucional, torna-se cristalino que este decreto, na realidade, desprotege os dados pessoais e retira os requisitos mínimos do conteúdo dos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais, não só em comparação com a Lei Federal nº 12.527/2011 e com o art. 11 da Lei 13.444/2017, mas em total desarmonia com a Lei nº 13.709/2018, como será analisado no item V infra.

V- DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – VIOLAÇÃO FRONTAL AOS ARTS. 1º, III e 5º, CAPUT E INCISOS X, XII E LXXII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – TUTELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO À INTIMIDADE, PRIVACIDADE, SIGILO DOS DADOS PESSOAIS, DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

V. a) – A autonomia do Direito à Proteção de Dados Pessoais em relação ao direito à Privacidade – Breve Panorama Internacional

O direito à privacidade tem como marco fundador o conceito ao direito à vida privada, o “direito a ficar só”, formulação atribuída inicialmente à Samuel Warren e Louis Brandeis (“The right to privacy”, *Harvard Law Review* 193, 1890).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Há mais de 50 anos, Alan Westin publicava aquela que seria uma das mais importantes obras sobre privacidade e que influenciaria a construção da doutrina erigida em torno da proteção de dados pessoais: *Privacy and Freedom*. Em 1967, nesta obra seminal, Westin “já enunciava a estreita ligação entre privacidade, liberdade e democracia. O renomado professor da Universidade de Columbia identificou a relação entre a privacidade e o desenvolvimento da autonomia e do sentido de livre-arbítrio como requisitos fundamentais para a formação de uma sociedade democrática”.¹³

Segundo Danilo Doneda, “sem perder de vista que o controle sobre a informação foi sempre um elemento essencial na definição de poderes dentro de uma sociedade, a tecnologia proporcionou a intensificação dos fluxos de informação e, conseqüentemente, a multiplicação de suas fontes e de seus destinatários”.¹⁴

A garantia da cidadania depende que os cidadãos tenham efetivamente um poder social – o de controlar diretamente quem trata os dados pessoais – entidades públicas ou privadas, de acordo com as lições de Stefano Rodotà:

Assim, em uma sociedade na qual as informações se tornam a riqueza mais importante, a tutela da privacidade contribui de forma decisiva para o equilíbrio dos poderes. Eis porque o fim da privacidade não representaria somente um risco para as liberdades individuais: ele pode efetivamente conduzir ao fim da democracia.

(...) Confirma-se assim que a privacidade, neste seu significado mais amplo, constitui um elemento fundamental da cidadania da nossa época, da “cidadania eletrônica”. A sociedade da informação requer novos instrumentos, um novo quadro institucional.¹⁵

Ao longo das últimas décadas, foi-se construindo, paulatinamente, a configuração do direito à proteção de dados como um **novo direito fundamental, destacado e independente do direito à privacidade.**

Há uma série de liberdades individuais, atreladas ao direito à proteção de dados pessoais, que não são abraçadas pelo direito à privacidade. E como assevera Bruno Bioni, o

¹³ FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Novas Tecnologias, Cidadania e o Cuidado: Premissas para a Regulação Jurídica da Inteligência Artificial. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). Cuidado e Cidadania: Desafios e Possibilidades. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2019, p. 341-365.

¹⁴ DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 15/16.

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância – A privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144/145.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“centro gravitacional da proteção dos dados pessoais é diferente do direito à privacidade – *i.e.*, a percepção de que a sua tutela jurídica opera fora da dicotomia do público e do privado”.¹⁶

Um marco jurisprudencial do direito fundamental à proteção de dados e da autodeterminação informacional foi a celebrada decisão histórica, em 1983, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, apreciando justamente a previsão de coleta e uso de dados pessoais pelo poder público. Ao deliberar sobre o alcance do direito à autodeterminação sobre a informação em relação às intervenções nas quais o Estado exige a informação de dados pessoais do cidadão, a Corte Constitucional Alemã assentou que “**o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais.** Esta proteção, portanto, é abrangida pelo direito fundamental do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG [direito geral da personalidade]. O direito fundamental garante o poder do cidadão de determinar em princípio ele mesmo sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais”.¹⁷

Na paradigmática decisão alemã, afirma-se que, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas de uma pessoa determinada podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenadas e consultadas a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, estes dados podem ser combinados, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso.

Ainda que seja possível a relativização do direito à autodeterminação informacional, o Tribunal Alemão aduz que o legislador deve observar em sua regulamentação o princípio constitucional da **proporcionalidade**. Este princípio “resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesses públicos (BVerfGE 19, 342 [348]; jurisprudência consolidada).

Em face dos já expostos riscos criados pelo uso do processamento eletrônico de dados, o legislador deve, mais do que antes, tomar precauções organizacionais e processuais que combatam o perigo de uma violação do direito da personalidade (cf. BVerfGE 53, 30 [65]; 63, 131 [143]).

Da leitura do clássico precedente alemão, extrai-se que o compartilhamento de dados

¹⁶ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais – a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99.

¹⁷ SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 238-239.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

depende, dentre outros requisitos, da observância dos seguintes critérios: a) *finalidade de uso de forma precisa*; b) *demonstração de que os dados sejam adequados e necessários*; c) *acesso aos dados no mínimo indispensável para alcançar o seu objetivo pretendido*; d) *necessidade de proteção, “tendo em vista os perigos do processamento eletrônico de dados”*.

No direito comunitário europeu, a primeira grande normatização sobre o tema da proteção de dados pessoais foi na década de 1980 através da **Convenção 108, de Strasbourg, do Conselho da Europa**¹⁸. Esta norma de direito internacional foi atualizada em 2018.

Em 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabeleceu, no seu preâmbulo, que era necessário, para a União Europeia, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, “**à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica**”.¹⁹ Desta forma, a Carta regulamentou o direito à privacidade no seu art. 7º e tratou especificamente da proteção de dados pessoais em seu artigo 8º, propiciando a interpretação e aplicação destes direitos fundamentais não só pelos órgãos administrativos e jurisdicionais dos Estados-Membros, porém notadamente pela Corte de Justiça da União Europeia:

Artigo 7º. Respeito pela vida privada e familiar

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Artigo 8º. Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito a proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.²⁰

V. b) - O direito fundamental à proteção de dados pessoais e a tutela da autodeterminação informativa no Brasil

Fundado na interpretação sistemática do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na tutela da privacidade (CF, art. 5º, X) e garantia do habeas data (CF, art. 5º,

¹⁸ Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>. Acesso em: 08/08/2020.

¹⁹ Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em 08/08/2020.

²⁰ Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em 08/08/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

LXXII), o âmbito de proteção do direito fundamental à proteção dos dados pessoais compreende ao mesmo tempo (i) a tutela da pessoa titular dos dados diante dos riscos que o tratamento de dados gera ao desenvolvimento da sua personalidade, e (ii) a atribuição a este titular de poderes de controle e gestão de suas próprias informações.

O direito à proteção de dados pessoais procura responder a demandas que, ainda que individuais, hoje, no mais das vezes, atingem elevado número de pessoas, dada a frequência do tratamento massificado de dados em diversos serviços e modelos de negócio. Isso expressa, a bem da verdade, duas principais mudanças que caracterizam o campo da proteção de dados pessoais nos últimos decênios: (i) a complexidade da atividade de tratamento de dados pessoais e (ii) a emergência da dimensão coletiva da tutela dos dados.

Para a efetiva garantia dos direitos e interesses dos titulares dos dados pessoais, torna-se necessário, portanto, que o ordenamento disponha de instrumentos para a garantia de direitos individuais, baseados na pressuposição da capacidade de gestão individual, racional e consciente de suas informações e do conjunto de operações de tratamento que lhe tocam, porém igualmente de algo mais. O fato do crescimento exponencial da complexidade e do volume dos tratamentos de dados pessoais, cuja gestão, se realizada exclusivamente em nível individual, é hoje capaz de ultrapassar tanto a capacidade cognitiva de um indivíduo quando lhe demandaria mais tempo do que seria minimamente razoável justifica o recurso a outra ordem de instrumentos de tutela para o direito fundamental à proteção de dados, na forma de normas que, atribuindo maior responsabilidade aos autores dos processos de tratamento de dados, visem a diminuir a probabilidade e o risco de que ocorra a ofensa a este direito.

Para a verificação plena do direito fundamental à proteção de dados pessoais, portanto, são hoje necessários cuidados com o tratamento de dados pessoais mesmo antes da concretização de eventual dano à pessoa. Este caráter, que tanto é preventivo quanto necessário, dada a escala com que hoje os dados são processados, implica que a efetiva verificação deste direito fundamental compreenda a verificação de uma série de deveres de conduta por parte daqueles que, concretamente, executam as operações de tratamento de dados pessoais.

Tais deveres de conduta são visíveis na formulação de diversos dos princípios de proteção de dados pessoais, diretamente derivados deste direito fundamental e que, justamente por possuírem forte caráter instrumental, são capazes de orientar tanto a verificação e identificação de condutas capazes de fulminar o direito fundamental, como de informar práticas e procedimentos que, por outro lado, levando-os em conta, procurem fortalecer esta garantia. Com este objetivo, desenvolveu-se um conjunto coerente e sistemático de princípios que não de ser vistos como corolários do direito à proteção de dados pessoais, necessários



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

para que sejam identificados os contornos de sua atuação em casos concretos. Os mais relevantes destes princípios são os seguintes:

a) Princípio da finalidade ou especificação de propósitos. O preceito estabelece que o tratamento de dados pessoais será realizado em consonância com um propósito legítimo, explícito e específico comunicado ao titular dos dados quando da coleta das informações. O princípio da finalidade encontra-se presente em praticamente todos os marcos regulatórios modernos sobre proteção de dados, desde que foi enunciado na forma atual em 1973. Trata-se, ademais, de instrumento que já possui uma série de expressões no ordenamento jurídico nacional. Consagram expressamente este princípio setorial o art. 5º, VII, da Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), e o art. 7º, VIII, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet);

b) Princípio da transparência. Com ampla tessitura normativa, a transparência “pode se referir à informação dada ao indivíduo antes do tratamento ter início, à informação que deve estar prontamente acessível aos titulares dos dados durante o tratamento, mas também à informação fornecida ao titular dos dados após ao requerimento de acesso aos seus próprios dados”²¹. Junto ao princípio da finalidade, faz parte do núcleo duro do direito à proteção de dados pessoais, eis que “os objetivos principais da proteção de dados consistem em proporcionar uma série de salvaguardas específicas para proteger a privacidade dos indivíduos e promover a responsabilidade de governos e entes privados em relação à sua promoção”²². Cuida-se de preceito que possui várias manifestações positivadas na legislação infraconstitucional especial, que regula aspectos da atividade de tratamento de informações pessoais nas relações de consumo, nas interações mediante a internet e pelos atos da administração pública — da Lei n. 8.078/1990, art. 7º, VI e VIII; Lei do Cadastro Positivo, art. 3º, §§ 1º e 2º, art. 4º, § 4º, III, art. 7º-A, § 1º, e art. 43, §§ 1º, 2º e 6º, Marco Civil da Internet; Lei de Acesso à Informação, art. 31;

c) Princípio da adequação. Trata-se de norma que determina que a licitude da operação de tratamento depende da sua compatibilidade com a(s) finalidade(s) legítima, específica e explícita informada ao titular dos dados, levando-se em consideração o contexto em que se realiza o tratamento. Na tradição do direito de proteção de dados, a noção de “adequação” e “uso compatível” são compreendidas com um dos elementos estruturantes do princípio da

²¹ Council of Europe. *Handbook on European Data Protection Law*. Bruxelas: Publications Office of the EU, 2018, p. 120.

²² “[t]he main aims of data protection consist in providing various specific procedural safeguards to protect individuals’ privacy and in promoting accountability by government and private record-holders” (trad. livre). HERT, Paul De; GUTWIRTH, Serge. Privacy, data protection and law enforcement: opacity of the individual and transparency of power. In: CLAES, Erik; GUTWIRTH, Serg; DUFF, Antony (Orgs.). *Privacy and the Criminal Law*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, p. 77.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

finalidade (purpose limitation principle);

d) Princípio da necessidade. O preceito conformador do princípio da necessidade ou da minimização dos dados (data minimization), determina que as informações pessoais tratadas nas bases de dados dos agentes de tratamento devem ser reduzidas ao mínimo necessário para a implementação dos específicos fins pretendidos pela atividade desenvolvida. Tal parâmetro normativo se vê insculpido no art. 3º da Lei do Cadastro Positivo, art. 31, §§ 1º e 3º da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), bem como no Marco Civil da Internet em seu art. 16, II.

A presença deste direito fundamental à proteção de dados foi reconhecida pelo Plenário do STF no julgamento histórico da ADI 6.387/DF (em conjunto com a ADI 6.388/DF, ADI 6.389/DF, ADI 6.390/DF e ADI 6.391/DF), em que foi ratificada, por maioria absoluta, a decisão cautelar proferida pela Relatora Ministra Rosa Weber, pelo que restou configurado que **a Constituição da República assegura a autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa em relação ao direito à privacidade e ao sigilo dos dados.**

Nas ADIs mencionadas, foi impugnada a Medida Provisória 954, de 17 de Abril de 2020, que dispunha 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*”. A Ministra Relatora Rosa Weber deferiu a cautelar pleiteada, suspendendo a eficácia da medida, com a seguinte fundamentação:

A Constituição da República confere especial proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas ao qualificá-las como invioláveis, enquanto direitos fundamentais da personalidade, assegurando indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação (art. 5º, X). O assim chamado direito à privacidade (right to privacy) e os seus consectários direitos à intimidade, à honra e à imagem emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações. A fim de instrumentalizar tais direitos, a Constituição prevê, no art. 5º, XII, a inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal” (...)

Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput),



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.
(...)

Nessa linha, ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Lei Maior), em sua dimensão substantiva²³

Por conseguinte, os direitos à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa foram reconhecidos como direitos fundamentais autônomos, com fulcro nos artigos 1º, inciso III e 5º, *caput*, e incisos X, XII e LXXII da Constituição Federal, através da decisão proferida pelo Plenário dessa Egrégia Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387.

Na esfera infraconstitucional, com a edição da Lei 13.709 (LGPD) em 14/08/2018 e sua entrada em vigor em 18 de setembro de 2020²⁴, o Brasil passou a integrar o grupo de mais de 140 países que possuem a sua própria lei de proteção dos dados pessoais. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) aplica-se a operações de tratamento de dados pessoais realizadas por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado e tem como alguns dos seus fundamentos o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

V. c) - Das inconstitucionalidades materiais do Decreto nº 10.046/2019

De acordo com o preâmbulo do Decreto nº 10.046/2019, pretende-se regulamentar o Capítulo IV da LGPD, que cuida especificamente do tratamento de dados pelos órgãos

²³ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6387**, Relatora Ministra Rosa Weber, Decisão Monocrática 24/04/2020.

²⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em: 20/09/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

públicos. Nos termos do art. 26 da LGPD, o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º da própria LGPD, que são os seguintes:

I- **finalidade**: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - **adequação**: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - **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;

IV - **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;

V - **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;

VI - **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;

VII - **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;

VIII - **prevenção**: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - **não discriminação**: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - **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.

Entretanto, o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança instituídos pelo Decreto nº 10.046/2019 desrespeitam princípios basilares da LGPD, como veremos a seguir, ao institucionalizar e regulamentar um cadastro unificado que será compartilhado pelos órgãos do poder público federal de forma praticamente livre.

Outra grande apreensão são as prováveis vulnerabilidades de segurança de um banco de dados descomunal, como esse Cadastro Base do Cidadão. Desta forma, são preocupantes



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

os riscos de vazamentos e de incidentes de segurança que podem comprometer irreversivelmente a privacidade e a proteção de dados dos cidadãos brasileiros.²⁵

O Decreto nº 10.046/2019 revogou o Decreto nº 8.789/2016. Este último já era passível de críticas por carregar lacunas e possíveis riscos à privacidade e à proteção de dados dos cidadãos.²⁶ O Decreto nº 8.789/2016 dispunha, no seu art. 8º, que a solicitação de acesso a bases de dados de outros órgãos públicos federais (apenas do Poder Executivo Federal) se daria por uma solicitação formal específica e fundamentada, com diversos requisitos, como a identificação do solicitante e do seu endereço eletrônico institucional, a descrição clara dos dados objeto da solicitação e da periodicidade da necessidade de utilização, bem como a descrição das finalidades de uso dos dados, além de medidas atinentes à segurança de acesso à base de dados. Além disso, previa, no seu art. 3º, hipóteses de liberação automática do compartilhamento de dados cadastrais, e no caso de dados individualizados não cadastrais, o compartilhamento seria realizado de acordo com as necessidades dos órgãos interessados (art. 5º).

Na época da sua edição, o Decreto nº 8.789/2016 fora divulgado como medida de “modernização da administração pública” e “simplificação” dos mecanismos de promoção da eficiência na gestão pública, o que gera total perplexidade diante dos resultados inexpressivos desse ato normativo.

Todavia, em outubro de 2019, com o mesmo discurso de “*moderna solução tecnológica para os graves problemas das bases de dados governamentais, das fraudes e das inconsistências na execução das políticas públicas*”, entrou em vigor o Decreto 10.046/2019, trazendo riscos infinitamente maiores à privacidade e à proteção de dados em comparação ao Decreto nº 8.789/2016.

Outrossim, o cenário jurídico de 2019 era totalmente diverso do cenário de 2016, uma vez que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais fora sancionada em 2018, aguardando

²⁵ O vazamento de dados é um tema que tem chamado cada vez mais atenção e este foi um dos maiores impulsos para a criação de lei específica sobre o tema. Uma das exigências para o ingresso do Brasil na OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e em outras entidades internacionais importantes - como a *Eurojustice* e a *Europol* - foi a aprovação de uma lei geral de proteção de dados pessoais. É indispensável, contudo, que o nosso país demonstre que a LGPD não terá um caráter meramente decorativo. Todos os países que ingressam nesses organismos internacionais devem cumprir requisitos técnicos para se adequar aos princípios defendidos pelas organizações, que incluem a proteção dos dados pessoais nas transações comerciais e existência de uma autoridade nacional de proteção de dados independente.

²⁶ É importante destacar que os dados protegidos por sigilo fiscal sob gestão da Secretaria da Receita Federal estavam excluídos desse compartilhamento sob a égide do Decreto nº 8.789/2016 e continuam excluídos, nos termos do §2º do art. 1º do Decreto nº 10.046/2019.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

apenas o término do período da *vacatio legis*, enquanto a PEC 17/2019 já tramitava no Congresso Nacional.²⁷ Ressalte-se que o período de *vacatio* da LGPD destinava-se à adequação dos setores público e privado, de forma que, até setembro de 2020, todo o sistema de proteção de dados insculpido pela LGPD fosse a referência para a elaboração de políticas públicas e para as regulamentações setoriais necessárias.

Embora o art. 3º, inciso I, do Decreto nº 10.046/2019 preveja - dentre as diretrizes elencadas para o compartilhamento de dados - que se observe o disposto na LGPD, verifica-se no detalhamento das demais normas do decreto que as regras adotadas para o compartilhamento de dados pelos órgãos governamentais permitem interligar bases e cruzar dados pessoais *sem critérios que sejam conhecidos dos cidadãos*: sem informações claras, adequadas e transparentes sobre a realização da coleta e do tratamento, bem como, sobre quem são e como agem os agentes do tratamento.

O sistema de controle desses agentes é totalmente falho, de forma a fragilizar os direitos fundamentais. Essa opacidade também trará insegurança jurídica, tendo em conta que o tratamento de dados pessoais com genéricos objetivos - como o aumento da eficiência na prestação dos serviços públicos - pode facilitar violações aos direitos humanos.

Os fundamentos da decisão cautelar de suspensão da Medida Provisória nº 954/2020 aplicam-se à análise da constitucionalidade do Decreto nº 10.046/2019, visto que inexiste uma definição apropriada de *como* e *com quais finalidades* serão tratados os dados pessoais.

Aliás, não há condições para aferição e avaliação da adequação e necessidade do compartilhamento pelos órgãos do governo federal - entidades da administração pública direta federal e indireta -, incluindo não só Poder Executivo Federal, como também os demais Poderes. Destacou a Min. Rosa Weber na sua belíssima decisão já citada: “*Não bastasse, a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados parece-me agravada pela circunstância de que, embora aprovada, ainda não está em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a*

²⁷ A PEC 17/2019 inclui, no art. 5º da Constituição Federal, a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, além de fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Ademais, de acordo com o substitutivo do Relator da PEC, fica estabelecido que o órgão regulador será entidade independente, integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

*responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais”.*²⁸

Deve-se ressaltar que os atos arbitrários do governo federal não cessaram após a histórica decisão do STF: situação análoga ao que já fora exposto na ADI nº 6.387/DF foi apresentada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 695/DF, na qual é objeto de análise um ato do Poder Executivo que autorizava o compartilhamento de dados pessoais de cerca de 76 milhões de brasileiros, justamente com fundamento no Decreto nº 10.046/2019. Neste caso, o compartilhamento de dados pessoais de cerca de 30% da população - sem a previsão de finalidade, adequação e necessidade - entre DENATRAN e ABIN, sob gerenciamento do SERPRO, configuraria situação de afronta aos direitos fundamentais, bem como, de desrespeito a princípios da Administração Pública.

Após a iniciativa do governo - que resolveu revogar o termo de autorização que permitia o mencionado compartilhamento - o Eminentíssimo Ministro Relator Gilmar Mendes proferiu decisão nos autos da ADPF nº 695/DF na qual asseverou que “**é dever constitucional deste STF debruçar-se sobre a matéria, evitando-se que situações graves que colocam em risco a violação de preceitos fundamentais sejam perpetradas com suposto fundamento no Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019. Destaca-se ainda que a presente decisão não obsta a eventual análise de medida acauteladora relacionada a alegações de inconstitucionalidade deste ato normativo**”²⁹ (grifos nossos).

O Decreto nº 10.046/2019 não possibilita uma análise do contexto do uso das informações, das hipóteses previstas para compartilhamento de dados, da finalidade de sua utilização, dos riscos a que ficam expostos os cidadãos e da legitimidade das atividades envolvendo tratamento de dados pessoais. Neste sentido, “entra em ação a proteção constitucional se a informação for usada para uma finalidade que cause riscos aos cidadãos, ou para fins considerados ilícitos *a priori* (como é o caso, por exemplo, de bancos de dados criados para fins discriminatórios)”³⁰.

A LGPD foi elaborada com específicos mecanismos legais de compatibilização do fluxo de dados pessoais com a privacidade e a proteção de dados pessoais, haja vista que

²⁸ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF**, Relatora Ministra Rosa Weber, Decisão Monocrática 24/04/2020.

²⁹ Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 695/DF**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática 24/06/2020.

³⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas Data e Autodeterminação Informativa: Os Dois Lados da Mesma Moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 12(39), 185-216. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v12i39.655> Acesso em: 08/08/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

prevê a possibilidade de compartilhamento de dados para a execução de políticas públicas com a observância de normas que salvaguardam os direitos fundamentais. ***Portanto, a LGPD não admite a integração a priori dos dados em um cadastro unificado e gigantesco.***

A partir de uma abordagem voltada ao risco (*risk-based approach*), a LGPD prevê específicos mecanismos legais de compatibilização do fluxo de dados pessoais com o imperativo (constitucional) de proteção de dados pessoais, de sorte a diminuir a probabilidade e o risco de, em razão das operações de tratamento de dados, de ofensa a esse direito e outras liberdades fundamentais³¹. A possibilidade de legítimo compartilhamento de dados para a execução de políticas públicas é um exemplo em que dita compatibilização é levada a efeito. Isso, porém, se dá, de acordo com o sistema de proteção de dados pessoais brasileiro, à luz dos riscos ensejados pelas operações de tratamento que se pretende realizar, os quais podem tornar imprescindíveis a adoção de medidas e procedimentos para salvaguardar os direitos e liberdades fundamentais dos titulares dos dados. A complexidade e volume de dados envolvidos na criação de um cadastro único têm tamanho significado que, para a estipulação das medidas e salvaguardas necessárias, importa a realização de avaliação de impacto à proteção de dados pessoais e do respectivo relatório (LGPD, art. 38). Tal análise de impacto sequer foi ventilada pelo Poder Executivo.

Ademais, a LGPD obriga, no seu art. 23, que as pessoas jurídicas de direito público interno previstas no parágrafo único do art. 1º da Lei de Acesso à Informação observem, em relação ao tratamento de dados pessoais que estão sob a sua guarda, que este se dê para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

- I- sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;
- II-seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais.

O art. 4º do Decreto nº 10.046/2019, que teve o seu § 3º alterado pelo Decreto nº 10.403/2020, prevê a criação de **3 níveis de compartilhamento**, de acordo com sua confidencialidade (amplo, restrito e específico), ficando a cargo do “gestor de dados” a

³¹ Cf. MANTELERO, Alessandro. Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679. *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, v. XL, n. 1, p. 144–164, 2017, p. 150 et. seq.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

categorização do nível de compartilhamento. A opacidade desta regra é preocupante e o nível de governança desse sistema padece de grande subjetividade. Neste sentido, nota-se uma despreocupação do Decreto na definição das modalidades de compartilhamento de dados pessoais. Ao definir estes níveis de compartilhamento levando em consideração se os dados são "públicos" ou "protegidos por sigilo", o Decreto aposta em uma dicotomia absolutamente superada. O binômio dados públicos - dados sigilosos, com foco no regime de acesso ao dado, é incompatível com as salvaguardas impostas pela disciplina de proteção de dados pessoais. O nível de acesso ao dado, se público ou restrito, não pode ser o balizador da proteção. Deve-se considerar, por sua vez, se o dado é pessoal ou não.

A bem da verdade, qualquer sistema de proteção de dados baseado na mera efetivação do dever de sigilo afigura-se, hoje, absolutamente insuficiente em vista do direito fundamental à proteção de dados. Na perspectiva do sigilo não estão contido diversos aspectos deste referido direito, quais sejam aqueles referentes aos poderes de controle do cidadão sobre seus dados - que inclusive lhe facultam que forneça seus dados a terceiros e que depois possa controlar o regime de uso que lhes é proporcionado, bem como diversos aspectos da transparência. Regimes baseados no sigilo, hoje, falham impiedosamente em perceber e dar uma resposta eficiente à natureza complexa e multifacetada do uso de informações pessoais, que implicam na utilização de instrumentos normativos mais complexos, tais quais os que a Lei Geral de Proteção de Dados procura implementar

Ainda, a figura do “gestor de dados” presente no referido Decreto foge completamente às figuras do controlador e do operador, previstas na LGPD, não havendo clareza quanto às regras acerca da responsabilização e prestação de contas.

Não há qualquer previsão no tocante à elaboração de **relatórios de impacto de proteção de dados nem são evidenciados os mecanismos adequados de segurança da informação**. E o “gestor de dados” também não se compatibiliza com a figura do encarregado de tratamento de dados pessoais, conforme o disposto no art. 23, inciso III, da lei geral.

Art. 4º. O compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades de que trata o art. 1º é categorizado em três níveis, de acordo com sua confidencialidade:

I – **compartilhamento amplo**, quando se tratar de dados públicos que não estão sujeitos a nenhuma restrição de acesso, cuja divulgação deve ser pública e garantida a qualquer interessado, na forma da legislação;

II – **compartilhamento restrito**, quando se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a todos os órgãos e entidades de que trata o art. 1º para a execução de políticas públicas, cujo mecanismo de compartilhamento e regras sejam simplificados e estabelecidos pelo Comitê Central de Governança de Dados; e



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

III – **compartilhamento específico**, quando se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a órgãos e entidades específicos, nas hipóteses e para os fins previstos em lei, cujo compartilhamento e regras sejam definidos pelo gestor de dados.

§ 1º. A categorização do nível de compartilhamento será feita pelo gestor de dados, com base na legislação.

§ 2º. A categorização do nível de compartilhamento será detalhada de forma a tornar clara a situação de cada item de informação.

§ 3º. **A categorização do nível de compartilhamento como restrito ou específico observará as regras de compartilhamento de que trata o art. 31 e será publicada pelo respectivo gestor de dados, em prazo a ser definido pelo Comitê Central de Governança de Dados, que considerará, para a tomada de decisão, o disposto no Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.**

§ 4º. A categorização do nível de compartilhamento como restrito e específico especificará o conjunto de bases de dados por ele administrado com restrições de acesso e as respectivas motivações.

§ 5º. A categorização do nível de compartilhamento, na hipótese de ainda não ter sido feita, será realizada pelo gestor de dados quando responder a solicitação de permissão de acesso ao dado.

§ 6º. A categorização do nível de compartilhamento será revista a cada cinco anos, contados da data de publicação deste Decreto ou sempre que identificadas alterações nas diretrizes que ensejaram a sua categorização.

§ 7º. Os órgãos e entidades de que trata o art. 1º priorizarão a categoria de compartilhamento de dados de maior abertura, em compatibilidade com as diretrizes de acesso a informação previstas na legislação.

Insta frisar que interligar bases de dados e permitir o seu cruzamento sem critérios devidamente esclarecidos enfraquece o direito à autodeterminação informativa. Os titulares dos dados serão privados de informações claras, adequadas e facilmente acessíveis sobre a coleta e sobre a realização do tratamento dos dados. E ainda causa maior temor a eventual implementação de programas futuros de compartilhamento através de convênios de acesso com empresas privadas - que se conectariam a esses dados pessoais através do cadastro centralizado.

O cidadão estaria obrigado a aceitar a coleta estatal de um dado pessoal para uma estipulada finalidade (como a execução de uma determinada política pública), com base no art. 7º, inciso III, da LGPD. Contudo, viveria em um regime de permanente insegurança, posto que o dado coletado mediante aquela finalidade poderia ser utilizado seguidamente para uma outra finalidade e assim sucessivamente, sem o seu conhecimento. Isto viola a Constituição Federal e a LGPD, bem como, está em total desconformidade com as regras e os padrões internacionais de proteção de dados.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Neste sentido, a LGPD prevê que o tratamento e compartilhamento de dados pela administração pública, dentre as hipóteses elencadas nas bases legais do art. 7º, restringe-se aos dados necessários para a execução daquela determinada política pública, não para uma cadeia indefinida e indeterminada de finalidades inadequadas e/ou obscuras.

Entendemos que qualquer compartilhamento de dados pessoais **sem critérios claros, sem a finalidade adequada, definida e compatível** - com preocupante opacidade quanto aos procedimentos adotados - estaria vedado pela LGPD e **violaria os dispositivos constitucionais atinentes à privacidade e à proteção de dados**.

V. d) - Criação de novos conceitos de dados pessoais alheios à LGPD: Ampliação da coleta de dados pessoais sensíveis e criação de um sistema de vigilância massivo

Causou perplexidade entre os especialistas em proteção de dados a inserção, no Decreto nº 10.046/2019, de **conceitos estranhos à LGPD** no que diz respeito aos dados pessoais, como atributos biográficos e biométricos. Os atributos biométricos, em uma relação não taxativa (art. 2º, II, do Decreto), incluem a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar. Desta forma, amplia-se sobremaneira a extensão dos dados cadastrais que serão coletados e tratados pelos órgãos governamentais.

Nos incisos VI e VII, o art. 2º cria a base integradora (inciso VI) - que é a base de dados que integra os atributos biográficos ou biométricos das bases temáticas - e a base temática (inciso VII) - base de dados de determinada política pública que contenha dados biográficos ou biométricos que possam compor a base integradora.

Art. 2º. Para fins deste Decreto, considera-se:

I- atributos biográficos – dados de pessoa natural relativos aos fatos da sua vida, tais como nome civil ou social, data de nascimento, filiação, nacionalidade, sexo, estado civil, grupo familiar, endereço e vínculos empregatícios;

II- atributos biométricos - características biológicas e comportamentais mensuráveis da pessoa natural que podem ser coletadas para reconhecimento automatizado, tais como a palma da mão, as digitais dos dedos, a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar; (...)

VI - base integradora - base de dados que integra os atributos biográficos ou biométricos das bases temáticas;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

VII - base temática - base de dados de determinada política pública que contenha dados biográficos ou biométricos que possam compor a base integradora; (...).

O conteúdo dos dados biográficos inclui **dados inexistentes nas anteriores bases cadastrais e de conceituação extremamente vaga**, como “fatos da sua vida” (art. 2º, I, do Decreto 10.046/2019) e “grupo familiar”. Atualmente o conceito de família não se limita à família biológica, mas inclui a família socioafetiva, o que, por si só, já amplia vastamente a base de dados biográficos dos cidadãos.

O art. 2º do Decreto nº 10.046/2019 considera, no seu inciso I, como atributos biográficos, os dados de pessoa natural relativos aos fatos da sua vida, tais como nome civil ou social, data de nascimento, filiação, naturalidade, nacionalidade, sexo, estado civil, grupo familiar, endereço e vínculos empregatícios. No inciso II do art. 2º, ficam definidos, como atributos biométricos, características biológicas e comportamentais mensuráveis da pessoa natural que podem ser coletadas para reconhecimento automatizado, tais como a palma da mão, as digitais dos dedos, a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar.

Além disso, as chamadas base integradora e base temática (art. 2º, incisos VI e VII do Decreto 10.046/2019) - bases que integram os atributos biográficos previstos no art. 2º, I, e os atributos biométricos previstos no art. 2º, II - provocam indagações sobre o contexto em que ocorrerão o tratamento e a utilização dessas novas bases e o cruzamento desses dados, principalmente diante dos avanços dos sistemas de tratamento automatizado e dos mecanismos de decisão automatizada decorrentes do crescimento exponencial da inteligência artificial (como o reconhecimento facial). **Tais informações podem ser utilizadas para um controle político intenso dos cidadãos, típico de regimes totalitários.**

Como a chamada **Biometria Comportamental** está em franca expansão - sendo especialmente incorporada pelas tecnologias de monitoramento -, temos um indício de que a coleta desses dados poderá ser massiva, com o argumento de que o Estado está adotando políticas públicas para evitar fraudes e para promover maior segurança para a população. Essas políticas deveriam ser adotadas com maior grau de transparência, sob pena de se criar um estado de permanente vigilância, com drásticas consequências para os direitos individuais.

Uma outra grande preocupação surge do **descompasso entre as normas do Decreto nº 10.046/2019 e o tratamento que a LGPD disciplina para a coleta dos dados pessoais sensíveis**, que estão elencados no art. 5º, inciso II: dado pessoal sobre origem racial ou étnica,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político; dado referente à saúde ou à vida sexual; dado genético ou biométrico.

Muitos desses novos atributos biográficos e biométricos que integrarão as bases integradora e temática serão considerados dados sensíveis, exigindo a observância das regras específicas do art. 11 da LGPD, que disciplina procedimentos diferenciados para a coleta e o tratamento de dados sensíveis. Por exemplo, deve ser dada publicidade à dispensa do consentimento, nos termos do §2º do art. 11 e do inciso I do art. 23 da LGPD.

Além disso, o Decreto, ao permitir o compartilhamento de dados cadastrais, tenta transmitir a ideia que o uso de "dados cadastrais" seria livre de riscos para os cidadãos. Nada mais incorreto. Em primeiro lugar, dados cadastrais são dados pessoais. Neste sentido, a mera presença de simples dados cadastrais - como nome ou CPF - em um tipo específico de banco de dados pode revelar uma série de outras informações pela análise do contexto. Basta pensar nas múltiplas possibilidades de bancos de dados envolvendo políticas públicas que apontem pessoas em estado de vulnerabilidade social (situação de pobreza, analfabetismo, subnutrição, etc). Ainda, a presença do nome de uma pessoa em um cadastro relacionado com políticas públicas de proteção à comunidade LGBT, por exemplo, revelariam uma "situação sensível". O dado cadastral, por si só, não seria considerado sensível, mas sua presença naquele banco de dados poderia revelar, pelo contexto, a orientação sexual dos envolvidos. Nada disso, conforme se depreende pela leitura do Decreto, foi levado em consideração.

V. e) - Superposição de Órgãos e Problemas de Governança, Fiscalização e Enforcement

No art. 21, o Decreto nº 10.046/2019 institui o Comitê Central de Governança, que é integrado apenas por funcionários da administração direta federal (art. 22), sem qualquer previsão de composição multissetorial. Todavia, em questões relacionadas à tecnologia, a experiência brasileira (e internacional) mostra que o multissetorialismo é a melhor prática.³²

Trata-se de um desenho institucional inadequado para promover a segurança, a necessidade, a adequação e a boa-fé no compartilhamento e utilização das informações pessoais. Os §§ 1º a 3º do art. 21 são insuficientes para o adequado, democrático e plural exercício das atribuições do Comitê, haja vista que: a) o § 1º somente estabelece a

³² A participação no Comitê (com garantia de assento) do setor privado, da sociedade civil organizada e da comunidade técnica garantiria que as questões relacionadas entre direito e tecnologia tivessem uma visão multidisciplinar. A LGPD e o Marco Civil da Internet (Lei 12.485/2014) apontam para essa composição, com o Conselho Nacional de Proteção de Dados e Privacidade (CNPd) e o Comitê Gestor da Internet (CGI.Br).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

observância da Comissão Mista de Reavaliação de Informações a respeito do acesso público de informações; b) o § 2º fixa a possibilidade de consulta apenas ao Comitê Interministerial de Governança apenas em “casos considerados estratégicos”; c) os subcomitês técnicos previstos no § 3º terão o papel limitado a assessoria e não deliberação.

Art. 21. Fica instituído o Comitê Central de Governança de Dados, a quem compete deliberar sobre:

(...)

§ 1º Para fins do disposto no **caput**, o Comitê Central de Governança de Dados observará as deliberações da Comissão Mista de Reavaliação de Informações, de que trata a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, a respeito do acesso público a dados e informações.

§ 2º O Comitê Central de Governança de Dados poderá consultar o Comitê Interministerial de Governança em casos considerados estratégicos.

§ 3º Os subcomitês técnicos de que trata o inciso X do **caput**:

I - serão instituídos e compostos na forma de ato do Comitê;

II - não poderão ter mais de sete membros;

III - na hipótese de serem temporários, terão duração não superior a um ano; e

IV - estão limitados a quatro operando simultaneamente.

Os níveis de compartilhamento de dados previstos no Decreto nº 10.046/2019 são três: **amplo, restrito e específico**, nos termos do art. 4º, I a III, Em relação a esses níveis de compartilhamento e a outras questões centrais relativas à governança desse sistema, **não há delimitação precisa sobre pontos relevantes**, atribuindo-se ao Comitê Central de Governança, nos incisos I a XIII do art. 21, as seguintes deliberações:

Art. 21. Fica instituído o Comitê Central de Governança de Dados, a quem compete deliberar sobre:

I - as orientações e as diretrizes para a categorização de compartilhamento amplo, restrito e específico, e a forma e o meio de publicação dessa categorização, observada a legislação pertinente, referente à proteção de dados pessoais;

II - as regras e os parâmetros para o compartilhamento restrito, incluídos os padrões relativos à preservação do sigilo e da segurança;

III - a compatibilidade entre as políticas de segurança da informação e as comunicações efetuadas pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º, no âmbito das atividades relativas ao compartilhamento de dados;

IV - a forma de avaliação da integridade, da qualidade e da consistência de bases de dados derivadas da integração de diferentes bases com o Cadastro Base do Cidadão;

V - as controvérsias sobre a validade das informações cadastrais e as regras de prevalência entre eventuais registros administrativos conflitantes, quando ocorrer o cruzamento de informações entre bases de dados do Cadastro Base do Cidadão;

VI - as orientações e as diretrizes para a integração dos órgãos e das entidades de que trata o art. 1º com o Cadastro Base do Cidadão;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

VII - a inclusão, na base integradora do Cadastro Base do Cidadão, de novos dados provenientes das bases temáticas, considerada a eficiência técnica e a economicidade;

VIII - a escolha e aprovação das bases temáticas que serão integradas ao Cadastro Base do Cidadão e a definição do cronograma de integração, em comum acordo com os gestores de dados;

IX - as propostas relativas à estratégia para viabilizar, econômica e financeiramente, o Cadastro Base do Cidadão no âmbito do setor público;

X - a instituição de subcomitês técnicos permanentes ou temporários, para assessorá-lo em suas atividades;

~~XI - a instituição de outros cadastros base de referência do setor público de uso obrigatório pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º; e~~

XI - a instituição de outros cadastros base de referência do setor público de uso obrigatório pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º; (Redação dada pelo Decreto nº 10.403, de 2020)

~~XII - seu regimento interno.~~

XII - seu regimento interno; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.403, de 2020)

XIII - o prazo para a publicação da categorização do nível de compartilhamento de que trata o § 3º do art. 4º. (Incluído pelo Decreto nº 10.403, de 2020)

Sendo um comitê que definirá questões fundamentais para o sistema jurídico de proteção de dados pessoais de todos os brasileiros, a falta da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) importa na ausência de supervisão e de fiscalização da autoridade competente, o que pode resultar em deliberações desastrosas para os titulares de dados pessoais.

Além do mais, existem evidências de que ocorrerão conflitos de atribuições ou mesmo uma superposição de atribuições entre a ANPD e o Comitê Central de Governança, diante das antinomias de normas jurídicas.

O art. 55-K da LGPD prevê que a aplicação das sanções previstas na lei compete exclusivamente à ANPD e suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública.

Nos termos do parágrafo único do art. 55-K, a ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação.

Como analisado, o decreto impugnado, nos seus arts. 21 e 31, delega atribuições ao Comitê Central de Governança de Dados no tocante à deliberação sobre as regras de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

compartilhamento e segurança, além de diversas matérias que deveriam ser objeto de deliberação da ANPD. O art. 26, *caput*, do Decreto nº 10.046/2019 prevê que as controvérsias no compartilhamento de dados entre órgãos e entidades públicas federais solicitantes de dados e o gestor de dados serão decididas pelo Comitê Central de Governança de Dados, com a possibilidade de consulta ao Comitê Interministerial de Governança, sem qualquer previsão de consulta à ANPD, contrariando o art. 55-K da LGPD.

Art. 26. As controvérsias no compartilhamento de dados entre órgãos e entidades públicas federais solicitantes de dados e o gestor de dados serão decididas pelo Comitê Central de Governança de Dados.

§ 1º. As resoluções do Comitê Central de Governança de Dados a respeito de controvérsias observarão as normas que protegem os dados objeto da controvérsia.

§ 2º Para fins do disposto no **caput**, o Comitê Central de Governança de Dados poderá consultar o Comitê Interministerial de Governança.

§ 3º O Comitê Central de Governança de Dados atuará de forma a buscar a composição de interesses entre as partes envolvidas na solução das controvérsias que lhe forem encaminhadas e se manifestará por meio de resolução.

§ 4º A revisão da categorização dos níveis de compartilhamentos de dados pelo Comitê Central de Governança de Dados será de ofício, com a anuência do Comitê Interministerial de Governança, ou mediante provocação do solicitante de dados.

§ 5º A Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, na qualidade de Secretaria-Executiva do Comitê Central de Governança de Dados, poderá responder diretamente ao solicitante de dados, se houver resolução anterior sobre o mesmo pleito.

Reitere-se: o fato de a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) **ainda não ter sido instalada fragiliza ainda mais os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais**, causando insegurança jurídica aos brasileiros, porquanto compete à ANPD solicitar aos órgãos e às entidades do poder público informações sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado, podendo emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento da LGPD (art. 29); estabelecer normas complementares para as atividades de comunicação e de uso compartilhado de dados pessoais (art. 30); enviar informes com medidas cabíveis para cessar violações (art. 31); solicitar relatórios de impacto à proteção de dados pessoais, bem como, sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público (art. 32 da LGPD).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Atribuições fundamentais da ANPD - relacionadas aos seus poderes de fiscalização e de *enforcement*, previstos na LGPD - incluem, ainda, a averiguação de violações em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos e a adoção de medidas cabíveis para fazer cessar a violação, inclusive as sanções administrativas previstas nos incisos I, IV, V, VI, X, XI e XII do art. 52, que podem ser aplicadas às entidades e aos órgãos públicos, sem prejuízo do disposto no Estatuto do Servidor Público, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Acesso à Informação.

É incontestável que o **Decreto nº 10.046/2019 invade competência normativa que não lhe é outorgada pela Carta Magna, viola direitos fundamentais** e, na prática, estabelece regras que sugerem uma quase-exclusão do Poder Público Federal do arcabouço normativo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Por outro lado, o Decreto nº 10.046/2019 cria um poderoso instrumento estatal para elaboração de *profilings*, confecção de dossiês de espionagem contra opositores políticos e atividades de vigilância totalitária. Desta forma, “*coloca em risco a própria democracia liberal, no contexto da sociedade da informação, ao ignorar a divisão informacional de poderes, pavimentando, com isso, o caminho para a criação de um indomável Leviathan 4.0*”.³³

Por todas as razões aduzidas, o Decreto nº 10.046/2019 padece de inconstitucionalidade material, tendo em vista a violação direta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da privacidade, do sigilo dos dados e da proteção de dados pessoais e da autodeterminação informativa.

VI – A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, A VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE E A PROIBIÇÃO DE EXCESSO

A autodeterminação informativa tem uma **dimensão subjetiva** – que protege os indivíduos contra intervenções indevidas do poder estatal ou privado no direito fundamental à proteção de dados – e uma **dimensão objetiva**, que exige do Estado obrigações positivas para a garantia desse direito, tanto nas relações do cidadão com o Poder Público, quanto nas relações privadas.

³³ Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//wwwjota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-divisao-informacional-de-poderes-e-o-cadastro-base-do-cidadao-18102019 Acesso em: 08/08/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Laura Schertel assevera que, na dimensão subjetiva da autodeterminação informacional, “a atribuição de um direito subjetivo ao cidadão acaba por delimitar uma esfera de liberdade individual de não sofrer intervenção indevida do poder estatal ou privado.”³⁴

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADI 6.387/RJ (no caso do IBGE), afirma que é possível identificar, como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, o “**devido processo informacional**”:

“É possível identificar como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, a preservação de verdadeiro “devido processo informacional” (*informational due process privacy right*), voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle, sobretudo em relação a práticas de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamentos preditivos e peremptórios.”³⁵

No estágio atual da sociedade da informação cada vez mais dependente de *Big Data* e das decisões automatizadas, o devido processo legal assume novos contornos, muito além de sua dimensão de ser um instrumento vital para as garantias processuais constitucionais (que asseguram princípios como a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural, a inafastabilidade da jurisdição, a motivação das decisões, a duração razoável do processo e todas as demais garantias previstas pelo sistema processual).

Como assinalam Bruno Bioni e Pedro Martins, o devido processo legal também deve ser entendido como uma ferramenta para assegurar a simetria e a proporcionalidade de uma forma mais ampla. “*Tanto as relações indivíduo-estado, quanto as relações privadas em que há uma assimetria de poder devem ser permeadas pela garantia do devido processo, evitando que ações arbitrárias e intrusivas sejam tomadas sem que o sujeito tenha a capacidade de se defender.*”³⁶ (grifos nossos)

Com relação à dimensão objetiva da autodeterminação informativa, esta “representa a necessidade de concretização e delimitação desse direito por meio da ação estatal, a partir da

³⁴ MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020> Acesso em: 08/08/2020.

³⁵ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF**, Relatora Ministra Rosa Weber, Decisão Monocrática 24/04/2020. Decisão do Plenário da Corte: 07/05/2020 (Voto do Min. Gilmar Mendes)

³⁶ BIONI, Bruno Ricardo e MARTINS, Pedro. Devido processo informacional: um salto teórico-dogmático necessário? <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/devido-processo-informacional-um-salto-teorico-dogmatico-necessario-15072020> Acesso em: 08/08/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

qual surgem deveres de proteção do Estado para a garantia desse direito nas relações privadas.” Desta forma, conclui a Professora Laura Schertel: “*Isso significa que os atos do Estado passam a ser controlados tanto por sua ação, como também por sua omissão.*”³⁷

Como sabido, a norma jurídica, para não ser excessiva e, portanto, inconstitucional, deve ultrapassar os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida, que são os subprincípios da proporcionalidade.

A **adequação** pressupõe a conformidade entre o ato do Poder Público e os fins justificativos para a sua adoção. O Decreto nº 10.046/2019 não demonstra se a megaestrutura do Cadastro Base do Cidadão é adequada nem tampouco quais são as finalidades a serem atendidas. Diversos fins inadequados podem ser almejados com total violação aos direitos fundamentais. Além disso, os dados podem ser tratados de forma irregular ou sofrerem graves incidentes de vazamento.

A **necessidade** - exigibilidade ou menor ingerência possível - parte do reconhecimento de que o cidadão possui direito à menor desvantagem quanto à restrição de seu direito fundamental. Assim, para a realização de uma determinada ação governamental não se faz necessário o acesso compartilhado, sem finalidades definidas, aos dados pessoais de todos os brasileiros, violando direitos fundamentais. Outros meios e sistemas podem ser utilizado para a consecução do mesmo fim.

A **proporcionalidade** em sentido estrito ou justa medida diz respeito a ponderar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins e requer o sopesamento entre as vantagens do fim almejado com as desvantagens ou restrições dos meios propostos. Realizando um juízo proporcionalidade, analisando-se a criação de um cadastro colossal unificado com um sistema de governança deturpado que apresenta evidente risco de violação de dados pessoais de todos os brasileiros, o ato normativo não resiste a uma verificação pautada pelo bom senso do razoável.

As políticas públicas podem e devem ser compatíveis com o direito à proteção de dados. Não se está aqui a subestimar a importância das políticas públicas que são executadas pelo Poder Executivo federal. Estas devem ser realizadas, porém, há que se compatibilizar meios e fins, buscando-se os instrumentos mais adequados para tal, sem violar - ou vulnerando o mínimo possível - os direitos fundamentais dos cidadãos.

³⁷ MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020> . Acesso em: 08/08/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Por premissa legal e em respeito ao direito à privacidade, à intimidade e à proteção de dados pessoais, o tratamento de dados deverá se limitar ao mínimo necessário para atingir a finalidade, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos.

O Excelso Supremo Tribunal Federal tem sólida jurisprudência sobre a **vedação de proteção insuficiente e a proibição de excesso**, com precedentes que legitimam o controle jurisdicional diante de atos omissivos ou comissivos do Poder Público:

Recurso Extraordinário com Agravo (lei nº 12.322/2010) – Manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente – Dever estatal resultante de norma constitucional – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município – Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgredir a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) – (...) controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (**Proibição de Retrocesso Social, Proteção ao Mínimo Existencial, Vedação da Proteção Insuficiente e Proibição de Excesso**) – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – Recurso de agravo improvido.³⁸

Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do “direito a ter direitos” como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias – Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (cf, art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134) – legitimidade dessa atuação dos juízes e tribunais – O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado – A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, **vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso**) – Doutrina – Precedentes – A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade

³⁸ Supremo Tribunal Federal, ARE 745.745 Agr, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Min. Celso de Mello, julg. 02/12/2014, pub. 19/12/2014.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

dessa instituição da República – Recurso de Agravo Improvido.³⁹

A proporcionalidade veda tanto o excesso na atuação estatal, como a deficiência na sua intervenção. A máxima da proporcionalidade, no âmbito da proibição de excesso, estabelece que a medida a) seja apropriada para o fim que almeja e b) necessária, c) não podendo as restrições ser desproporcionais ao objetivo buscado⁴⁰.

O Decreto nº 10.046/2019 não concretiza o art. 5º, *caput*, inciso XXXIII, o art. 37, § 3º, inciso II, e o art. 216, § 2º, da Constituição, a Lei no 12.527/11, o art. 11 da Lei no 13.444/17, e o Capítulo IV da Lei no 13.709/18, conforme demonstrado no item II. Desse modo, **não é apropriado** para os fins que indica. O referido decreto também é **desnecessário**, porque a) existe a previsão legal de Identificação Nacional Civil, sendo dispensável o desenvolvimento do Cadastro Base do Cidadão e b) o Comitê Central de Governança de Dados não pode e não deveria substituir a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ou o Comitê Gestor do ICN.

O supracitado decreto ainda restringe de forma indevida a privacidade e a proteção de dados para promover o acesso à informação e o compartilhamento de dados. No âmbito da proteção insuficiente, a privacidade e a proteção de dados não são corretamente tuteladas. O compartilhamento de dados entre órgãos da administração pública federal é ampliado substancialmente, inexistindo o imprescindível cuidado com a preservação da privacidade e com a proteção de dados.

Realizando a ponderação necessária conclui-se que a violação à proteção de dados normatizada pelo Decreto nº 10.046/2019 não preenche o requisito do respeito ao princípio da proporcionalidade, sendo excessivamente onerosa ao cidadão, em detrimento de um objetivo indefinido, **sem qualquer transparência**. Também por tal aspecto, o **ato normativo é flagrantemente inconstitucional**.

VII - DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

A concessão de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade está prevista

³⁹ Supremo Tribunal Federal, Ag.Reg. no RE 763.667/CE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Min. Celso de Mello, julg. 22/10/2013, pub. 13/12/2013.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

nos arts. 10 a 12 da Lei 9.868/1999, com a indicação de que deve ser concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal [...], após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Em situações de excepcional urgência ou de inconstitucionalidade chapada, admite-se a concessão da cautelar antes mesmo da manifestação do órgão ou autoridade do qual emanou o ato normativo impugnado, ou mesmo o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República (art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999), tendo a jurisprudência desse Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidado a possibilidade de concessão de liminar por decisão monocrática, *ad referendum* do Plenário.

É o que ocorreu, a título de exemplo, no julgamento da ADI 4.310/DF (Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14/04/2010), no qual, em face da urgência qualificada e dos riscos objetivamente comprovados de efeitos de desfazimento dificultoso, foi deferida a cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário dessa E. Corte.

No presente caso, não apenas os requisitos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* estão presentes, como também existe situação de **urgência qualificada**, uma vez que a lesão é aviada por decreto presidencial - cuja inconstitucionalidade foi cabalmente demonstrada na presente ação. Ademais, a criação e instalação do órgão estatal denominado Comitê Central de Governança de Dados, cujas atribuições são colidentes com a ainda não instalada Autoridade Nacional de Proteção de Dados – torna mais grave o quadro institucional.

A ausência da ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) fragiliza um dos pilares do direito fundamental à proteção de dados pessoais, mesmo com a entrada em vigor da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Parafrazeando o voto da Ministra Rosa Weber na ADI 6.387/DF, ainda vivemos um quadro-normativo-institucional de debilidade, haja vista que não temos uma autoridade independente em nosso país, apta a fiscalizar a violação de direitos e garantias fundamentais no processo de coleta, uso e compartilhamento de dados pessoais.

À toda evidência, as medidas chanceladas e eventualmente implementadas pelo Comitê Central de Governança de Dados, com fulcro no Decreto 10.046/2019, colocam em risco os direitos fundamentais à proteção de dados e à privacidade e, dificilmente, serão reparadas.

A manifestação da AGU (Advocacia Geral da União) nos autos da ADPF 695/DF



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

deixa patente os riscos que a atuação do Comitê Central de Governança de Dados - autorizando o compartilhamento de dados com base no Decreto 10.046/2019 - pode ocasionar no atual contexto de ausência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados independente:

“Feitos os necessários esclarecimentos de ordem fática, contata-se que a insurgência do arguente quanto ao mérito não merece prosperar. Isso porque a conduta administrativa impugnada, respaldada por diversas disposições normativas e, em especial, por autorização expressa concedida no Decreto nº 10.046/2019, não vulnera os preceitos fundamentais invocados no presente processo objetivo.

Com efeito, o compartilhamento de dados entre entidades e órgãos vinculados à Administração Pública foi idealizado pelo referido ato normativo, editado pelo Presidente da República, com o fito de atribuir maior eficiência na prestação de serviços públicos, implementando diretriz de viés desburocratizante.”.

Desde a edição do Decreto 10.046/2019, estamos assistindo a uma sucessão de atos do Poder Executivo que podem ser identificados no âmbito do chamado “**constitucionalismo abusivo**” - fenômeno danoso que vêm atingindo os regimes democráticos, cuja expressão foi cunhada por David Landau⁴¹. Deve-se ressaltar que, de acordo com Estefânia Barboza e Ilton Norberto Robls Filho, a norte-americana Kim Lane Scheppele utiliza o termo “democratura” para descrever alguns desses fenômenos nocivos:

De um lado, os líderes populares obtêm mandatos por meio de eleições, porém se utilizam do poder, das competências e dos institutos constitucionais para restringir a separação dos poderes, a transparência no trato com a coisa pública e as liberdades constitucionais especialmente de grupos opositoristas, de grupos da sociedade civil, de mecanismos de comunicação social e de coletivos.

Em síntese, a hipocrisia guia a criação de novos regimes políticos, uma vez que os líderes empenhados em consolidar o poder agora orientam a criação de novas modalidades de governo, tentando adotar o escudo do constitucionalista e o nome da democracia, mas concentrando poderes desordenados e descontrolados em poucas mãos.⁴²

O “constitucionalismo abusivo” e a “democratura” utilizam institutos de origem democrática para ceifar o pluralismo em um determinado país, “adaptando” os próprios mecanismos formais do sistema democrático para minar a democracia e os direitos

⁴¹ LANDAU, David. Abusive constitutionalism. University of California Davis Law Review, Estados Unidos, v. 47, n. 1, 2013, p. 189-260.

⁴² BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. In: Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018, p. 85.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

fundamentais. Com muita propriedade, aduziu o Ministro Luís Roberto Barroso na Medida Cautelar na ADPF 622/DF:

(...) os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático.

Esse fenômeno tem recebido na ordem internacional diversas denominações, entre as quais: “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”. Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo.⁴³

Em conclusão, enfatizamos que os atos discricionários do Presidente da República, ao exercer a direção superior da administração pública federal e ao regulamentar e dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos do Poder Executivo, encontram limites na Constituição da República e nas leis federais. A inobservância desses limites autoriza o Poder Judiciário a revisá-los porque, nesta hipótese, estamos diante de um juízo quanto à constitucionalidade e legalidade dos atos do Chefe do Poder Executivo.

Reiterando a decisão do Ministro Roberto Barroso nos autos da ADPF supracitada, entendemos que cabe à Corte Constitucional, como a corte de mais alta hierarquia em matéria constitucional, estar atenta a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma **estratégia mais ampla de concentração de poderes abusiva e distorcida, de violação a direitos fundamentais e de retrocesso**

⁴³ Disponível em:

<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/12/efddc66cf24522b5830084f2ee8430ca.pdf> Acesso em: 15 de janeiro de 2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

democrático, como entendemos ser exatamente o que resulta do Decreto 10.046/2019, nos termos desta exordial.

Nos termos das assertivas do Ministro Gilmar Mendes na decisão proferida na ADPF nº 695/DF, **é dever constitucional do Colendo STF evitar que situações graves – perpetradas com suposto fundamento no Decreto nº 10.046/2019 – violem preceitos fundamentais.**

Isto posto, restaram devidamente configurados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, pois ausentes os requisitos constitucionais que autorizam o exercício excepcional de competência legislativa por parte do Presidente da República, bem como, demonstrado o risco de que ocorram situações e medidas violadoras de preceitos fundamentais adotadas com fulcro no Decreto 10.046/2019. A gravidade da situação gerada pelo Decreto nº 10.046/2019 não permite sequer que se aguarde a manifestação do Presidente da República ou dos demais órgãos elencados no art. 10 da Lei 9.868/1999, e, menos ainda, que se espere pela designação de pauta para a apreciação da medida cautelar pelo Plenário desta Egrégia Corte. Eventual pedido de informação resultará em agravamento da situação, de modo que a concessão de medida cautelar por decisão monocrática é a solução mais adequada.

Ressalte-se que não é possível vislumbrar no caso qualquer marca de *periculum in mora reverso*, capaz de impor maiores precauções no deferimento da medida cautelar. Não há qualquer risco em se suspender cautelarmente a vigência do referido Decreto. Outrossim, a suspensão do Decreto nº 10.046/2019 fará com que o governo implemente corretamente as normas da LGPD e não permitirá que a ANPD seja substituída pelo Comitê Central de Governança de Dados – quadro institucional que se apresenta absolutamente temerário no atual momento.

Por conseguinte, considerando a dimensão dos direitos implicados na presente ação e a premência de sua apreciação, requer-se o deferimento de liminar para a **suspensão da eficácia, na íntegra, do Decreto nº 10.046/2019** (e, conseqüentemente, do Decreto 10.403/2020, que alterou dispositivos do Decreto 10.046/2019), *ad referendum* do Plenário desse Pretório Excelso, bem como, para que seja suspenso imediatamente o Cadastro Base do Cidadão e para que cesse qualquer compartilhamento indevido de dados pessoais.

VIII- DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

a) a **distribuição por dependência** desta presente Ação Direta de Inconstitucionalidade à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 695/DF, tendo em vista a conexão entre os feitos e a prevenção do Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, Relator da ADPF nº 695/DF, nos termos do que dispõe o art. 69 do Regimento Interno do STF;

b) a admissão e o conhecimento desta Ação Direta de Inconstitucionalidade por esse Excelso Supremo Tribunal Federal;

c) a **concessão de medida liminar** monocraticamente pelo Ministro Relator, *ad referendum* do Plenário (art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999), para: i) suspender imediatamente a eficácia da integralidade do Decreto nº 10.046/2019 (e, conseqüentemente, do Decreto 10.403/2020, que alterou dispositivos do Decreto 10.046/2019), *ad referendum* do Plenário desse Pretório Excelso, e, ii) suspender imediatamente o Cadastro Base do Cidadão e para que cesse qualquer compartilhamento indevido de dados pessoais, sob pena de danos irreparáveis aos direitos fundamentais de toda a população brasileira, tornando inviável o retorno ao *status quo ante*.

d) o referendo da medida cautelar pelo Plenário, após a oitiva dos órgãos e autoridades previstos na Lei 9.868/1999, mantendo-se a suspensão da eficácia da norma impugnada até o julgamento final da presente ação;

e) a notificação do Exmo. Presidente da República, para se manifestar no prazo legal sobre o mérito da presente ação, na condição de autoridade responsável pela edição do ato normativo impugnado;

f) a notificação do Exmo. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre a presente ação, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal;

g) a notificação do Exmo. Procurador-Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º, da Constituição Federal;

h) **no mérito**, a procedência da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade, na íntegra, do Decreto nº 10.046/2019 (e, conseqüentemente, do Decreto 10.403/2020, que alterou dispositivos do Decreto 10.046/2019), com a definitiva exclusão do Cadastro Base do Cidadão e do Comitê Central de Governança de Dados, na forma como foi concebido no decreto atacado:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

h.1) por afronta ao artigo 84, incisos IV e VI, 'a', da Constituição Federal pelo fato de o Decreto inovar no ordenamento jurídico, tendo o Presidente da República extrapolado a sua competência constitucional e

h.2) por violação direta aos artigos 1º, inciso III e 5º, *caput*, e incisos X, XII e LXXII da Constituição Federal, os quais asseguram, respectivamente a dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da intimidade, da privacidade e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; o sigilo dos dados, a garantia do *habeas data* enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa; bem como,

h.3) por ferimento aos direitos fundamentais à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa, reconhecidos como direitos fundamentais autônomos, com fulcro nos artigos 1º, inciso III e 5º, *caput*, e incisos X, XII e LXXII da Constituição Federal, através da decisão proferida pelo Plenário dessa Egrégia Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF.

Subsidiariamente, apenas a argumentar, caso essa Corte não considere a ADI como a via adequada para o presente pleito, espera o Autor que seja a presente ação admitida como *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*, com fulcro no 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999, pois há clara violação aos preceitos fundamentais da dignidade humana, da legalidade, da privacidade, da proteção de dados pessoais e da autodeterminação informativa.

Caso seja necessário, requer seja deferida a produção de provas (art. 20, § 1º, da Lei 9.868/99).

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Pede Deferimento.

Brasília, 18 de dezembro de 2020.

Felipe Santa Cruz Oliveira Scaletsky
Presidente Nacional da OAB
OAB/RJ 95.573



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Ilton Norberto Robl Filho

Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais

OAB/DF 38.677

Estela Aranha

Presidente da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RJ

OAB/RJ 202.221

Lucia Maria Teixeira Ferreira

Coordenadora de Estudos e Pareceres da Comissão de Proteção de
Dados e Privacidade da OAB/RJ

OAB/RJ 207.385

Daniilo Doneda

OAB/RJ 156.590

Diego Machado

OAB/MG 122.372

Guilherme Damásio Goulart

OAB/RS 59.290



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Lizandra Nascimento Vicente

Lizandra Nascimento Vicente

OAB/DF 39.992

Manuela Elias Batista

Manuela Elias Batista

OAB/DF 55.415