

A INFLUÊNCIA RECÍPROCA DA VOLKSZÄHLUNG NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UM NORTE PARA A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

João Gabriel Yaegashi¹, Cleber Sanfelici Otero²

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6341-0942>
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9776553896356663> E-mail: jgyaegashi@hotmail.com

² Orientador. Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Juiz Federal. Docente no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6035-7835>, cleber.otero@unicesumar.edu.br

RESUMO

Neste trabalho, há o objetivo de demonstrar como o julgamento da Reclamação Constitucional Contra Ato Normativo BVerfGE 65, 1 (VOLKSZÄHLUNG), realizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1983, serviu de norte para a construção de uma jurisprudência e legislação brasileira acerca do direito à proteção de dados pessoais. Procedeu-se a uma pesquisa bibliográfica e documental, com o emprego do método de abordagem indutivo-confirmável, com estudo, primeiramente, do contexto e dos fundamentos do precedente histórico julgado pela Corte Constitucional alemã em 1983 para, a seguir, demonstrar como tais fundamentos serviram de base para a construção de uma legislação e jurisprudência de proteção de dados pessoais no cenário brasileiro. Conclui-se que, em um contexto de sociedade de informação, o tratamento de dados configura elemento intrínseco da contemporaneidade, de forma que o devido reconhecimento e respeito a um direito de proteção de dados pessoais se mostra imprescindível para a proteção da pessoa humana em sua dignidade e personalidade, algo que, acertadamente, encontra seguro norte na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal, inspirada na decisão da Corte Constitucional Alemã, de forma que contribui como um paradigma para a interpretação e aplicação deste direito tão discutido na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de Dados Pessoais; Direitos da Personalidade; Influência Recíproca.

1 INTRODUÇÃO

Embora as discussões acerca do direito à proteção de dados pessoais no Brasil ocupem um merecido protagonismo nas décadas iniciais deste segundo milênio, já há algum tempo se reconhece, no âmbito dos tribunais, esse direito em sua matriz humanitária e fundamental para a concretização da dignidade da pessoa humana e proteção do livre desenvolvimento da personalidade em um contexto de sociedade de informação, o que foi feito de forma expressa, pela primeira vez, pelo *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) – Tribunal Constitucional Federal Alemão – em 1983.

Sem perder de vista outros relevantes precedentes e instrumentos legislativos anteriores à citada decisão, os quais terão pontuais menções dada a extensão limitada deste trabalho, focar-se-á na decisão proferida pelo BVerfG na Reclamação Constitucional Contra Ato Normativo, BVerfGE 65, 1 (VOLKSZÄHLUNG – Lei do Censo), em 15 de dezembro de 1983, em razão de sua notável influência na construção do direito tanto no campo legislativo, com a influência no Regulamento Geral de Dados da União Europeia (RGPD-UE), quanto no campo jurisprudencial, ao que se discorrerá, em se analisando a jurisprudência brasileira, em julgado no Supremo Tribunal Federal (STF) nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, nas quais se declarou a inconstitucionalidade da Medida Provisória (MP) nº 954/2020.

Por esse motivo, releva-se o estudo do citado precedente alemão com vistas a se conhecer a influência recíproca (*cross fertilization*) por este conferida ao ordenamento jurídico brasileiro, sobremaneira por se tratar do direito à proteção de dados pessoais. Trata-se de tema sempre em voga na sociedade de informação e atualmente de grande relevância para uma infinidade de áreas da nação brasileira, cujo principal expoente legislativo ainda conta com tenros efeitos, somente vigorando a partir de setembro do ano de 2020, de forma que estudos sobre suas origens e efeitos, ainda mais neste momento de fundação, mostram-se pertinentes e imprescindíveis para os juristas que buscam conhecer este campo do direito.

2 DISCUSSÕES E RESULTADOS

A fim de atender ao objetivo do trabalho, empregou-se o método indutivo-confirmável, com vistas a revelar o contexto e influências do julgado alemão na Constituição, legislação e jurisprudência brasileiras, por intermédio de uma pesquisa documental e bibliográfica, tendo como fonte a legislação e julgados internacionais e brasileiros, bem como artigos disponibilizados nos periódicos da Capes, livros e demais produções sobre a temática.

Constatou-se que, a despeito de relevantes discussões na tradição do *common law*, acerca dos novos contornos do direito à privacidade num contexto de avanço tecnológico e automatização do processamento de informação, é à Alemanha que se atribui o pioneirismo da discussão do direito à proteção de dados pessoais de uma forma expressa, algo decorrente das necessidades da época, marcada pelo forte investimento em automação e expansão dos meios de telecomunicação (DONEDA, 2021). Inicialmente, pela primeira legislação do mundo a abordar a matéria no *lander* de Hessen em 1970 (SARLET, 2021) e, posteriormente, pela decisão do *BVerfG* quando do julgamento da inconstitucionalidade parcial da Lei do Recenseamento, em 1983 (DÖHMANN, 2021).

Na precitada decisão, de olhos abertos aos avanços tecnológicos e da necessidade do desenvolvimento de um direito que resguardasse o livre desenvolvimento da personalidade humana e de diversas outras liberdades, entendeu o *BVerfG* por julgar parcialmente inconstitucional a nova Lei de Recenseamento da Alemanha (DONEDA, 2021) que impôs a prestação obrigatória de informações pela população acerca da profissão, moradia e trabalho, bem como previu a possibilidade de cruzamento com bancos de dados públicos e transmissão, desde que anonimizadas, para as demais repartições públicas para fins de execução administrativa (BVERFGE 65, 1, 2005).

Embora não falando primordialmente em um direito à proteção de dados, reconheceu o *BVerfG* que havia de se considerar um direito fundamental à autodeterminação informativa, que nada mais é do que o direito do indivíduo sobre o controle e proteção das suas condições informacionais gerais para que possa efetivamente se desenvolver dentro de sua própria autonomia, atribuindo “à proteção de dados uma dimensão relacionada ao direito constitucional e aos direitos humanos e em que se fixaram pedras angulares da proteção de dados que desempenham um papel central também na legislação europeia atual” (DÖHMANN, 2021, p. 98).

Conquanto o recenseamento configure uma medida de inquestionável importância para a criação de políticas públicas e estratégias de desenvolvimento socioeconômico do Estado, a segurança quanto à proteção de dados tem por escopo assegurar a própria

democracia, permitindo aos cidadãos avaliar de modo confiável as consequências de seus comportamentos, de forma que a quantidade massiva de dados processados implicaria, necessariamente, que sua ocorrência fosse acompanhada por medidas técnicas, processuais e operacionais que garantissem a segurança (princípio da prevenção) e o direito à autodeterminação informacional de forma transparente, necessária e adequada à finalidade posta ao tratamento, algo que passou longe de ocorrer na lei de recenseamento alemã, que embora compatível com os fins constitucionais, na parte de compartilhamento e transferência de dados, ficou em obscuridade quanto às medidas de tratamento e segurança (BVerfGE 65, 1, 2005).

Com tímidas alterações, a história passa por ciclos, e, neste momento, o palco em que uma Corte Constitucional é desafiada com a tensão entre a essencialidade dos dados pessoais e os riscos à personalidade diante de sua malversação é o Brasil, momento em que o STF, em 06 e 07 de maio de 2020 e por um largo placar de 10 votos favoráveis, julgou ser inconstitucional a Medida Provisória (MP) nº 954/2020, que determinava, de forma genérica e insegura quanto às finalidades e medidas técnicas de segurança, sem qualquer indicação de finalidade específica e em manifesta desproporcionalidade entre os dados necessários e aqueles requisitados, que as empresas de telecomunicação compartilhassem nome, numeral telefônico e endereço dos consumidores de telefonia móvel e fixa com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Tal decisão, que acabou por reconhecer um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, certamente teve como paradigma a precitada decisão do *BVerfG*, já que, fora as similaridades dos casos concretos, ainda se refletiu nos votos dos ministros brasileiros, que reiteraram, tal como fizeram os ministros da Corte Alemã, que inexistem dados insignificantes (Ministros Carmen Lúcia e Lewandowski), que o atual contexto informacional demanda um direito à autodeterminação informativa (Ministro Gilmar Mendes) e que os dados pessoais são essenciais para a manutenção da democracia (Ministro Luiz Fux) (MENDES; RODRIGUES JÚNIOR; FONSECA, 2021).

Uma vez influenciado o RGPD-EU pela decisão da Corte Alemã acima explorada, seguramente se afirma que esta influenciou o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), principal expoente do direito à proteção de dados pessoais no Brasil, é assumidamente uma legislação inspirada e simétrica ao marco regulatório europeu (SARLET, 2021), ao que se pode conceituar de *transposição jurídica*, fenômeno de importação de direito e instituições jurídicas (BARROSO, 2013) ou, como pondera Sarlet (2021, p. 24), uma *cross fertilization* (influência recíproca) entre as ordens jurídicas, abarcando em sentido amplo textos constitucionais, doutrina e jurisprudência, bem como “da integração [...] entre a esfera jurídico-constitucional nacional (interna) dos estados e o direito constitucional internacional”.

3 CONCLUSÕES

Concluiu-se que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca da proteção de dados pessoais como necessidade do direito à autodeterminação informativa em 1983 constituiu importante paradigma norteador da jurisprudência e legislação brasileira na contemporaneidade quando da interpretação e aplicação do que hoje se concebe como um direito fundamental autônomo de proteção de dados pessoais,

o qual, num contexto de sociedade de informação, mostra-se necessário para a devida tutela da pessoa humana em sua dignidade e em diversos aspectos de sua personalidade.

Não se olvida, igualmente, conforme proposta existente no Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019, que o direito à proteção de dados provavelmente passará a incorporar o extenso rol de direitos e garantias fundamentais individuais do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de maneira específica e ainda mais clara, para além do já disposto nos incisos X e XII, de forma que novas pesquisas sobre a temática no futuro se mostram relevantes e convenientes para uma melhor compreensão de seus efeitos práticos na sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BVERFGE 65, 1. SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf
Acesso em: 01 nov. 2021.

DÖHMANN, Indra Spiecker gen. A proteção de dados pessoais sob o regulamento geral de proteção de dados da união europeia. In: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 97-113.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 03-20.

MENDES, Laura Schertel. RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a Proteção Constitucional dos Dados Pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 61-71.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 21-59.