

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 08 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 03 – Dossiê Temático

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de
Janeiro, 2023.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.
-

**POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO A PROTEÇÃO DE DADOS:
UMA ANÁLISE DA ADI Nº 6561/TO**

**PUBLIC POLICIES AND THE RIGHT TO DATA PROTECTION:
AN ANALYSIS OF ADI NO. 6561/TO**

**Brunno Roberto Araujo Lins Magalhães¹
Leonardo de Andrade Mattietto²**

RESUMO: A proteção de dados constitui direito autônomo na Europa desde os anos 2000. No Brasil, houve o advento da LGPD que constituiu um marco regulatório de proteção de dados. Além dela, houve a consolidação desse direito como garantia fundamental presente no art. 5º da Constituição. Em vista disso, por um lado tem-se que uma legislação protetiva de dados é essencial para a garantia da autodeterminação informativa dos cidadãos e, por outro, ele por si só não será satisfatório para a tutela da personalidade ante as possíveis violações cometidas pelos policymakers, como os legisladores. Nesse sentido, objetiva analisar a proteção concedida aos dados pessoais e, conseqüentemente à personalidade dos brasileiros pela Constituição. Outrossim, objetiva-se examinar o risco provocado pela utilização desses dados no âmbito das políticas públicas, especificamente na hipótese da criação de cadastro estadual de usuários e dependentes de drogas. Argumenta-se ser indispensável que as políticas públicas respeitem o direito constitucional à proteção de dados, bem como o princípio da autodeterminação informativa. O presente trabalho tem como escopo responder a seguinte questão: a política pública que propõe a criação de um cadastro estadual de usuários e dependentes de drogas, como na Lei estadual nº 3.528/2019, ofende o direito à proteção de dados? A análise desse tema será realizada em três passos: (i) análise da mudança de perspectiva do conceito de privacidade e a construção da autodeterminação informativa e o exame da tutela dos dados pessoais à luz do Supremo Tribunal Federal e da EC nº 115/2022; (ii) exposição do relatório e fundamentação dos votos da Medida Cautelar na ADI nº 6561/TO e (iii) a análise das políticas públicas envolvendo proteção de dados e de combate às drogas. Conclui-se demarcando os fundamentos constitucionais de uma política de cadastramento de usuários e dependentes de drogas consonante com o princípio da autodeterminação informativa.

PALAVRAS-CHAVES: Políticas Públicas; Proteção de dados pessoais; SISNAD.

ABSTRACT: Data protection has been an autonomous right in Europe since the 2000s. In Brazil, there was the advent of the LGPD, which constituted a regulatory framework for data

¹Artigo apresentado à disciplina Privacidade e Proteção de Dados no âmbito do PPGD da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do grau de Mestrado em Direito. Profº Drº Leonardo Mattietto.

² Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

protection. In addition, this right was consolidated as a fundamental guarantee present in art. 5th of the Constitution. In view of this, on the one hand, data protection legislation is essential to guarantee the informational self-determination of citizens and, on the other hand, it alone will not be satisfactory for the protection of personality in the face of possible violations committed by policymakers. , like legislators. In this sense, it aims to analyze the protection granted to personal data and, consequently, to the personality of Brazilians by the Constitution. Furthermore, the objective is to examine the risk caused by the use of these data within the scope of public policies, specifically in the hypothesis of creating a state registry of drug users and addicts. It is argued that it is essential that public policies respect the constitutional right to data protection, as well as the principle of informational self-determination. The purpose of this work is to answer the following question: does the public policy that proposes the creation of a state registry of drug users and addicts, as in State Law No. 3,528/2019, offend the right to data protection? The analysis of this topic will be carried out in three steps: (i) analysis of the change in perspective on the concept of privacy and the construction of informational self-determination and the examination of the protection of personal data in light of the Federal Supreme Court and EC nº 115/2022; (ii) presentation of the report and justification for the votes on the Precautionary Measure in ADI nº 6561/TO and (iii) the analysis of public policies involving data protection and the fight against drugs. It concludes by demarcating the constitutional foundations of a policy for registering drug users and drug addicts in line with the principle of informative self-determination.

KEYWORDS: Public Policies; Protection of personal data; SISNAD.

1 INTRODUÇÃO

Uma característica marcante do século XXI consiste na evidente influência da revolução tecnológica em diversas esferas da vida humana. Nesse sentido, há que se pontuar que não existe aspecto algum da vida que não esteja pautado ou influenciado pela tecnologia, sobretudo da Internet, a qual, por um lado, facilitou a organização de dados e a comunicação de uma maneira geral.

Essa verdadeira revolução ocasionada pela tecnologia, por conta de sua profundidade e rapidez, influenciam as relações humanas e torna difícil a sua compreensão do ponto de vista jurídico, o que demanda uma detida e profunda análise de suas consequências para a sociedade.

Nessa esteira, nasce a preocupação com a privacidade dos cidadãos em diferentes partes do mundo. Notadamente a matéria desenvolve-se nos Estados Unidos e em alguns países Europeus de consideravelmente robusta.

Assim, são criadas as teorias sobre a privacidade, sua tentativa de conceituação e posteriormente positivação desse direito. Além disso, com o desenvolvimento da matéria vislumbra-se a autonomia de um novo direito, a proteção de dados.

Embora não se detenha com os fundamentos filosóficos desses novos direitos, que para alguns autores podem inclusive derivar do direito natural³, o presente artigo, busca analisar concretamente a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o problema da pesquisa nasce de um caso concreto: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.561/TO, julgou a constitucionalidade de lei estadual que propôs a criação de um cadastro estadual de usuários e dependentes de drogas.

Para tanto, procurou-se analisar o desenvolvimento da disciplina nos Estados Unidos e Europa e, posteriormente, no desenvolvimento jurisprudencial e legislativo brasileiro sobre a temática. Tal análise foi necessária para responder a seguinte pergunta: a política pública que propõe a criação de um cadastro estadual de usuários e dependentes de drogas, como na Lei estadual nº 3.528/2019, ofende o direito à proteção de dados?

Ante a esse desafio, fez-se necessário realizá-lo em três passos. Assim, no item 1 buscou-se analisar da mudança de perspectiva do conceito de privacidade e o desenvolvimento do princípio da autodeterminação informativa e o exame da tutela da proteção de dados pessoais à luz do Supremo Tribunal Federal e da EC nº 115/2022.

Já no item 2, destrinchou-se o relatório e fundamentação dos votos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6561/TO.

Por último, procedeu-se a análise das políticas públicas envolvendo proteção de dados e de combate às drogas. Conclui-se demarcando os fundamentos constitucionais de uma política de cadastramento de usuários e dependentes de drogas consonante com o princípio da autodeterminação informativa

2 PRIVACIDADE, PROTEÇÃO DE DADOS: PANORAMA CONCEITUAL, NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL

³ Nesse sentido: BONNA, Alexandre Pereira. Fundamentação filosófica do direito à privacidade no contexto da era da sociedade da informação. Revista brasileira de direito civil em perspectiva, v. 5, n. 2, p.174-193, jul./dez. 2019 e PINHEIRO, V. S.; BONNA, A. P. Sociedade da informação e direito à privacidade no Marco Civil da Internet: fundamentação filosófica do Estado de Direito. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 21, p. 365-394, 2020.

2.1 Da privacidade à proteção de dados: perspectivas conceituais e evolução da legislação na Europa e nos Estados Unidos

O direito à privacidade já estava presente na Declaração Universal do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 12⁴. Nela, é possível inferir que a privacidade ganhava contornos de um direito proveniente do direito à intimidade (MACEDO TORRES, 2020, p. 3).

Contudo, a noção de privacidade, conforme Danilo Doneda (2021a, p. 29), embora não seja recente, apenas começou a ser introduzida no ordenamento jurídico no final século XIX.

Nesse sentido, como marco inicial é inevitável destacar o artigo escrito por Warren e Brandeis em 1890: *The right to privacy*. Nele fica evidente a mudança de perspectiva do direito à privacidade, como sendo “*the right to be let alone*”, expressão citada no artigo e atribuída ao juiz Thomas McIntyre Cooley⁵ e que pode ser traduzida como o “direito de ser deixado só”.

Essa concepção proposta pelos autores, segundo Doneda (2021a, p. 30), passou por mudança ao longo dos séculos, porquanto crescia a ideia de que um aspecto fundamental da realização humana e do desenvolvimento da personalidade diz respeito à privacidade.

Ainda quanto a conceituação, Daniel Solove aponta que as tentativas de conceituar a privacidade “o fazem tentando localizar a essência da privacidade - suas características centrais ou o denominador comum que une as várias coisas que classificamos sob a rubrica de privacidade” (2007, p. 754 – tradução livre).

Nesse sentido, para Solove há o risco de tornar a concepção de privacidade muito vaga ou inclusiva demais no caso da escolha de um denominador comum com amplitude para abarcar tudo (2007, p. 755). Portanto, segundo ele “devemos entender a privacidade como um conjunto de semelhanças familiares” (SOLOVE, 2007, p. 756 – tradução livre).

A definição de privacidade revela-se uma questão que desafia muitos juristas, sendo, inclusive, chamada por André Vitalis como “*définition introuvable*”, François Rigaux como “*L'impossible définition*” e Ken Gormley como “*talismanic word*” e, embora exista tal dificuldade e divergência, Doneda entende que a indefinição relativa ao conteúdo do direito à privacidade deve ser considerada mais como uma característica ínsita à matéria do que como

⁴ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/DeclaraDireitos.pdf> . Acesso em: 13 mar. 2023.

⁵ A citação presente no artigo de Warren e Brandeis é uma referência à obra publicada em 1888 por Thomas Cooley, intitulada *Treatise of the law of torts*. Nela é utilizada a expressão “*the right to be let alone*”.

um defeito em si, sendo, inclusive, provável que a definição do conceito não seja propriamente a principal questão a ser enfrentada (2021a, pp. 103-104).

Rodotà (2008, p. 15) destaca que a privacidade deve “ser considerada também como o direito de manter o controle de suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”. Tal concepção se coaduna com uma visão mais recente, a qual considera que um conjunto de valores e interesses relacionados à privacidade alteraram o seu perfil (DONEDA, 2021a, p. 41).

Dessas modificações, o próprio Rodotà aponta que talvez a mais importante delas tenha sido a mudança no eixo em que o direito à privacidade gira em torno, tendo passado do tripé “pessoa-informação-segredo” para “pessoa-informação-circulação-controle” (1995, p. 102 *apud* DONEDA, 2021a, p. 41).

Nesse contexto, as mudanças podem ser condensadas em um conceito: a sociedade da informação. Ela pode ser definida como “uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações” (VIEIRA, 2007, p. 156). Nela, a informação se configura como indispensável para qualquer atividade, isto é, sendo o seu principal ativo e riqueza (VIEIRA, 2007, p. 157).

Assim, paradoxalmente, a proteção da privacidade avançou na sociedade da informação, porquanto a privacidade seguiu o caminho da consolidação da teoria dos direitos da personalidade. Desse modo, a privacidade ganhou contornos novos sendo mais do que a garantia do isolamento como outrora citado, mas como forma de proporcionar os meios necessários para a construção de uma esfera privada própria (DONEDA, 2021a, pp. 41-42).

Ou seja, a privacidade teve suas funções ampliadas. Tal ampliação foi definida por Doneda como “força expansiva” da proteção de dados pessoais, seja pela mudança dos interesses envolvendo a privacidade, seja pela alteração do ambiente por onde circulam os dados e essa “força expansiva marcou também a evolução da privacidade pelo ordenamento jurídico (2021a, pp. 42-43).

Essa necessidade de ampliação funcional da privacidade ocasionou, portanto, nascer “uma disciplina de proteção de dados pessoais, que compreende em sua gênese pressupostos ontológicos muito similares aos da própria proteção da privacidade: pode-se dizer, de certa

forma, que a proteção de dados pessoais é a sua ‘continuação por outros meios’” (DONEDA, 2021a, p. 44).

No âmbito jurídico, é inegável que a privacidade e a proteção de dados possuem raízes tanto na Europa quanto nos Estados Unidos. Nesse sentido, aponta Danilo Doneda (2021b, p. 5):

O perfil atual da proteção de dados está fortemente ligado aos marcos regulatórios europeus e ao seu desenvolvimento, a ponto de o tema chegar a ser por vezes referido, coloquialmente, como tipicamente europeu. No entanto, o seu caráter global é amplamente verificável, além do que podemos verificar que a própria gênese de alguns de seus institutos mais característicos não se deu na Europa, porém, nos Estados Unidos. De fato, vários aspectos da sua formação deixam claro que o que podemos chamar de "núcleo duro" do seu corpo doutrinário é resultado de uma dinâmica de influências mútuas entre diversos sistemas jurídicos, principalmente na Europa e Estados Unidos.

O desenvolvimento da matéria nos EUA se deu a partir do já citado artigo *The right to Privacy* e ocupava espaço nos tribunais americanos, antes mesmo da publicação do referido artigo. Nesse sentido, o direito à privacidade “passou a ser evocado com certa frequência desde então, passando em certo momento, a inclusive, ocupar lugar no *Restatement of Torts*, obra de referência nos Estados Unidos na consolidação de princípios do *common law*” (DONEDA, 2021b, p. 5).

Já na jurisprudência, ficaram marcados alguns importantes casos em que Louis Brandeis atuou como juiz da Suprema Corte. O caso *Olmstead v. United States* (1928)⁶ simbolizou a consolidação do direito à privacidade, uma vez que se tratou da aplicação da Quarta Emenda envolvendo utilização de provas produzidas com base em escutas telefônicas na casa e no escritório de um cidadão americano (RICHARDS, 2010, pp. 1336–1337).

Nesse julgamento, Brandeis teve o seu voto vencido, uma vez que discordou “baseando-se em dois princípios que eram centrais para seu pensamento jurídico - a necessidade de a lei

⁶ *Olmstead v. United States* - 277 U.S. 438, 471 (1928).

se adaptar aos tempos de mudança e a importância dos direitos civis individuais (em oposição aos econômicos) contra o estado” (RICHARDS, 2010, p. 1337).

Posteriormente, a partir do caso *Katz v. United States* (1967)⁷, o argumento do voto dissidente serviu como base e então, “a Quarta Emenda passou a ser aplicada diante de ameaças tecnológicas” (DONEDA, 2021b, p. 6).

Já na década de 1960, o avanço da tecnologia e da própria informática, surge uma preocupação concreta: o projeto do *National Data Center*, por conta de seus riscos envolvendo o processamento de dados pessoais dos cidadãos americanos (DONEDA, 2021b, p. 7).

Em consequência do debate envolvendo a base de dados centralizada, ficou marcada a criação do *Fair Credit Reporting Act* (FCRA) em 1970, enquanto na doutrina, o relatório produzido pelo *Department of Health, Education and Welfare* (HEW)⁸ propôs a observância de dos *Fair Information Practice Principles* (FIPPs), o qual contém princípios centrais de muitas normas envolvendo a proteção de dados⁹ (DONEDA, 2021b, p. 7).

Com esse desenvolvimento da matéria houve maior debate em mais países, principalmente com a discussão sobre a proteção de dados pessoais na Europa.

No cenário europeu, a primeira legislação envolvendo a proteção de dados se deu na Alemanha. Lá o Estado alemão de Hesse editou, em 1970, *The Hesse Data Protection Act*.

Conforme Doneda (2021b, p. 8), ela pode ser considerada pioneira na matéria de proteção de dados, “justamente por ter operado uma mudança de perspectiva que trouxe consigo o desenvolvimento de um modelo normativo autônomo”. Juntamente com a Lei sueca¹⁰ de proteção de dados, forma a primeira geração de leis de tutela dos dados pessoais (DONEDA, 2021a, p. 179).

Além dela, surgiram outras legislações protetivas de dados, como na França, Espanha, Portugal, Alemanha, Áustria e outros¹¹, o que constituiu, segundo Doneda (2021a, p. 181) a segunda geração de leis sobre a matéria.

⁷ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁸ O relatório – *Records, Computers and the Rights of Citizens. Reports of the Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems* – está disponível em: <<https://epic.org/privacy/hew1973report/>>.

⁹ Princípios como: finalidade, livre acesso, transparência, segurança e qualidade/correção.

¹⁰ Lei Sueca: *Datalag* 1973:289, de 11 de maio de 1973.

¹¹; Lei francesa: *Informatiques et Libertées* – Lei 78-17, de 6 de janeiro de 1978; Menção às constituições de Portugal e Espanha, bem como a Lei Austríaca: *Datenschutzgesetz* (DSG), Lei de 18 de outubro de 1978, nº 565/1978.

Quanto aos tribunais, a decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1983 ganhou grande destaque. Essa decisão versou sobre a Lei sobre recenseamento, editada em 1982. Nesse sentido, segundo Mendes (2018, p. 187), “o ponto de partida da decisão é o processamento eletrônico de dados que, em virtude do moderno desenvolvimento tecnológico, possibilitou o processamento ilimitado, a armazenagem e transmissão de dados pessoais”.

Frente aos possíveis riscos para a personalidade decorrentes do processamento de dados eletrônicos, o Tribunal Constitucional Federal Alemão constatou que: “o art. 2 §1 combinado com o art. 1 §1 LF resultaria um direito fundamental à autodeterminação informativa que garantiria ‘o poder do indivíduo em determinar fundamentalmente por si mesmo sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais¹²’” (MENDES, 2018, p. 188).

A Corte, então, reconheceu pioneiramente o direito à autodeterminação informativa, “*formulado a partir do direito geral de personalidade e voltado a garantir ao cidadão o direito de controlar a amplitude da divulgação ou utilização de qualquer aspecto relacionado à sua personalidade por meio de seus dados pessoais*” (DONEDA, 2021b, p. 9).

A partir dela, na década de 80 houve a reformulação de algumas legislações, como no caso das emendas às leis de dados na Alemanha e Áustria, e em leis específicas como na Noruega e Finlândia (DONEDA, 2021a, p. 183).

Ainda em 80, então, a partir da mudança de perspectiva europeia, com a Convenção 108 do Conselho da Europa e houve a edição das *Guidelines* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as quais estabeleceram um conjunto de princípios encontrados em diversos diplomas normativos que tratam da proteção de dados.

Salienta-se que as *Guidelines* tornaram-se uma importante referência além de estabelecerem alguns parâmetros para a regulação da matéria, enunciados pelos princípios: “(1) *collection limitation principle*; (2) *data limitation principle*; (3) *purpose specification principle*; (4) *use limitation principle*; (5) *security principle*; (6) *openness principle*; (7) *individual participation principle*” (WUERMELING, 1996, p. 416 *apud* DONEDA, 2021a, p. 200).

Já em 1995 houve a edição da Diretiva 95/96/CE. Ela era “relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação

¹² BVerfGE 65,1 (43), Recenseamento (Volkszählung).

desses dados¹³. Posteriormente foi substituída, em 2016, pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD ou *GDPR*, em inglês).

Ante o exposto, considerando ambiente de desenvolvimento social e cultural semelhantes, “os institutos de proteção de dados tiveram desenvolvimento marcadamente diferenciados na Europa e em relação aos Estados Unidos, o que, para alguns autores revela traços não somente culturais, mas também jurídicos e institucionais distintos¹⁴” (DONEDA, 2021b, p. 9).

Enquanto isso, ainda que tardiamente em relação aos países da União Europeia e aos Estados Unidos, o Brasil teve a sua própria evolução legislativa no que se refere a proteção de dados como direito autônomo, como se verá a seguir.

2.2 A perspectiva brasileira: a formação da proteção de dados no Brasil: antecedentes da Lei Geral de Proteção de Dados

A expressão “proteção de dados” é ainda muito recente no cenário jurídico brasileiro. Nesse sentido, expõe uma evolução tardia da matéria no país. Nesse sentido, o direito à privacidade no Brasil foi associado à muitas matérias e institutos, dentre os quais o principal foi o direito à privacidade e até hoje se observa de certo modo a utilização ambivalente dos conceitos da privacidade e proteção de dados (DONEDA, 2021b, p. 10).

Contudo, pode-se dizer que a assimilação da proteção da privacidade pelo direito brasileiro “é, de modo geral, linear com a sua progressiva consolidação como um dos direitos da personalidade pela doutrina e jurisprudência, até sua previsão constitucional e sua menção específica no Código Civil de 2002, no art. 21”¹⁵ (DONEDA, 2021b, p. 10).

A Constituição de 1988 prevê também a problemática da informação em seu art. 5º, IX e art. 220, ao tratar da garantia à liberdade de expressão, bem como no art. 5º, XIV, XXXIII e XXXIV e art. 220, em que dispõe sobre o direito à informação.

¹³ Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&-from=it>> .

¹⁴ WHITMAN, J. Q. *The two western cultures of privacy: Dignity versus liberty*. Yale Law Journal, v. 113, n. 6, p. 1151-1222, 2004.

¹⁵ O direito à privacidade está inserido no art. 5º, X, CRFB/88.

Além dessas garantias, conforme Mattietto (2014, p. 329-330), com uma breve leitura da CRFB/88, pode-se destacar a existência de importantes princípios sobre a privacidade, antes mesmo do advento de lei infraconstitucional e específica que regulasse a matéria e desse modo, verificam-se que são proclamados em alguns incisos do art. 5º, a saber: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (IV); são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (X); o instituto do *habeas data*, que garante o direito ao acesso e a retificação de dados (LXXII), bem como a inviolabilidade do domicílio (XI) e da correspondência (XII).

Observa-se que, comparativamente, circunstâncias que desencadearam a formulação de normativas de proteção de dados em outros países não surtiram o mesmo efeito no Brasil. Pode-se constatar isso a partir de alguns fatos como: i) a ausência de influência das dinâmicas que geraram debates e leis protetivas de dados na doutrina e jurisprudência brasileira; e ii) a reverberação dessas dinâmicas em legislações específicas, como o direito do consumidor (DONEDA, 2021b p. 11).

Não é que os elementos não fossem visíveis nem que faltasse debate sobre essa temática no país. Tanto o é que discussões sobre cadastros únicos envolvendo a coleta de dados dos cidadãos ocorreram no Brasil, a exemplo do projeto do Registro Nacional de Pessoas Naturais (RENAPE) ainda em 1970 (DONEDA, 2021b, p. 11).

Contudo, é com o processo de redemocratização do país e a concepção do instituto do *habeas data* no escopo normativo da Constituição de 1988 que houve foi concretizada a demanda por um instrumento legal relativo à proteção de dados (DONEDA, 2021b, pp. 11-12).

Concebido com a forma de ação constitucional e não de direito material, o *habeas data*¹⁶, porém, “mesmo após a sua regulamentação pela Lei 9.597/1997, não logrou enfrentar os desafios proporcionados pelo crescente tratamento de dados pessoais na Sociedade da Informação” (DONEDA, 2021b, p. 13).

Outras normativas também previam disposições envolvendo a proteção de dados, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação e o Marco Civil da Internet¹⁷.

¹⁶ O *habeas data* está presente no art. 5º, LXXII, CRFB/88.

¹⁷ Respectivamente: Lei nº 8.078/1990; Lei nº 12.527/2011; e Lei nº 12.965/2014.

Quanto ao diploma consumerista, como exposto anteriormente por Doneda, a proteção de dados no ordenamento jurídico pátrio foi efetivada a partir do CDC. Nesse sentido, aponta Mattietto (2014, p. 330) que estabelece procedimentos para manutenção de registros, bem como protege os dados do consumidor em banco de dados e arquivos, porém, os órgãos responsáveis pela proteção do consumidor (Procons) não priorizaram a salvaguarda dos dados pessoais dos consumidores.

Nesse sentido, mais notadamente por meio do seu artigo 43, o CDC confrontou-se com o problema dos bancos de dados, sobretudo no que tange a utilização abusiva, por parte dos fornecedores, das informações sobre os consumidores (DONEDA, 2021a, p. 276).

Ademais, o próprio artigo nasce inspirado pelo *Fair Credit Reporting Act* (1970) norte-americano, sendo assim, entende-se como demonstrada a limitação da tutela promovida pelo diploma consumerista, seja pela sua incidência, seja pelo caráter dos artigos. Apesar disso, permanece sendo um pilar fundamental, possibilitando que o tratamento de dados pessoais nas relações de consumo seja tutelada pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (DONEDA, 2021a, p. 278).

Ressalta-se que o mencionado artigo, aplicável aos bancos de dados de proteção ao crédito, é e foi empregado como uma maneira de consolidação do entendimento de que existe o direito do consumidor sobre os seus dados (DONEDA, 2021b, p. 14).

Outra legislação importante no que diz respeito à proteção de dados é a Lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011). Ela regulamenta o princípio da transparência insculpido na CRFB/88, define o que é informação pessoal (art. 4, IV) e estabelece uma regulamentação específica em relação aos dados pessoais detidos pelo poder público (art. 31) (DONEDA, 2021b, p. 15).

Já em relação à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet, pode-se dizer que o seu projeto foi uma iniciativa conjunta do então Ministro da Justiça e do Centro de Tecnologia e Sociedade da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e que contou com a colaboração da sociedade e do governo na formulação de seus princípios (MATTIETTO, 2014, p. 332).

Em uma breve análise dos artigos do MCI, constata-se a existência de fundamentos (art. 2º), sendo um dos principais o “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais” (inc. II), princípios (art. 3º), sendo os mais

importantes para essa monografia: “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal” (inc. I); “proteção da privacidade” (inc. II); “proteção dos dados pessoais, na forma da lei” (inc. III); e “responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei” (inc. VI); e objetivos (art. 4º) bem definidos.

Ela indica uma série de conceitos e como eles são entendidos pela legislação (art. 5º) e aponta uma série de direitos no art. 7º, sendo que utiliza expressamente o termo “privacidade” Nesse sentido, conforme Mattietto (2014, p. 334, tradução nossa), em análise ao referido artigo 7º, constata-se que:

A inviolabilidade da intimidade e da privacidade declarada pelo artigo 7º e garantida sua proteção, bem como a indenização por danos materiais ou morais decorrentes da violação. O mesmo artigo trouxe a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, exceto que ordem judicial e registros de conexão e acesso a aplicações de Internet foram expressamente considerados dados pessoais, os quais não devem ser compartilhados com terceiros.

Já em seu art. 8º ficou estabelecido que cláusulas contratuais que violem garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações são nulas de pleno direito e no artigo 10 são previstos direitos e instrumentos processuais que assegurem a sua tutela, conforme Pinheiro e Bonna (2020, p. 373):

Além de princípios e direitos, **o Marco Civil prevê tanto direitos, quanto mecanismos processuais para a proteção deles.** Um dos eixos centrais desse instrumento regulatório é a tentativa de conciliação equânime entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade dos usuários. Interessa-nos especificamente a ênfase que a norma confere aos direitos de personalidade, sobretudo a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o sigilo do fluxo de informações e comunicações, excetuando-os apenas mediante ordem judicial fundamentada, consoante o devido processo legal. (G.N.)

Além disso, essa legislação utiliza-se da autodeterminação informativa como parâmetro para a proteção de dados pessoais, bem como o consentimento do usuário-cidadão em relação ao fluxo de dados pessoais no meio informático (BIONI, 2019, p. 184).

Diante do advento dessa normativa, Mattietto (2014, p. 339, tradução nossa), entende que a aprovação dela representa para o ordenamento jurídico brasileiro: “um avanço glorioso para a segurança jurídica no ciberespaço brasileiro, preenchendo as lacunas regulatórias do Brasil, que atualmente impedem investimentos em sua infraestrutura tecnológica”.

Portanto, o MCI revelava ser uma regulação promissora no que tange a defesa da privacidade no âmbito da Internet, sendo composto não apenas por princípios e direitos, mas também por mecanismos aptos a defender a privacidade e os dados dos brasileiros. Contudo, ao analisar detidamente a LGPD, é possível afirmar que ela complementa e amplia as disposições do referido diploma legal.

Aponta-se, ainda, outras disposições espalhadas pelo ordenamento jurídico brasileiro que também visam resguardar o direito à privacidade antes mesmo do advento da LGPD.

Assim sendo, ao analisar a legislação pátria, verifica-se a existência de alguns diplomas legislativos anteriores à LGPD, como a já citada Lei de Acesso à informação (Lei nº 12.257/2011); a Lei nº 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito (MATTIETTO, 2014, p. 331).

Já em 2012, foram aprovadas duas leis sobre crimes cibernéticos, a saber a Lei nº 12.735 e a Lei nº 12.737, que ficou conhecida como a Lei Carolina Dieckmann, uma famosa atriz que teve suas fotos íntimas roubadas e divulgadas na internet, nesse sentido, as leis criminalizaram a prática do hackeamento e o acesso desautorizado de informações tecnológicas (MATTIETTO, 2014, p. 331).

Portanto, antes mesmo do advento da LGPD, já existia um arcabouço regulatório mesmo que esparso no ordenamento jurídico brasileiro, que ganhou maior aplicabilidade com a introdução do marco legal da proteção de dados pessoais.

2.3 A perspectiva brasileira: da Lei Geral de Proteção de Dados à autonomia do direito à proteção de dados pessoais

Conforme Doneda (2021a, pp. 177-184), podem ser apontadas quatro gerações de leis de proteção de dados pessoais: a primeira geração datada da década de 70, consistindo primordialmente em conceder autorizações para criação de banco de dados e o controle destes bancos por órgãos públicos; a segunda geração de leis, caracterizadas por terem em sua base considerado a privacidade e a proteção de dados como sendo uma liberdade negativa, a qual deverá ser exercida pelo próprio titular; e a terceira geração de leis surgiu na década de 1980, tendo como característica marcante o entendimento da proteção de dados como algo mais complexo e visam proteger com maior efetividade um dos princípios base da proteção de dados: a autodeterminação informativa (DONEDA, 2021a, pp.181-183)

Já a quarta geração de leis de proteção de dados, por sua vez, é mais recente e caracteriza-se segundo Doneda (2021a, pp. 183-184) “por procurar suprir as desvantagens do enfoque individual existente até então”. Além disso, é possível afirmar que houve uma tendência ao fortalecimento do indivíduo – pessoa titular dos dados, bem como houve uma expansão do modelo de autoridades independentes e normas específicas para setores que processam dados (DONEDA, 2021a, p. 184).

Nesse contexto, em 2018, nasceu a LGPD, Lei nº 13.709/2018, a qual consiste na primeira legislação brasileira a tratar especificamente da temática da proteção de dados. Como é perceptível, ela pode ser temporalmente classificada como uma lei da 4ª geração de leis de proteção de dados pessoais também porque ao buscar fortalecer a pessoa frente àqueles que realizam a coleta e o processamento de dados, pode ser apontada como característica, paradoxalmente, “a própria redução do papel da decisão individual de autodeterminação informativa” (DONEDA, 2021, p. 184).

Ao analisar os artigos da LGPD, verifica-se que os princípios insculpidos em seu art. 6º, é possível concluir que os princípios enunciados nas *Guidelines* da OCDE¹⁸ foram em sua grande maioria acolhidos pela legislação nacional sobre a matéria. Nesse sentido, destacam-se seguintes princípios constantes na lei: I - finalidade; IV - livre acesso; V - qualidade dos dados; VI - transparência; e VII – segurança¹⁹.

¹⁸ Ver página 6.

¹⁹ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: 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

Saliente-se que a lei indica o conceito de dado pessoal sensível, como sendo aqueles dados pessoais sobre: origem racial ou étnica, 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 (art. 5º, II). Além disso, confere tratamento diferenciado aos dados pessoais sensíveis, sendo necessário o consentimento do titular e ocorrer com a finalidade específica (art. 11, I). Não havendo o consentimento, a normativa estabelece uma série de condicionantes para o tratamento desses dados (art. 11, II, alínea ‘a’ e seguintes).

Da lista de dados classificados como sensíveis, importa mencionar que os dados referentes à saúde somente podem ser tratados sem o consentimento do titular em caso de exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária (art. 11, II, ‘f’) e que é vedado: a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica (art. 11, § 4º) e às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários (art. 11, § 5º).

Nesse sentido, com base em Pinheiro (2020, pp. 12-13), pode-se afirmar que a LGPD é um marco legislativo brasileiro, no âmbito privado e público, vez que trata da proteção de dados pessoais dos titulares, envolvendo tratamento de dados pessoais por qualquer pessoa e em qualquer meio, bem como porque traz direitos, obrigações e princípios ao uso dos dados e, além de ter sido inspirada pelo GDPR, possui como espírito proteger os direitos fundamentais do livre desenvolvimento da personalidade, da liberdade e da privacidade.

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.

Quanto aos seus objetivos, conforme Frazão (2019b, p. 100), “pode-se dizer que o objetivo central da LGPD é resgatar a dignidade dos titulares e seus direitos básicos relacionados à autodeterminação informativa”.

Ademais, ela pretende garantir ampla proteção dos titulares e aos direitos existenciais que são afetados pelo tratamento de dados, regulando todas as formas de tratamento de dados pessoais - definidos pelo art. 5º, I e incluindo os dados públicos e aqueles que os próprios titulares tornaram públicos (FRAZÃO, 2019b, p. 102). Inclusive de maneira administrativa, porquanto a LGPD traz consigo a previsão de um órgão regulador, vinculado à Presidência da República, conforme os arts. 55-A a 55-K – a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Quanto a natureza constitucional da proteção de dados, Doneda realiza o seguinte questionamento: “possuindo a privacidade tutela constitucional, poderíamos afirmar que a proteção de dados pessoais estaria tutelada constitucionalmente?” (2021a, p. 269).

Essa resposta deve levar em conta a construção do direito à proteção de dados tanto jurisprudencialmente quanto legislativamente. Nesse sentido, cabe enunciar que havia um debate doutrinário em relação a autonomia desse direito, sendo que uma corrente sustenta a proteção de dados como um direito fundamental dotado de autonomia, uma vez que vai além do direito à privacidade e engloba conceituações como dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anônimos; enquanto uma segunda corrente entende que o direito à proteção de dados está contido no direito da privacidade e, portanto, dele decorre (GONDIM, 2020).

Em que pese essa discussão, houve na jurisprudência do STF a construção da autonomia do direito à proteção de dados e, posteriormente, a sua consolidação normativa por meio da Emenda Constitucional nº 115/2022.

Assim, aponta-se a histórica decisão proferida pelo STF em que o Plenário referendou a Medida Cautelar concedida pela Min. Rosa Weber. Ela foi relatora das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393²⁰, as quais questionavam a constitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020, em virtude de ela determinar a empresas de telecomunicações compartilhassem nome, número de telefone e endereço de seus

²⁰ Foram quatro partidos políticos, a saber: PSB, PSDB, Psol e PCdoB e o Conselho Federal da OAB que ajuizaram as ADIs.

consumidores de telefonia móvel e fixa com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no contexto da pandemia.

Em sua decisão, o Tribunal, com maioria de 10 votos favoráveis, suspendeu a eficácia da referida MP e significou algo muito maior para o direito brasileiro, conforme aponta Mendes (2021, p. 62): ela trouxe “o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados como direito autônomo, extraído a partir da leitura sistemática do texto constitucional brasileiro”.

Dessa decisão, cabe destaque a decisão monocrática da Min. Rosa Weber e ao voto do Min. Gilmar Mendes. A primeira ganha relevo, uma vez que suspendeu a MP sob o argumento de que o combate à crise sanitária não pode atropelar garantias fundamentais e para tanto, trouxe o conceito de dados pessoais e a compreensão de uma tutela ampliada para eles, em razão dos direitos da personalidade, privacidade e autodeterminação informativa previstos na LPGD (MENDES, 2021, p. 65). Já na segunda decisão, seu mérito principal é assentar as bases do direito à proteção de dados como um direito autônomo, que seria extraído:

"[C]ompreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5.º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do habeas data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa." (VITAL, 2020).

Quanto aos contornos, o voto do Min. Gilmar também apresenta interessantes considerações sobre uma dupla dimensão do próprio conceito de autodeterminação informativa:

A dimensão subjetiva impõe que o legislador assuma o ônus de apresentar uma justificativa constitucional para qualquer intervenção que de algum modo afete a autodeterminação informacional. Nesse aspecto, a autodeterminação do titular sobre os dados deve ser sempre a regra, somente afastável de maneira excepcional. A justificativa constitucional da intervenção deve ser traduzida na identificação da

finalidade e no estabelecimento de limites ao tratamento de dados em padrão suficientemente específico, preciso e claro para cada área (VITAL, 2020).

Já na dimensão objetiva, argumenta que:

[A] afirmação do direito fundamental à proteção de dados pessoais impõe ao legislador um verdadeiro dever de proteção (*Schutzpflicht*), o qual deve ser materializado por meio da previsão de mecanismos institucionais de salvaguarda traduzidos em normas de organização e procedimento (*Recht auf Organisation und Verfahren*) e normas de proteção (*Recht auf Schutz*) (VITAL, 2020).

O significado histórico dessa decisão, conforme observação acurada de Mendes (2021, p 67) ‘pode ser equiparado ao clássico julgamento do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1983, relativamente à Lei do Recenseamento’.

Já no âmbito legislativo, além das normas infralegais já citadas amplamente, houve importantes mudanças constitucionais. Nessa esteira, a PEC nº 17/2020 propôs algumas alterações no texto constitucional relativos à proteção de dados pessoais. De modo que, em seu projeto original, tinha como objetivo incluir o direito fundamental à proteção de dados pessoais e estabelecer a competência privativa da União para legislar sobre o tema. Após as deliberações a PEC foi aprovada e deu origem a Emenda Constitucional nº 115/2022 (EC nº 115/2022), a qual foi incluída no texto constitucional para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e fixou a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais, conforme a nova redação dos artigos 5º, 21 e 22.

Por fim, ressalte-se que a passagem pelos objetivos previstos no art. 6º da LGPD e “a garantia de uma matriz de autodeterminação do indivíduo caminha necessariamente pela construção de um órgão regulador, tal como previsto na redação original do Projeto de Lei nº 53 de 2018 e trazido pela recente Lei nº 13.853 de 2019” (MACEDO TORRES, 2020, p. 17).

Também nesse sentido, Doneda (2021a, p. 321): “o recurso a uma autoridade administrativa para a proteção de dados pessoais, no modelo de uma autoridade independente, é uma tendência fortemente enraizada em vários ordenamentos”.

Tendo em vista esse arcabouço doutrinário e legislativo, passa-se agora à análise do julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 6.561/TO.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS: A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR NA ADI Nº 6.561/TO E A SUSPENSÃO DA LEI ESTADUAL Nº 3.528/2019

3.1 Iniciativa da ADI: alegações da PGR e breve relatório

Trata-se de análise da ADI nº 6.561/TO, bem como de sua Medida Cautelar, a qual suspendeu a Lei Estadual nº 3.528/2019 do Estado do Tocantins.

Primeiramente, aponta-se que a referida ADI foi proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei nº 3.528/2019, de 12 de agosto de 2019, do Estado do Tocantins, que cria Cadastro Estadual de Usuários e Dependentes de Drogas.

O citado diploma legal foi aprovado com a seguinte redação:

Art. 1º Fica criado o Cadastro de Usuários e Dependentes de Drogas no Estado do Tocantins.

§ 1º Os usuários e dependentes de drogas do Estado do Tocantins serão cadastrados pela Secretaria Estadual de Segurança pública, a partir do registro de ocorrência policial ou de outra fonte de informação oficial.

§ 2º A lista de que trata o parágrafo anterior deverá conter:

I - o nome do usuário ou dependente;

II - o nome da droga de posse do usuário apontada no registro de ocorrência policial ou de outra fonte de informação oficial;

III - a forma pela qual o usuário ou dependente adquiriu a droga;

IV - outras informações de caráter reservado, objetivando preservar a intimidade do cadastrado.

§ 3º Este cadastro será compartilhado com a Secretaria da Saúde.

§ 4º O nome do usuário será excluído da lista na data em que for requerido, devendo acompanhar este pedido o laudo médico e

informação oficial sobre a não reincidência, conforme preceitua a legislação em vigor.

Art. 2º O Cadastro de que trata esta Lei não poderá ser utilizado para outros fins que não seja o de propiciar aos Órgãos públicos o conhecimento dos usuários e dependentes de drogas e os meios legais para libertá-los do vício.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação²¹.

Em sua inicial, o PGR alegou a inconstitucionalidade formal – em razão do ente federativo usurpar a competência privativa da União para legislar sobre matéria penal e processual penal (art. 22, I, CRFB/88), e a inconstitucionalidade material - por violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, aos direitos à intimidade e à vida privada, bem como ao devido processo legal e à presunção de inocência (arts. 1º, III e 5º, X, LIV, LVII, CRFB/88).

Quanto à inconstitucionalidade formal ressalta que tal norma, ao prever a criação de uma lista de usuários e dependentes de drogas, criou, na realidade, um cadastro de antecedentes, invadindo a competência da legislativa da União. Aponta, ainda, que: i) a inclusão em cadastro geral de antecedentes cabe somente aos condenados, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; e ii) a legislação federal não prevê tal disposição, sendo, portanto, a adoção de tratamento diferenciado aos usuários do Estado do Tocantins – ferindo a isonomia.

Quanto à inconstitucionalidade material, destaca que a norma: i) ao prever lista de usuários de drogas assemelhada a um cadastro de antecedentes fere a presunção de inocência garantida por força do art. 5º, LVII, CRFB/88, uma vez que não dá direito de defesa aos incluídos no cadastro; ii) a inclusão do nome de usuário na lista viola o princípio da proporcionalidade e suas regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), porquanto possui como objetivo “tornar conhecidas, no meio policial, as pessoas que já foram detidas com substâncias entorpecentes”²²; e iii) macula o direito à intimidade e à vida privada das pessoas cujos nomes sejam incluídos no referido cadastro, por tratar-se de medida desproporcional aos fins perseguidos.

²¹ Conforme consta na publicação do Diário Oficial do Estado do Tocantins nº 5.417. Disponível em: <https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3528-2019_49681.PDF> . Acesso em: 7 mar. 2023.

²² PGR. Petição Inicial. Ver onde encontro disponível.

Ainda requereu: a suspensão da eficácia da norma, cautelarmente e a declaração de sua inconstitucionalidade formal e material, no mérito.

Por fim, argumentou o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, em razão da possibilidade de que pessoas sejam incluídas no cadastro, gerando, assim, estigmatização e a violação de direitos constitucionalmente previstos.

3.2 Julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.561/TO: posicionamentos adotados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal

Trata-se de Medida Cautelar na ADI nº 6.561/TO sob a presidência do Min. Luiz Fux, relatoria do Min. Edson Fachin e vencido o Min. Marco Aurélio. O julgamento ocorreu em sessão plenária virtual de 2 a 9 de outubro de 2020, tendo sido o acórdão assim ementado:

MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 3.528 DE 2019 DO ESTADO DO TOCANTIS. **CADASTRO ESTADUAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS.** INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL. DIRETO SANITÁRIO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. AFRONTA À NORMA FEDERAL. LEI 11.343/2006. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA SISTEMATIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES. **INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL.** DEFERIMENTO.

1. A norma é formalmente inconstitucional, uma vez que, ao criar o Cadastro Estadual de Usuários e Dependentes de Drogas (art. 1º) no âmbito da Secretaria Estadual de Segurança Pública com informações concernentes ao registro de ocorrência policial (§1º), inclusive sobre reincidência (§4º), invade competência privativa da União para legislar sobre matéria penal e processual penal (CRFB, art. 22, I).

2. Ademais, o exercício da competência concorrente em matéria de direito sanitário (CRFB, art. 24, XII), no federalismo cooperativo, deve maximizar direitos fundamentais e não pode ir de encontro à norma federal. No caso, nos termos da Lei federal n. 11.343/2006, a sistematização de informações é competência da União (art. 8º-A, XII).

3. **Materialmente, também há inconstitucionalidade.** A seletividade social do cadastro é incompatível com o Estado de Direito e os direitos fundamentais que a Constituição de 1988 protege, especialmente, a **igualdade** (CRFB, art. 5º, caput), a **dignidade da pessoa humana** (CRFB, art. 1º, III), o **direito à intimidade e à vida privada** (CRFB, art. 5º, X) e o **devido processo legal** (CRFB, art. 5º, LIV). Inexistência tampouco de protocolo claro de proteção e tratamento desses dados.

4. **Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade concedida para suspender a lei impugnada.** (STF - ADI: 6561 TO, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 13/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/10/2020) (G.N.)

Em seu voto, o Min. Edson Fachin entendeu que a medida cautelar deveria ser deferida. Para tanto, sustentou a inconstitucionalidade formal da norma, porquanto: i) ao criar o Cadastro Estadual de Usuários e Dependentes de Drogas no âmbito da Secretaria Estadual de Segurança Pública, com a utilização de registro de ocorrência policial, invade a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual penal (art. 22, I, CRFB/88); ii) “o exercício da competência concorrente em matéria de direito sanitário (art. 24, XII, CRFB/88), no federalismo cooperativo, maximizar direitos fundamentais, não pode ir de encontro à norma federal”; iii) a gestão das informações relativas aos usuários e dependentes de drogas, conforme a Lei federal nº 11.343/2006 (SISNAD) e o Decreto nº 5.912/2006 (Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas), compete à União.

Quanto à constitucionalidade material, arguiu que: i) deve haver a proteção do cidadão dos males causados pelas drogas, conforme o RE nº635.659, isto é, a necessidade de uma resposta informativa, mas não de reprovação na esfera penal; ii) o cadastro tem um viés de seletividade e higienização social contrário aos direitos fundamentais insculpidos na CRFB/88, tais como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade e à vida privada e o devido processo legal

Já com base na LGPD, argumentou que: i) ela trouxe em seu bojo os princípios da autodeterminação informativa e da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (art. 2º, II e IV, respectivamente), tendo como ponto de princípios da própria Constituição; ii) os

dados de saúde são classificados pela LGPD como dados pessoais sensíveis (art. 5º, II) havendo, portanto, a necessidade de regime jurídico especial para o seu tratamento, conforme o art. 11; iii) para efetuar a inclusão no cadastro não há a previsão de formas de controle prévio nem a comunicação e o consentimento do interessado; iv) para a exclusão exige-se laudo médico e informação oficial atestando a não reincidência; v) inexistente protocolo de proteção e tratamento dos dados.

Com fundamento na Lei de Acesso à Informação (LAI)²³, sustentou que as “informações de caráter reservado” indicadas art. 1º, §2º, IV da lei estadual, utiliza nomenclatura que na LAI diz respeito a “informações que puderem colocar em risco a segurança do Presidente e Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos(as)” (art. 24, § 2º). Desse modo, enfatiza que “a atecnia legal revela novamente a obscuridade que permeia os efetivos fins do cadastro” (BRASIL, 2020, p. 4).

Ademais, o Min. Edson Fachin entendeu que a previsão explícita no art. 1º, §1º da obtenção de dados para o cadastro a partir de “registro ou ocorrência policial ou de outra fonte de informação oficial” ofende a isonomia do usuário ou dependente de droga, uma vez que o individualiza e o seleciona, bem como promove segmentação social (BRASIL, 2020, p.4).

Ante o exposto, votou pela concessão da medida cautelar com a suspensão da lei impugnada, conforme o art. 10, §3º, da Lei nº 9.868/99.

Por outro lado, o Min. Marco Aurélio divergiu do relator. Nesse sentido, discute em seu voto tratar-se de matéria ligada à segurança pública. A atribuição dos Estados para legislar, segundo o art. 25, § 1º, CRFB/88, reserva à eles as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição, devendo ter em vista as necessidades de segurança pública regional (BRASIL, 2020, p. 7)

Entende, ainda, que a preexistência do SISNAD não permite a concluir contrariamente. Desse modo, portanto, a referida lei estadual estaria ampliando o mecanismo de tutela tanto da segurança quanto da saúde pública, “mostrando-se impróprio potencializar os princípios da dignidade da pessoa humana e privacidade a ponto de mitigar o modelo de federalismo cooperativo” (BRASIL, 2020, p. 7).

Concluiu que houve proporcionalidade na atuação do legislador tocantinense, vez que buscou a preservação da ordem pública (art. 144, *caput*, CRFB/88).

²³ Lei nº 12.527/2011.

Diante disso, divergiu do relator, para indeferir a medida cautelar e manter a norma com plena vigência.

Já o Min. Luís Roberto Barroso ressaltou que “ainda quando se possa reconhecer ao Estado o legítimo exercício da competência legislativa em matéria de drogas, para fins de saúde pública e tratamento, não é isso o que faz a Lei nº 3.528/2019” (BRASIL, 2020, p. 14) e acompanhou o voto do relator.

Dessarte, o tribunal, por maioria, concedeu a medida cautelar, com a suspensão da lei estadual tocaninense, nos termos do voto do relator.

3.3 Posicionamento da Advocacia Geral da União, do Governador do Estado do Tocantins e tramitação ADI nº 6.561/TO no Supremo Tribunal Federal

Após a submissão para julgamento da Medida Cautelar ao Plenário Virtual, o Ministro Relator Edson Fachin, nos termos dos arts. 6º e 8º da Lei nº 9.868/1999, determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República. Além deles, solicitou informações às autoridades envolvidas (Governo do Estado do Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins).

A Advocacia Geral da União em sua peça argumentou e concluiu, em síntese, que i) “mais do que prever um registro paralelo de culpados, o cadastro em questão admite que a inclusão seja motivada independentemente de culpa, a partir de mera comunicação de ocorrência policial”; ii) “a ao ampliar os pressupostos de registro criminal [...] a legislação estadual afrontou a competência legislativa privativa da União”; iii) a União editou a Lei nº 11.343/2006, a qual atribuiu à União a competência para sistematizar e divulgar os dados estatísticos nacionais de prevenção, tratamento, acolhimento, reinserção social e econômica e repressão ao tráfico ilícito, sem que para isso tenha previsto a criação de cadastro de usuários e dependentes; e iv) o Decreto nº 5.912/2006 regulamentou a referida lei federal e previu a criação do Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas (BRASIL, 2020).

Ante os argumentos expostos, o AGU concluiu que a lei estadual tocaninense objeto da ADI não é compatível com a Constituição e manifestou-se pela procedência do pedido do PGR.

Já o Governador do Estado do Tocantins transcreveu as informações prestadas pelo Secretário da Casa Civil do Estado. Nesse sentido, foram expostos, em síntese, os seguintes argumentos, informações e esclarecimentos sobre o processo de composição da referida lei

estadual: i) mencionou o Relatório Mundial sobre Drogas, publicado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC*), o qual aponta que “o custo do uso de drogas ecoa não só nos domínios da saúde, mas interfere também na produtividade, na justiça criminal e em outros custos diretos”; ii) que, segundo o relatório, “em 2017, 271 milhões de pessoas, em todo o mundo, entre 15 e 64 anos, tenha usado drogas pelo menos uma vez no ano anterior”; iii) que “na última década, houve uma diversificação das substâncias disponíveis nos mercados das drogas ilícitas”; iv) que “as consequências do uso de drogas para a saúde incluem inúmeros aspectos negativos, como transtornos derivados, distúrbios de saúde mental [...]”; e v) alega, ainda, ser primordial conhecer o “público alvo” das políticas públicas, de modo que o cadastro criado pela Lei nº 3.528/2019 representaria, na verdade, um meio de levantamento de dados dos usuários dependentes, como faixa etária, sexo, território e tipos de drogas, contemplando a defesa do interesse público (BRASIL, 2020)

Destaca-se a ausência de manifestação da Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins.

Por fim, em relação à tramitação da ADI no STF, houve o pedido de destaque na sessão virtual de 11/06/2021 a 18/06/2021. Posteriormente, o julgamento foi incluído em pauta e agendado para 30/06/2021. Contudo, foi excluída do calendário de julgamento e reincluído no calendário de julgamento pelo Presidente e publicado no DJe nº 13/2023 com a data de 11/05/2023²⁴.

4 A INTERFACE ENTRE AS POLÍTICA PÚBLICAS: A POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO DE DADOS, A DIGNIDADE HUMANA E A POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE ÀS DROGAS (SISNAD)

4.1 As políticas públicas e a política pública de proteção de dados

Doutrinariamente, as políticas públicas podem ser definidas como “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas,

²⁴ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=501250&ori=1>> . Acesso em: 12 mar. 2023.

para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2002, p. 241).

Tendo isso em vista, deve-se considerar também que uma característica que lhe é peculiar diz respeito a transversalidade, isto é, pois tangenciam elementos como o Direito e a política. Assim, segundo Sundfeld e Rosilho (2014, pp. 33-34), o debate relativo as políticas públicas em Direito revela as vicissitudes da legislação propriamente dita, sua fragmentação e a gigantesca quantidade de produção de leis.

Assim sendo, há que se pontuar também que as políticas públicas envolvendo qualquer matéria devem, outrossim, ser encaradas como um processo de escolha por parte do Estado. Isto é, havendo uma grande quantidade de necessidades e de escolhas frente a problemas públicos, o Estado deve escolher qual é a pauta. Dentre variadas questões públicas, como a educação, ciência, segurança pública e a privacidade. A política de drogas e a proteção de dados é uma das pautas que compõe esse quadro (SOUZA, 2020, p. 25).

Além disso, a visão das políticas públicas como escolha pública, que ao fazer – quando, como e de qual maneira – e ao abster-se de fazer (SOUZA, 2020, p. 25).

Tal visão se enquadra, na doutrina da matéria, como uma resolução de problemas de maneira aplicada. Assim, conforme Howlett, Ramesh e Perl (2013, p. 5): “a *policy-making* trata fundamentalmente de atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (*policy goals*), com meios políticos (*policy means*)”.

Ainda nessa ideia de processo, as políticas públicas são uma sequência de fases que geram um ciclo. Desse modo, quando se pensa a *policy making*, há o que se denomina o *policy cycle*, que varia a quantidade de fases a depender do autor. Nesse sentido, Howlett, Ramesh e Perl (2013) enumeram-nas da seguinte maneira: (1) elaboração da agenda; (2) formulação da política; (3) tomada de decisão; (4) implementação e (5) avaliação.

Corroborando ainda com essa ideia Felipe Fonte (2015, pp. 58-59) quando afirma que: “a ideia de que as políticas públicas englobam leis, diversos atos administrativos e fatos tendentes à realização de determinada finalidade imediatamente remete à noção de procedimento”.

Ainda no âmbito das políticas públicas, Theodory J. Lowi classificou-as em quatro tipos, a saber: i) regulatória; ii) distributivas, iii) redistributivas e iv) constitutivas (SOUZA, 2020, p. 45).

Ante isso, cumpre conceituar que as políticas públicas regulatórias são aquelas que “estabelecem padrões de comportamento, serviço ou produto para atores públicos e privados. Exemplo desse tipo de política são as regras para segurança alimentar, para operação do mercado financeiro, regras de tráfego aéreo, códigos de trânsito, leis [...]” (SECCHI, 2013, p. 25)

Nessa esteira, ressalta-se que Mendes reconhece a privacidade como um direito fundamental, quando argumenta: “é possível se reconhecer um direito fundamental à proteção de dados pessoais, como uma dimensão da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, nos termos da constituição” (MENDES, 2014, p. 171).

Portanto, “[n] esse quadro, uma das possibilidades de estudo do papel da privacidade como política pública é por via dos institutos da *regulação* (aqui, dado seu caráter mais amplo quanto possível) ou, mais acertadamente, de política *pública regulatória*” (SOUZA, 2020, p. 45). Pontua-se que a assim também pode ser classificada em relação à proteção de dados, conforme discutido anteriormente no item 1 do presente artigo.

4.2 A dignidade humana e as políticas públicas de combate às drogas (SISNAD)

No Brasil, a governança da Política Nacional de Drogas é realizada por meio do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD) e que tem como instância superior o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) (BRASIL, 2021).

Trata-se de um sistema que busca repartir as competências dos entes federativos, coordenando e planejando as ações as ações interfederativa e intersetorial (BRASIL, 2021).

Sendo que esse sistema pode ser entendido como um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, incluindo-se, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 2021).

Criado a partir da Lei nº 11.343/2006, o SISNAD tem seus princípios elencados no art. 4º, destacando-se o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade (art. 4º, I). Ademais, são seus objetivos, previstos no art. 5º:

- I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de droga.

Ela substituiu o pioneiro dos sistemas nacionais sobre drogas, denominado Sistema Nacional Antidrogas, criado pela Lei nº 6.368/76. Com as alterações provenientes da Lei nº 11.343/2006, estabeleceu-se que o SISNAD teria um papel junto à prevenção do uso de drogas e destaca-se que o legislador preocupou-se com o problema da reinserção social desses usuários e dependentes de drogas (RAMOS, 2010, pp. 153-154).

Cabe apontar, ainda, que alguns artigos do projeto de lei que deu origem ao SISNAD foram vetados, que se tratava da Estrutura do CONAD. Considerada inconstitucional essa divisão de competências, o caminho adotado foi a implementação a partir da integração dos entes federativos por convênios (RAMOS, 2010, p. 154).

Ante análise legislativa, “[v]ale ressaltar que as normas prescritas na Lei 11.343 não se restringem à intervenção preventiva, como também determina as situações em que os indivíduos poderão receber tratamento médico gratuito, caso constatada a dependência” (RAMOS, 2010, p. 156).

Importa mencionar também que em 2002 foram s Observatórios Nacionais sobre Drogas (OBID), por meio do Decreto nº 4.345, tendo em vista a necessidade de monitorização de dados sobre drogas, com perspectivas de gerar políticas baseadas em evidência e que atinjam metas e objetivos específicos²⁵.

²⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/obid>.

Portanto, percebe-se que a legislação que regulamenta a política pública de drogas no Brasil, reparte competências e tem como princípios-base o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nessa esteira, vale a pena destacar que a proteção de dados pessoais está intrinsecamente ligada a dignidade humana, vez que, como visto anteriormente, o tratamento dos dados dos cidadão de maneira indevida representa uma violação aos direitos de personalidade.

Assim sendo, a combinação das políticas públicas envolvendo drogas bem como as políticas públicas de proteção de dados convergem para a proteção da integralidade do ser humano, vez que visam a preservação dos dados e a reinserção dos usuários e dependentes de drogas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, pode-se concluir que o direito à privacidade é de difícil conceituação, tendo um perfil patrimonialista e posteriormente ganhou contornos de direito protetivo da personalidade.

Aprofundou-se a noção de que a sociedade da informação alterou substancialmente a maneira de encarar a privacidade e que tal mudança fez com que os dados pessoais ganhassem destaque como um ativo.

A partir dessa nova perspectiva em relação a privacidade, informação e dados, cada vez mais, na doutrina, foi-se consolidando a ideia de que havia algo novo: um direito autônomo, a proteção de dados pessoais.

Diante da evolução da tecnologia e episódios pontuais nos Estados Unidos e Europa, a exemplo da criação dos bancos de dados, houve um aprofundamento dos debates em torno da privacidade e dessas intensas discussões. No âmbito judicial tanto nos Estados Unidos quanto na Europa debatiam a matéria, dentre os quais ficaram mais famosos o caso *Olmstead v. United States* (1928) e a decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1983 sobre a Lei sobre recenseamento. Tais episódios serviram também para o fortalecimento doutrinário da matéria. Além disso, surgiram as primeiras normativas de proteção de dados.

No Brasil, porém, as circunstâncias que desencadearam a formulação de normativas de proteção de dados em outros países não surtiram o mesmo efeito. De modo que a proteção de

dados foi associada diversos institutos e matérias, dentre as quais a mais importante foi a privacidade e, além disso, encontrou ressonância em outras normativas à exemplo do direito do consumidor.

Posteriormente, houve sim o desenvolvimento de legislações e institutos que tutelam a proteção de dados, como é o caso do habeas data, a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet, o advento da Lei Geral de Proteção de Dados e a posterior EC nº 115/2020, que incluiu a proteção de dados expressamente no art. 5º da CRFB/88.

Contudo, essa dinâmica foi acompanhada pela via judicial, vez que importantes julgados, como Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 7, 6.388, 6.389, 6.390, as quais questionavam a constitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020, e que consolidaram a autonomia do direito à proteção de dados.

Nesse sentido, da análise da problemática a que se voltou responder o presente artigo, acerca da constitucionalidade da lei estadual do Estado do Tocantins que previa a criação do cadastro de usuários e dependentes de drogas, verifica-se pela análise da própria legislação aplicável que a edição dessa normativa viola a dignidade humana, uma vez que utiliza dado pessoal sensível (saúde), sem o consentimento do cidadão e sem finalidades específicas.

Verificou-se que a política pública de proteção de dados, pode ser considerada como política pública regulatória.

Por fim, vislumbrou-se a arquitetura normativa das políticas públicas envolvendo o combate às drogas e sua correlação principiológica com a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2023.

_____. **Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006.** Regulamenta a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm>. Acesso em: 12 mar. 2023.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 12 mar. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 12 mar. 2023.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2023.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 13 mar. 2023.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 12 mar. 2023.

_____. **Ministério da Justiça.** A Governança da Política de Drogas. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/subcapas-senad/a-governanca-da-politica-de-drogas>> Publicado em 20/05/2021. Acesso em 13 mar. 2023.

_____. **Supremo Tribunal Federal** (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6561/TO. Lei nº 3.528 de 2019 do Estado do Tocantins. Cadastro Estadual de usuários e dependentes de drogas. Inconstitucionalidade. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Governador do Estado do Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6008887>> . Acesso em 12 mar. 2023.

BONNA, Alexandre Pereira. **Fundamentação filosófica do direito à privacidade no contexto da era da sociedade da informação**. Revista brasileira de direito civil em perspectiva, v. 5, n. 2, p.174-193, jul./dez. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONEDA, D. **Da privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. (2021a)

DONEDA, Danilo. **Panorama histórico da proteção de dados pessoais**. In: BIONI, Bruno *et al.* (coords). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3-20. (2021b)

FRAZÃO, A. **Fundamentos da proteção dos dados pessoais: Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. (Coord.). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23-52. (2019a)

FRAZÃO, A. **Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVIA, M. D. (Coord.). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b, p. 99-129. (2019b).

GONDIM, G. G. In: **Desafios da Proteção de Dados no Brasil Painel 2 - Semana Ada Pellegrini Grinover**, 2020. Publicado pelo canal Centro Acadêmico Ubaldino do Amaral. [acesso em: 31 ago 2021]. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=L7MR7knM6A8>>.

MATTIETTO, L. **Developments on data protection in Brazilian Law**. In: BALCELLS PADULLÉS *et al.* Internet, Law & Politics. A Decade of Transformations: proceedings of the

10th International Conference on Internet, Law and Politics. Barcelona: UOC; Huygens Editorial, 2014, p. 329-341.

PINHEIRO, V. S.; BONNA, A. P. **Sociedade da informação e direito à privacidade no Marco Civil da Internet: fundamentação filosófica do Estado de Direito**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 21, p. 365-394, 2020.

SARAIVA, Juliana de Albuquerque Gonçalves. **A LGPD e a hermenêutica jurídica construída pelos Tribunais Superiores Brasileiros através dos seus entendimentos**. 2022. 77f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. 3^a reimp. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SOUZA, D. A. V. G. DE. **A PRIVACIDADE DOS JUÍZES: um olhar de liberdade e de políticas públicas**. Dissertação (Mestrado em Direito) - UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Programa de Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro, 2020.

MACEDO TORRES, I. **A importância da implementação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados**. REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ, [S. l.], v. 4, n. 1, 2021. DOI: 10.46818/pge.v4.160. Disponível em: <<https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/160>> . Acesso em: 14 mar. 2023.

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **Supremo tribunal federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo**. In: BIONI, Bruno et al. (coords). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 61-71.

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

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

- RAMOS, Ana Flávia Jordão. **Críticas à políticas criminais de drogas à luz dos princípios constitucionais penais no estado democrático brasileiro**. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2010.
- RICHARDS, Neil M. *The Puzzle of Brandeis, Privacy, and Speech*. *Vanderbilt Law Review*, vol. 63, no. 5, out 2010, p. 1295-1352. HeinOnline.
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SOLOVE, D. J. *“I’ve Got Nothing to Hide” and other Misunderstandings of Privacy*. *San Diego Law Review*, v. 44, p. 745-772, 2007.
- VIEIRA, T. M. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental dos avanços da tecnologia da informação**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- VITAL, D. **Gilmar: Pandemia não atenua, mas reforça necessidade de proteção de dados**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/pandemia-reforca-necessidade-protecao-dados-gilmar>> Acesso em: 13 mar. 2023.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, pp. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2023.
- WHITMAN, J. Q. *The two western cultures of privacy: Dignity versus liberty*. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 6, p. 1151-1222, 2004.

I. INTRODUÇÃO

Um dos aspectos mais importantes de qualquer atuação estatal é que ela confira, direta ou indiretamente, benefícios aos cidadãos, uma vez que o Estado não pode ser considerado um fim em si mesmo.

É, portanto, por intermédio de políticas públicas que o Estado planeja a executa ações de modo a concretizar os direitos fundamentais e atender aos anseios da população.

Sem embargo, o agir estatal, como primado do princípio republicano, submete-se a constante controle, notadamente de órgãos especializados como o Tribunal de Contas da União (TCU).

Dentre as variadas formas da Corte de Contas Federal atuar, o uso de provimentos acautelatórios tem ganhado bastante destaque e sido um importantíssimo instrumento de efetivação do controle externo da Administração. Afinal, agir preventivamente mostra-se, em diversas ocasiões, mais eficaz para se evitar prejuízo ao erário e evitar gastos públicos ilegais e/ou desnecessários.

Assim, relacionando-se as duas temáticas, questiona-se se a atividade cautelar administrativa do TCU pode ou não interferir no desenvolvimento de políticas públicas.

A pesquisa justifica-se tendo em vista a ampliação do controle preventivo pela Corte de Contas e a fundamentalidade das políticas públicas para a sociedade.

Este artigo será estruturado primeiramente com a abordagem relativa à atuação do Tribunal de Contas da União no ciclo de políticas públicas. No segundo capítulo será investigado o comportamento acautelatório administrativo, com ênfase na adoção dessas medidas provisionais pela Corte de Contas Federal. Por derradeiro, será abordado se o TCU acaba ou não interferindo em políticas públicas por intermédio de suas medidas cautelares.

II. COMO O TCU TEM PARTICIPADO DO CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS?

No texto constitucional encontra-se o artigo 37, §16, incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021, que traz uma disposição geral prevendo que "os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei."

Aqui já seria possível incluir, dentro do rótulo conceitual de administração pública, a figura da Corte de Contas, o que indicaria uma autorização ampla para sua atuação na fase de avaliação de políticas públicas.

Além disso, apesar de não haver um indicativo expresso no rol de competências do TCU, trazido no artigo 71 da Constituição, deve-se ter claro que essa omissão sobre a participação no ciclo de políticas públicas não pode ser interpretada como uma vedação, já que, analisando o

texto constitucional, também não há de maneira patente a fixação de outros órgãos como sendo partícipes desse processo. É dizer, de maneira expressa a Constituição Federal pouco²⁶ dispõe sobre um ciclo linear de políticas públicas e quais seriam os atores que podem/devem participar desse processo.

Conforme expõe Janriê Rodrigues Reck, embora não haja uma previsão expressa no texto constitucional para que o Tribunal de Contas possa efetivar avaliação/controle das políticas públicas, não haveria incompatibilidade em se conferir uma interpretação ampliativa para que a Corte possa proceder dessa maneira. Assim, cabe ao TCU não só avaliar a conformidade da atuação da Administração Pública a modelos, mas também avaliar os resultados das políticas públicas, inclusive com a apresentação de sugestões de mudanças (RECK, 2023, p.214).

A participação das Cortes de Contas nas políticas públicas começa a ganhar destaque quando se apura uma deficiência, dos próprios atores primordiais, em compreender de maneira mais ampla as políticas por eles mesmos pensadas e implementadas. Assim, a despeito das poucas alterações no arcabouço legal do sistema de controle, o desenvolvimento e o reforço institucional dos Tribunais de Contas geraram como efeito a ampliação de suas funções no ciclo das políticas públicas. Justifica-se esta alteração de papéis pela mudança do paradigma burocrático-weberiano para um modelo gerencial, visando a avaliar resultados finalísticos. Nesses termos, o papel da Corte de Contas é visto como estratégico a fim de direcionar a Administração Pública para o interesse público, uma vez que os governos vêm se mostrando aquém dessa tarefa (LOPES; GRIN; TEIXEIRA; REHNER, 2023, p.480).

Analisando de maneira mais específica o papel dos Tribunais de Contas e as políticas públicas, Gabriel Heller alega que a Corte pode e deve realizar suas fiscalizações em qualquer das fases do ciclo de política pública²⁷. No tocante ao estabelecimento da agenda, o Tribunal pode ser o ator que leva ao conhecimento da Administração ou do Legislativo a existência de um problema, bem como pode contribuir para uma definição mais clara e precisa de uma situação indesejada. Ademais, é igualmente possível que o órgão de controle constataste, em uma

²⁶ Embora a estruturação da Constituição brasileira ao redor das políticas públicas perpassasse todo arcabouço de direitos fundamentais, bem como a sistematização das regras orçamentárias, dentre outros, observa-se que a expressão “políticas públicas” aparece somente 4 vezes ao longo da Constituição de 1988.

²⁷ Janrie Rodrigues Reck, propondo uma investigação jurídica, sintetiza em 4 principais fases o ciclo das políticas públicas: agendamento; formulação, implantação e avaliação (RECK, 2023, p.43).

política pública já em andamento, falhas ou irregularidades em sua formulação, bem como a desconformidade da implementação ou da execução em relação à alternativa legalmente estabelecida. Ainda, também se justifica que o Tribunal de Contas examine se o acompanhamento, como supervisão concomitante, e a avaliação, realizada a *posteriori*, estão sendo realizados na forma exigida pela legislação e pelo inafastável dever de boa administração (HELLER, 2019, p.155).

Sem embargo, dentre todas as fases do ciclo de política, a faceta mais evidente da atuação do TCU diz respeito à etapa de avaliação. Embora nos escritos tradicionais a Corte de Contas por vezes não seja tratada como um ator nesse momento, é certo que, ao menos diante da conformação constitucional brasileira pós-1988, é inegável a contribuição dada pelo Tribunal.

Dentre os vários instrumentos fiscalizatórios que o Tribunal de Contas possui, ganha destaque para a controle das políticas públicas as auditorias operacionais²⁸. Trata-se de instrumento para o exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento (ISSAI 3000/17).

Conforme descreve o próprio TCU, os relatórios de auditoria operacional podem variar consideravelmente em escopo e natureza, informando, por exemplo, sobre a adequada aplicação dos recursos, sobre o impacto de políticas e programas e propondo mudanças destinadas a aperfeiçoar a gestão. Pela sua natureza, as auditorias operacionais são mais abertas a julgamentos e interpretações e seus relatórios, conseqüentemente, são mais analíticos e argumentativos (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020, p.22).

Calha indicar que o papel das auditorias operacionais adquire ainda mais destaque ao se observar as previsões constantes nas Leis de Diretrizes Orçamentárias federais, que passaram expressamente a atribuir ao TCU o encaminhamento, à Comissão Mista a que se refere o §1º do art.166 da Constituição, de quadro-resumo relativo à qualidade da implementação e ao alcance de metas e dos objetivos dos programas e das ações governamentais objeto das referidas

²⁸ Há Tribunais de Contas, inclusive, que promovem uma maior especificação dos instrumentos de auditoria, tratando pontualmente de fiscalizações relacionadas a políticas públicas. É o caso, *e.g.*, da Análise das Funções de Governo, prevista no Tribunal de Contas do Município de São Paulo e que vem regulamentada pela Resolução TCM-SP nº 16/2020.

auditorias realizadas para subsidiar a discussão do Projeto de Lei Orçamentária do ano subsequente²⁹.

Veja que essa atuação avaliativa do TCU em relação às políticas públicas deve ter flexibilidade suficiente para abarcar diferentes estágios ou fases de políticas públicas em desenvolvimento. Destarte, deve-se considerar a política pública a partir de macro perspectivas e, com base nisso, ter sensibilidade analítica para identificar lacunas ou dissonâncias entre iniciativas, técnicas e instrumentos de gestão utilizados pelos diferentes atores que compõem o arranjo de governança da política pública (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2014, p.25).

De qualquer modo, ainda é possível identificar outras formas de interferência do TCU, mesmo que indiretas, ao longo das demais etapas do ciclo das políticas públicas.

Citem-se, primeiramente, os pareceres prévios das contas de governo (artigo 71, inciso I, da CF/88) como instrumentos hábeis a indicar temáticas a serem inseridas na formação da agenda de políticas públicas.

Embora não se trate de um documento de cunho vinculante, a tradição demonstra que a elaboração dos pareceres é iniciada por um apanhado de aspectos econômicos e demais temas relacionados a áreas de relevância identificadas pelo Tribunal. A Corte, ainda que de maneira casuística na maior parte das vezes, traz nos pareceres temáticas que sobrepõem em algum grau de importância, sendo um importante indicativo para o Poder Executivo e Legislativo de assuntos a serem levados em consideração da formulação da agenda (CABRAL, 2014, p.224).

De fato, tome-se como exemplo o parecer das contas de governo do ano de 2008, no qual o voto dos Ministros girou ao redor da temática da Educação (que foi o tópico chave já eleito como Tema de Maior Significância pelo TCU) ou ainda os debates sobre segurança pública e seguridade social, ocorridos no parecer de 2006 (CABRAL, 2014, p.225-225).

Na fase de formulação das políticas públicas a Corte também possui um papel relevante, ainda que de forma indireta. A modelagem de políticas públicas pelos Tribunais de Contas ocorre por meio da edição de reiteradas decisões pela Corte, as quais condicionam a atuação do administrador público; por meio de avaliações de políticas públicas já implementadas, que fazem com que o gestor redimensione suas políticas em razão dos apontamentos feitos pelo Tribunal; e quando exerce seu poder normativo (RECK, 2023, p. 202).

²⁹ Na última LDO, constante na Lei nº 14.436, de 2022, essa previsão encontra-se estampada no artigo 150.

Outro aspecto relacionado, no qual se nota uma atuação mais efetiva do Tribunal, refere-se à implementação da política. Aqui, o agir da Corte acaba sendo intercalado com a citada modelagem e com a fase de avaliação, em especial por meio da realização de fiscalizações de caráter concomitante.

Nesse caso pode-se elencar como exemplo a deliberação feita pelo TCU no bojo do Acórdão 528/2015 - Plenário, que determinou à Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex) do TCU que institua processo de trabalho específico e contínuo para o acompanhamento do Plano Nacional de Educação (decênio 2014 a 2024), a fim de apurar a evolução do desenvolvimento do Plano, o cumprimento das obrigações nele estabelecidas para as diversas instâncias operativas e os resultados já alcançados.

Nessa linha, de modo a atender o citado Acórdão, foram sistematizadas pela equipe técnica da Corte de Contas edições bianuais ao longo do ciclo de vigência do PNE 2014-2024, com cinco matrizes de controle, notadamente relacionadas aos biênios 2016-2017, 2018-2019, 2020-2021, 2022-2023 e 2024-2025, estabelecendo metodologia específica para acompanhar o PNE 2014-2024, a qual foi aprovada pelos Acórdãos 795 e 2.921/2016-TCU-Plenário, tendo como premissa a identificação de eventos de risco que possam impactar negativamente a consecução do PNE. É a partir da detecção desses riscos que são planejadas as principais ações de controle na área de educação³⁰.

Ao longo dessas fiscalizações, a Corte emitiu diversas recomendações e determinações de modo a aprimorar e/ou corrigir a execução do PNE. Ilustre-se a recomendação ao Ministério da Educação para que o órgão elabore política de gestão de riscos para o PNE 2014-2024 (TC 040.033/2020-1).

Outrossim, a Corte, por vezes, tem atuado de maneira mais direta ao longo do processo das políticas públicas, seja por meio de sua atuação pedagógica, mediante a elaboração de cartilhas relacionadas a temáticas pontuais que servem como paradigmas para a fixação de agendas públicas, seja auxiliando na própria elaboração de atos normativos e diretrizes para a formulação e implantação das políticas públicas³¹.

III. A ATUAÇÃO CAUTELAR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

³⁰ Para maiores aprofundamentos sobre a atuação do TCU no PNE 2014-2024, confira-se SILVA; CABRAL, 2023.

³¹ Para maiores aprofundamentos sobre a atuação do TCU no ciclo de políticas públicas, confira-se CABRAL; MENDONÇA; CASIMIRO, 2023.

O ordenamento jurídico brasileiro é vasto em previsões legais contendo medidas cautelares administrativas. Ademais da previsão do artigo 45 da Lei nº 9.784/99, entendida como a base para a existência de um poder geral cautelar administrativo, encontram-se diversas outras leis com procedimentos acautelatórios específicos. Mencione-se, de maneira meramente exemplificativa, as seguintes leis que preveem a figura de atos cautelares administrativos: Lei nº 9.019/95 (Medidas Anti-Dumping); Lei nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal); Lei nº 13.506/17 (Processo Administrativo no âmbito do BACEN e da CVM); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei nº 12.529/11 (Sistema de Defesa da Concorrência); Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações); e Lei nº 12.856/13 (Lei Anticorrupção)³².

Sem desconsiderar o papel de destaque conferido à legalidade para que se possa falar em provimentos cautelares administrativos, a cautelaridade administrativa pode ser defendida à luz da necessidade de eficiência da atuação administrativa, decorrente de um dever de prevenção/precaução próprio do princípio da boa administração pública, sendo o instrumento hábil, conferido pela ordem jurídica, ainda que de maneira implícita, para alcançar, no maior grau possível, o interesse público.

As medidas cautelares administrativas são provimentos concretos, adotados por agentes públicos competentes, no exercício da função administrativa, em face, como regra, de sujeitos determinados, diante de situações de risco, visando a, de maneira acautelatória e provisional, impedir e/ou minimizar danos a bens jurídicos tutelados (CABRAL, 2021a, p.41-42).

São aspectos característicos das medidas cautelares administrativas o fato de serem i) exercitadas no bojo da função administrativa; ii) instrumentais; iii) temporárias; iv) mutáveis; v) autoexecutórias; vi) medidas excepcionais; e vii) realizadas por meio de cognição sumária. Por sua vez, pode-se anotar como requisitos para a sua utilização a existência de perigo da demora (*periculum in mora*) e fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*); motivação; proporcionalidade; reversibilidade da medida; contraditório e ampla defesa; e respeito aos limites constitucionais (CABRAL, 2021a, p.93-132).

São exemplos de medidas cautelares administrativas o afastamento temporário de agentes públicos, o embargo acautelatório de obras, a apreensão cautelar de mercadorias, a

³² Para uma análise completa sobre a legislação federal que estrutura um microssistema cautelar administrativo, confira-se. CABRAL, 2021a, p.145-232.

suspensão de atos administrativos, a indisponibilidade de bens, a proibição cautelar de comercialização de determinado produto, a suspensão do exercício de determinada atividade dentre outros.

Essa atividade cautelar administrativa é também utilizada pelas Cortes de Contas, especialmente o Tribunal de Contas da União. As medidas cautelares de controle exercidas pelo Tribunal de Contas da União – e reproduzidas pela legislação da grande maioria dos Tribunais de Contas estaduais e municipais – encontram respaldo normativo na sua Lei Orgânica nº 8.443, de 16 de julho de 1992, estando mais bem desenvolvidas pelo seu Regimento Interno. Ademais, não se pode olvidar que alguns atos provisionais de controle também estão alocados na própria Constituição Federal³³, formando, assim, um complexo normativo de atos cautelares a serem exercidos pelo TCU.

Uma primeira medida de cunho cautelar relacionada à responsabilização de agentes públicos adotada pela Casa de Contas da União diz respeito ao afastamento temporário de dirigentes e encontra-se prevista no artigo 44 da Lei nº 8.443/92.

Como traz à colação Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, dita medida pode ser adotada de ofício ou a requerimento do Ministério Público, no curso de qualquer apuração, sendo válido recordar, ainda, que no passado cabia aos Tribunais de Contas inclusive determinar a prisão administrativa dos responsáveis (Decreto nº 392 de 1896) (FERNANDES, 2008, p.431).

Para que comentada medida seja adotada, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos específicos: a) a manutenção da continuidade do serviço público, quando o caso exigir. Essa exigência emerge em favor da sociedade, que não pode se ver carente de determinados serviços públicos pela ausência de comando, demandando então, que no caso de afastamento temporário de dirigentes que digam respeito a serviços públicos, haja sua substituição pelas pessoas legalmente designadas para tanto; b) a existência de uma autoridade superior, que deverá ser notificada pelo TCU acerca da decisão de afastamento de algum dirigente, uma vez que, por se tratar de uma decisão cautelar administrativa, faz-se mister a existência de uma organização hierarquicamente escalonada, cabendo a essa autoridade superior providenciar o afastamento da pessoa indicada pelo Tribunal de Contas³⁴; c) indícios

³³ Partindo-se do ápice normativo, na Constituição Federal de 1988 vislumbra-se, no artigo 71, incisos IX e X, que compete ao TCU sustar os atos administrativos impugnados, após o escoamento *in albis* do prazo conferido de acordo com o inciso IX. Está-se aqui, para grande parte da doutrina, diante da primeira medida cautelar de fiscalização prevista na Lei Maior.

³⁴ O artigo 44, §1º, da Lei nº 8.443/92, prescreve que não atendendo à determinação do TCU, a autoridade superior

bastantes de que a continuidade da autoridade no exercício de suas funções ocasionará dano ao erário, inviabilizará o ressarcimento ou ainda retardará ou dificultará a realização de determinados atos de fiscalização³⁵; d) a determinação do afastamento deve indicar o seu prazo ou condição, devendo assumir, como ato cautelar que é, caráter temporário; e) embora não previsto legalmente, a doutrina recomenda que haja uma prévia comunicação da pessoa a ser afastada, sendo que sua não realização, contudo, não invalida a medida adotada (FERNANDES, 2008, p.432-433).

Mencione-se, igualmente, como medida de controle de natureza cautelar, a determinação da indisponibilidade patrimonial dos responsáveis (agentes públicos ou não), com previsão legal no artigo 44, §2º, da Lei nº 8.443/92. Essa medida torna inalienáveis bens dos responsáveis suficientes à satisfação de seu débito, por período não superior a um ano.

Além dessas duas medidas específicas, com base no julgamento do mandado de segurança 24.510, pelo Supremo Tribunal Federal, considerou-se que o Tribunal de Contas da União, fundamentando-se na teoria dos poderes implícitos, teria um poder geral de cautela administrativa.

Um poder geral de cautela significa autorizar a adoção de provimentos atípicos, sem a necessidade de um rol exaustivo previsto pelo legislador. Assim, cabe ao agente público adotar, diante do caso concreto, uma medida que tenha o condão de garantir a utilidade do provimento final de um processo administrativo ou evitar/minimizar um dano a um bem juridicamente tutelado (CABRAL, 2021a, p.153).

Ademais, o poder geral de cautela também autoriza que o legislador infraconstitucional preveja medidas cautelares administrativas específicas, mesmo não havendo expressamente essa atribuição constitucional (lembrando-se, somente, que a previsão legislativa deve estar em sintonia com as finalidades da instituição/órgão e respeitando as normas constitucionais) (CABRAL, 2021b).)

Assim, no Regimento Interno do TCU, ademais da positivação das medidas cautelares específicas já mencionadas, há também a previsão do poder geral de cautela estampado no artigo 276, que prescreve que o Presidente do Tribunal, em caso de urgência, de fundado receio

será solidariamente responsável pelos atos praticados.

³⁵ A sonegação de informações relativas a contas bancárias específicas de ajustes com a União, por consistir em obstrução indevida ao exercício dos controles interno e externo, é considerada falta de natureza grave, sujeitando os responsáveis, além da aplicação de penalidades, à medida cautelar de afastamento temporário do cargo, conforme previsto no art. 44 da Lei 8.443/1992 (Acórdão TCU nº 131/2014-Plenário).

de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

IV. A ATIVIDADE CAUTELAR DO TCU E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme visto, o exercício do poder cautelar pelo TCU, exercido legitimamente, interfere na atividade administrativa, permitindo-se o afastamento de agentes públicos, a indisponibilidade bens, a suspensão de atos administrativos ou ainda qualquer outra medida atípica que se mostre adequada ao caso concreto (desde que respeitados os limites constitucionais). A questão é se esse poder teria a aptidão de interferir em políticas públicas.

De plano a resposta é afirmativa. Tendo em vista que as políticas públicas se materializaram, em essência, por meio do exercício da função administrativa³⁶, conclui-se de imediato que as medidas cautelares exaradas pelo TCU afetam aquelas políticas.

Assim, a atividade acautelatória do TCU, mais além do que afetar atos administrativos pontuais, tem o condão de influenciar, direta ou indiretamente, programas relacionados a variadas políticas públicas.

Sem o tom de exatidão, somente com o propósito de ilustrar essa atividade, é possível, indicar a decisão tomada no bojo do Acórdão 1518/2018 - Plenário, na qual a Corte, cautelarmente, nos termos do artigo 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, determinou aos entes municipais e estaduais beneficiários de precatórios provenientes da diferença no cálculo da complementação devida pela União, no âmbito do Fundef, que se abstenham de utilizar tais recursos no pagamento a profissionais do magistério ou a quaisquer outros servidores públicos, a qualquer título, a exemplo de remuneração, salário, abono ou rateio, até que este Tribunal decida sobre o mérito das questões levadas à análise.

Outro exemplo a ser indicado diz respeito com o teor do Acórdão 2451/2016 – TCU - Plenário. Aqui o Tribunal determinou cautelarmente ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, com fundamento nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal, 45 da Lei 8.443/1992 e 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, que suspendesse, até deliberação

³⁶ Sobre a questão, confira-se BUCCI, 1997.

de mérito, os processos de seleção de novos beneficiários para a reforma agrária e os processos de assentamento de novos beneficiários já selecionados.

Esses singelos exemplos, que são somente amostras do vasto universo de decisões acautelatórias proferidas pelo TCU e que interferem, direta ou indiretamente, no desenvolvimento de certas políticas públicas, servem para evidenciar a existência concreta de cautelaridade administrativa do TCU envolvendo programas de governo destinados ao atendimento de direitos fundamentais previstos na Constituição

Não se pretende adentrar no mérito dessas decisões, tampouco indicar o acerto ou desacerto delas. O ponto fulcral é somente demonstrar que, por meio de provimentos de cunho cautelar, nos quais a análise é superficial, pode-se interferir em programas de políticas públicas, inclusive suspendendo-os. Com isso não se quer indicar que essas medidas não devam ser utilizadas, mas somente sublinhar a necessidade de manutenção do predicado da excepcionalidade dessa medida.

Além disso, embora essas decisões mencionadas sejam anteriores à Lei nº 13.655/2018, cabe recordar que, com base na nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alterada pela aludida lei, faz-se necessário que as decisões dos órgãos de controle considerem suas consequências práticas (artigo 20).

É dizer, embora não se deva impedir que medidas cautelares administrativas emitidas pelas Cortes de Contas sejam adotadas quando se estejam presentes seus requisitos, deve-se, contudo, analisar os possíveis impactos desses provimentos, em particular quando envolverem políticas públicas, o que demanda uma análise que considere a dimensão de afetados por determinado programa de governo.

Da mesma forma deve ser levado em consideração que as políticas públicas, como regra, decorrem de um longo planejamento, envolvendo diversos partícipes, cabendo ao órgão de controle, portanto, avaliar com parcimônia se o provimento cautelar atende todos os requisitos e se figura como a medida que melhor atenda ao interesse público concretamente considerado.

Por outro lado, justamente por envolver programas associados à concretização de direitos fundamentais e que envolvem altas quantias, é certo que condutas ilegais, antieconômicas e/ou ilegítimas geram efeitos muito mais gravosos à sociedade e ao erário, razão pela qual uma atuação cautelar pode ser tida, diante do contexto sob análise, como a medida mais adequada na tutela dos interesse em jogo.

Essas nuances indicadas servem como pontos a serem refletidos e sopesados quando da adoção dessas medidas. Será justamente na proporcionalidade, concretamente aplicada, que será possível aferir a juridicidade ou não do provimento cautelar adotado pelo TCU.

A esse respeito, o parágrafo único do artigo 20 da LINDB prescreve que "a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas".

Quanto à exigência acima referida, de a decisão evidenciar a necessidade e a adequação da medida, trata-se da mesma ideia adotada na estrutura do teste de proporcionalidade, que normalmente é utilizado quando se analisa eventual restrição a direitos fundamentais e se busca demonstrar a proporcionalidade e a razoabilidade da decisão tomada. O primeiro passo desse teste seria a verificação da adequação, ou seja, da idoneidade da medida para fomentar a realização do objetivo perseguido. A necessidade, por sua vez, seria o segundo passo desse teste, e consistiria na escolha da medida mais eficiente para promover esse objetivo e que menor restrição cause aos eventuais direitos fundamentais envolvidos. Essa segunda fase do teste envolve a escolha entre as alternativas possíveis e é por esse motivo que essa consideração também consta do parágrafo único do art. 20 da LINDB, acima citado. O teste ainda possui uma terceira etapa, da proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual seria necessário sopesar os direitos fundamentais envolvidos para aferir se o grau de restrição de um direito fundamental se justifica diante da realização do outro direito fundamental incidente, de modo a impedir o excesso da medida (CABRAL; SARAI, 2023, p.689).

Soma-se ainda, novamente sob a filtragem da LINDB, que os provimentos cautelares do TCU não podem ser adotados com base em conceitos vagos e indeterminados, descontextualizados dos fatos que o acompanham. Deveras, de acordo com o artigo 20 da LINDB, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos, sem se desconsiderar as consequências.

Sobre o artigo 20 da LINDB, nota-se que se adotou "o princípio da motivação concreta, isto é, busca evitar decisões baseadas apenas em 'cláusulas gerais' ou em 'conceitos jurídicos indeterminados'" (CABRAL; SARAI, 2023, p.689).

Destarte, a mera invocação genérica aos requisitos do perigo da demora e da fumaça do bom direito, ou mesmo a alegação ampla de urgência ou de interesse público, não servem para

validar a adoção de medidas cautelares administrativas, especialmente quando se está em jogo políticas públicas.

V. CONCLUSÕES

Embora não pensado tradicionalmente como um dos atores do ciclo de políticas públicas, é certo que atualmente a Corte de Contas da União atua e interfere nas diversas etapas da conformação dessas políticas, possuindo legitimidade para tanto.

Paralelo a essa constatação, o TCU tem retomado a importância de uma atuação preventiva, buscando utilizar, ao lado de suas competências repressivas, instrumentos de interferência acautelatória nos gastos públicos.

É justamente aqui que se observa que o uso das medidas cautelares administrativas pelo TCU vai além de simples atos administrativos isolados, afetando, direta e indiretamente, políticas públicas.

Embora não se tenha feito nenhum juízo de valor sobre o mérito desses provimentos, em particular os exemplos trazidos no texto, o que se deve ressaltar somente é que se faz necessária uma motivação bastante robusta, acompanhada dos impactos que esses provimentos acautelatórios geram, quando se está diante de políticas públicas que, não só são frutos, em tese, de um longo planejamento, mas também beneficiam um grupo bastante elevado de administrados. Por outro lado, em razão das mesmas questões, mas analisando-se sob o prisma da tutela dos direitos fundamentais em jogo e dos vultuosos gastos normalmente envolvidos, a medida cautelar administrativa pode se mostrar como um excelente (quando não o melhor) instrumento para alcançar o interesse público.

Portanto, diante das regras contidas na LINDB, que demandam a aferição das consequências práticas na tomada das decisões pelos órgãos de controle, sem que se invoque somente cláusulas jurídicas abstratas, a atividade cautelar, quando relacionada com mais ênfase às políticas públicas, deve ser exercida com especial atenção à proporcionalidade, de maneira a não configurar nem omissão tampouco excesso do TCU.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e o direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. a.34, n133, p.89-98, jan./mar.1997.

CABRAL, Flávio Garcia. **Medidas cautelares administrativas**: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014.

CABRAL, Flávio Garcia. O que é (ou deve ser) o poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União? **CONJUR**, jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-16/cabral-ou-poder-geral-cautela-tcu/> Acesso em: 20 dez.2023.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. Leme: Mizuno, 2023.

CABRAL, Flávio Garcia; MENDONÇA, Paulo Roberto Soares; CASIMIRO, Ligia Maria Silvia Melo de. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) COMO ATOR NO CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. In: Dirceu Pereira Siqueira; Edith Maria Barbosa Ramos; Gerardo Clésio Maia Arruda. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas III**. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2023, v. 1, p. 155-175.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HELLER, Gabriel. Diálogos institucionais e participação social: a legitimidade do Tribunal de Contas no controle de políticas públicas. **Revista direito das políticas públicas**, v. 1, n. 2, p. 148-171, 2019.

LOPES, Gustavo Andrey Fernandes; GRIN, Eduardo José; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; REHNER, Marcos. Tribunais de contas estaduais: controle ou avaliação de políticas

públicas? In: PALOTTI, Pedro et al (Org.). **E os Estados? Federalismo, relações intergovernamentais e políticas públicas no Brasil contemporâneo**. Brasília: IPEA, 2023. p.471-502.

RECK, Janriê Rodrigues. **O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

SILVA, Danielly Garcia; da CABRAL, Flávio Garcia. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO ATOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE EDUCAÇÃO: o caso do PNE 2014-2024. **Revista Camalotes (RECAM)**, v. 1, p. 98-115, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual de auditoria operacional**. 4.ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas**. Brasília: TCU, 2014.