

**Registro da sustentação oral no julgamento da ADI 6389,
sobre a inconstitucionalidade do art. 2º, caput e §§1º e 3º
da MP 954/2020**

Danilo DONEDA*

Excelentíssimo Sr. Dr. Ministro Presidente desta Egrégia Corte Suprema;

Excelentíssima Sra. Dra. Ministra Relatora;

Excelentíssimos Srs. Drs. demais integrantes desta Corte;

Eminente Sr. Dr. Procurador-Geral da República;

Eminente Sr. Dr. Advogado-Geral da União;

Caros Colegas,

Venho aqui, em nome do PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.389, apresentar as razões pelas quais requeremos a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º, caput e §1º e 3º da Medida Provisória 954, de 17 de abril de 2020.

Trata-se de Medida Provisória que obriga a disponibilização de dados pessoais dos usuários de operadoras de telefonia fixa e móvel com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

O presente caso diz respeito, na verdade, não somente a pesquisas realizadas pelo IBGE, porém sobre os próprios parâmetros constitucionais da proteção de dados no Brasil e, ao final, ao valor e significado dos dados pessoais dos brasileiros para a nossa liberdade, personalidade e democracia.

* Advogado. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Membro indicado pela Câmara dos Deputados para o Conselho Nacional de Proteção de Dados e Privacidade. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Foi Coordenador-Geral na Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça. Membro da Comissão de Juristas formada pela Câmara dos Deputados para redigir projeto de lei sobre proteção de dados nos setores de segurança pública e investigação criminal. Membro do Grupo de Trabalho sobre proteção de dados e informações judiciais do Conselho Nacional de Justiça. Membro dos conselhos consultivos do Projeto Global Pulse (ONU), do Projeto Criança e Consumo (Instituto Alana) e do Open Knowledge Brasil. Consultor do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). É membro do conselho editorial da Revista de Derecho Digital (Espanha). Foi pesquisador visitante na Autoridade Garante para a Proteção de Dados em Roma (Roma, Itália), na Università degli Studi di Camerino (Camerino, Itália) e no Instituto Max Planck para Direito Privado Comparado e Internacional (Hamburgo, Alemanha). Parte do seu trabalho está disponível em www.doneda.net.

A MP 954 estabelece a obrigação legal de disponibilização ao IBGE de um volume de dados pessoais de mais de 140 milhões de brasileiros, sem estabelecer contudo as garantias necessárias para a proteção dos dados dos cidadãos, isto em pleno século XXI, quando se sabe que o acesso indevido ou incidentes de segurança são corriqueiros e estampam cotidianamente as capas de jornais.

Trata-se da disponibilização de um banco de dados estruturado, que facilita a localização e associação de pessoas com seus telefones e endereços - dados que, até um passado relativamente recente, estavam presentes em listas telefônicas impressas. As listas telefônicas, em uma sociedade que ainda não era digital, eram um dos poucos meios para uma pessoa ou empresa se fazer notar e seus espaços chegavam a ser muito disputados. A presença do número do telefone na lista dependia da vontade dos particulares.

Os tempos mudaram, e muito! A disponibilização de um número telefônico tem, hoje, efeitos completamente diferentes e aumenta drasticamente a vulnerabilidade dos cidadãos. Antes, por exemplo, sequer seria possível telefonar para todos os números em uma lista sem despender esforços tremendos, com um custo altíssimo; ao passo que hoje, a possibilidade técnica de atingir dezenas de milhões de pessoas por meio de aplicativos e redes sociais a custo infinitamente menor é real, desde que se esteja de posse dos números telefônicos celulares.

Hoje, o número de celular é muito mais do que um identificador. Ele acaba sendo o *login*, a forma de acesso do cidadão a um grande número de serviços, e a sua disponibilização pode afetar a forma dele se relacionar com estes serviços. Além disto, a tecnologia hoje disponível torna possível abordar individualmente pessoas segundo as suas características, mesmo a partir de um conjunto imenso de dados. Esta abordagem individualizada, aliás, foi o elemento principal do escândalo envolvendo a empresa *Cambridge Analytica*. Como já foi dito, na Era da Informação, o palheiro muitas vezes não é mais capaz de esconder a agulha, - metáfora para a informação volumosa e desordenada que existe sobre nós. Afinal, o tratamento abusivo de dados pessoais pode vulnerabilizar sobremaneira a pessoa, proporcionando-lhe riscos potenciais muito maiores e diversos do que aqueles atinentes à sua privacidade, como a vigilância, a discriminação e até mesmo prejuízos econômicos. Como bem expresso na decisão da Anatel, ao analisar o tratamento de dados previsto na MP:

(...) nao se está a falar de informacoes insignificantes, mas da chave de acesso individual a milhoes de pessoas, com um alto valor

nao só para políticas públicas, mas também para práticas comerciais que – em determinadas vertentes – causam inclusive distúrbios na vida diária.

Portanto, repousa sobre os detentores desses dados um dever claro que eles sejam usados somente da forma pretendida, assegurada a reducao de riscos de seus vazamentos ou manipulacao por terceiros¹.

O IBGE realiza atividade imprescindível para a devida execução de políticas públicas. A atividade estatística, para cumprir sua função primordial, deve estar fortemente alicerçada na confiança que as instituições estatísticas inculcem na sociedade. Para que esta confiança se concretize, a atividade estatística depende fundamentalmente da aplicação efetiva do segredo estatístico, ao garantir que a disponibilização de informações completas e acuradas não seja dificultado ou impossibilitado por suspeitas de que estas poderiam ser utilizadas em detrimento do cidadão.

A atividade estatística, para cumprir sua função primordial, deve estar fortemente alicerçada na confiança que as instituições estatísticas inculcem na sociedade, confiança que depende fundamentalmente da aplicação efetiva do segredo estatístico, ao garantir que a disponibilização de informações completas e acuradas não seja dificultado ou impossibilitado por suspeitas de que estas poderiam ser utilizadas em detrimento do cidadão.

O uso de informações para fins exclusivamente estatísticos é uma tônica nos estados democráticos e qualquer réstia de desconfiança sobre sua integridade prejudica a execução de políticas públicas e, conseqüentemente, prejudica toda a coletividade.

Tomemos um caso, de memória recente, para ilustrar a importância do segredo estatístico: a Suspensão de Liminar (SI) 1103, na qual o IBGE recorreu contra decisão que o obrigara a fornecer ao MPF os dados necessários à identificação de 45 crianças domiciliadas em Bauru (SP), que, segundo o Censo de 2010, não foram regularmente registradas nos cartórios de registro civil da cidade. Em decisão monocrática, suspendendo a liminar, a Ministra Carmen Lúcia ressaltou que:

o afastamento do sigilo estatístico imposto pela decisão contrastada dispõe de potencialidade lesiva à ordem pública, por

¹ ANATEL. Voto Nº 30/2020/PR. Processo nº 53500.017367/2020-40.

abalar a confiança daqueles que prestam as informações aos entrevistadores do IBGE, comprometendo a fidelidade e veracidade dos dados fornecidos e, por conseguinte, a própria finalidade daquele Instituto, a subsidiar a elaboração de políticas públicas em benefício da sociedade

A continuidade desta tradição e a garantia de que o IBGE continue exercendo seu papel fundamental para o desenvolvimento dependem, hoje, cada vez mais de fatores que vão além do segredo estatístico, incluindo considerar em toda a sua amplitude o direito à proteção de dados pessoais.

O direito à proteção de dados pessoais surge para colocar o cidadão no controle sobre seus próprios dados e reduzir riscos envolvidos no seu tratamento, reconhecendo, ao mesmo tempo, que há diversos tratamentos legítimos que devem ser tornados transparentes e claros para os cidadãos.

Uma decisão de 1983 do Tribunal Constitucional alemão foi decisiva para o desenvolvimento deste direito, ao reconhecer uma garantia constitucional específica relacionada à proteção de dados pessoais. Significativamente, tratava-se também de um caso referente à atividade estatística: era contestada uma lei federal que regia o censo alemão de 1982.

Ao analisar o caso, o Tribunal reconheceu que avanços tecnológicos tornavam possível o processamento de dados em proporção jamais vistas, o que demandava o que fosse revisitada a interpretação de alguns direitos fundamentais, em razão do surgimento de ameaças e riscos até então impensáveis, não somente à privacidade, porém a diversas liberdades e garantias fundamentais. Assim, a Corte reconheceu a existência de um direito à autodeterminação informacional, 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 a sua personalidade por meio de seus dados pessoais. Nas palavras da Corte:

Hoje, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável (dados relativos à pessoa [cf. § 2 I BDSG – Lei Federal sobre a Proteção de Dados Pessoais]) podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenados e

consultados a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, podem ser combinados, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso.

Ao reconhecer a centralidade do controle sobre as próprias informações para a proteção da personalidade no contexto do tratamento automatizado de dados, o Tribunal realizou notável trabalho de atualização das garantias fundamentais em vista das circunstâncias tecnológicas da época. Este trabalho de atualização por conta da mudança de um contexto tecnológico pode ser observado em outras situações com certas similaridades.

Na jurisprudência norte-americana, o caso *Olmstead v. United States*, de 1928, tratava da aplicação da quarta emenda à Constituição norte-americana, referente ao direito contra a intromissão e buscas não autorizadas na residência, documentos e bens de uma pessoa, em um caso que envolvia a utilização de grampos telefônicos. No julgamento, teve destaque o voto do juiz Louis Brandeis, que chamou a atenção para a necessidade de atualizar a interpretação da Quarta Emenda conforme a realidade tecnológica:

Na aplicação da Constituição, nossa preocupação não deve ser somente sobre o que foi, porém o que será. O progresso da ciência, ao munir o governo de meios automatizados de espionagem, não ira parar com a escuta telefônica. Um dia, surgirão meios para que o governo, sem ter que remover papéis de uma gaveta, possa utilizá-los em juízo, tornando possível expor os fatos mais íntimos ocorridos dentro de uma casa. O progresso científico proporcionará meios para explorar crenças, pensamentos e emoções sequer expressas. (...). Será possível que a Constituição não nos ofereça meios de proteção contra tais invasões da segurança individual?².

O voto de Brandeis se constituiu em um poderoso argumento que fundamentou, posteriormente, o caso *Katz v. United States*, de 1967³, a partir do qual a quarta emenda passou a ser aplicada frente a ameaças tecnológicas. Até hoje, o voto continua sendo

² *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

³ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

citado e referido em casos paradigmáticos, como o recente *Carpenter v. United States*,⁴ no qual foi reconhecida a proteção constitucional para o conteúdo de telefones celulares, observando que a Suprema Corte é obrigada a garantir que o progresso da ciência não viole a Constituição à medida que meios mais intrusivos de violação da privacidade se tornem disponíveis. Temos aqui uma importante inspiração: não podemos permitir que a Constituição se torne obsoleta frente ao desenvolvimento tecnológico!

Merece igualmente menção o caso do direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integralidade dos sistemas técnico-informacionais, reconhecida pelo Tribunal Constitucional alemão em 2008 como uma espécie de desdobramento do direito fundamental à autodeterminação informativa, pelo qual a garantia à integralidade de sistemas era uma medida indireta de proteção aos direitos fundamentais de privacidade, liberdade e autodeterminação.

A atualização do direito confirme o paradigma tecnológico atual é imperativa em uma época em que do tratamento leal de nossas informações pessoais depende parcela essencial das nossas liberdades. O direito à proteção de dados pessoais procura, justamente, prover o ordenamento com instrumentos que possam vislumbrar e se antecipar a novos riscos trazidos pelas novas tecnologias, partindo do paradigma do direito à privacidade porém ampliando-o de forma a se configurar em um estatuto da pessoa em relação ao controle de suas informações

Resulta, portanto, fundamental atualizar a interpretação da Constituição Federal para o paradigma tecnológico da Sociedade em que vivemos. Os instrumentos para isto já se encontram presentes em nossa ordem jurídica, a partir da leitura da cláusula geral da proteção à personalidade na Constituição Federal, juntamente com a interpretação atualizada das garantias à privacidade informacional presentes no art. 5º, X-XII, da CF.

Assim, os termos da MP 954 devem ser avaliados no contexto atual e sob a ótica constitucional, considerando os riscos que se multiplicam e a necessidade de salvaguardas para além da estrita verificação do segredo estatístico.

A integralidade da base de dados dos usuários de telefonia fixa e móvel, que, nos termos da MP 954 deve ser transferida ao IBGE, representa volume de dados pessoais imensamente maior do que a amostragem necessária para a realização da PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, que gira em torno de pouco mais de 200

⁴ *Carpenter v. United States*, 16-402 U.S. 585 (2018)

mil respondentes. Esta enorme desproporção representa clara violação ao princípio da proporcionalidade e do princípio da minimização, princípios clássicos de proteção de dados, e ensejam em risco desnecessário para a sociedade.

A diminuição de riscos no tratamento de dados pessoais é fator essencial do direito à proteção de dados. Um banco de dados pessoais da dimensão e importância deste coberto pela MP 954 inspira atenção pela necessidade de que se busquem alternativas para a realização da pesquisa sem que se configurem riscos maiores para os cidadãos. Na proposta feita pela MP, é patente que o próprio recurso à disponibilização deste banco de dados sem a consideração de outras alternativas viáveis implica a não observância do dever razoável de cuidado e da aplicação do princípio da precaução.

Modernas técnicas vêm sendo desenvolvidas para a obtenção de um máximo de utilidade a partir de grandes bases de dados com um mínimo de risco para os cidadãos. São técnicas de vários matizes, desde a intermediação dos dados por fiduciários ou a produção de amostragens pelo próprio gestor do banco de dados de origem por técnicas de OPAL (*Open Algorithm*) que podem tornar uma operação como a proposta pela MP segura e útil sem demandar a disponibilização integral de um banco de dados.

Outros elementos, ou melhor, a falta destes, contribuem para caracterizar o descompasso da MP 954 com as garantias constitucionais relacionadas à proteção de dados pessoais. A ausência de mecanismos de supervisão específicos, que aliás evidencia a mora em que se encontra o Poder Executivo federal no tocante à instalação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, é elemento incremental do potencial de risco da operação. Ainda, a própria menção pela MP de um relatório de impacto à proteção de dados pessoais que, no entanto, somente será devido após a disponibilização dos dados, demonstra a ausência do dever de cautela devida, visto que riscos referentes à disponibilização de dados, uma vez consumados, costumam ser irreversíveis.

O reconhecimento do caráter constitucional da proteção aos dados pessoais opera a superação de uma concepção, hoje anacrônica, segundo a qual seria possível realizar a governança de dados pessoais a partir de considerações sobre o direito à privacidade e o segredo ou sigilo. A consolidação deste direito garante que os dados pessoais possam ser utilizados com maior facilidade e com base jurídica sólida quando necessários e para fins legítimos, garantida a transparência, segurança e os direitos individuais, diminuindo os riscos sobre as operações de tratamento.

O recurso a dados pessoais de qualidade é pressuposto para a execução de políticas públicas e deve ser não só almejado como protegido. No caso em tela, a utilização de procedimentos que diminuam o risco aos dados pessoais virá a proteger a própria atividade estatística, seja dos riscos inerentes ao processamento dos dados, seja do risco eventual desta ser vista como um repositório de informações cujo controle possa ser útil para outras lógicas e finalidades que não a pesquisa estatística.

O jurista Stefano Rodotà, professor emérito da Universidade de Roma *La Sapienza* e que foi por oito anos o comissário italiano para o tema, observou, certa feita que:

A proteção de dados pessoais constitui não apenas um direito fundamental entre outros: é o mais expressivo da condição humana contemporânea. Relembrar isto a cada momento não é mera retórica, pois toda mudança que afeta a proteção de dados tem impacto sobre o grau de democracia que nós podemos experimentar⁵.

Estamos em um momento de construção, em um momento de notável aceleração de processos históricos. Em um momento como este, caso o compartilhamento de dados como o ensejado pela MP 954 seja tornado possível sem a aposição de garantias efetivas sobre a finalidade, transparência, segurança e proporcionalidade e seu devido controle, arrisca-se a consolidação de uma situação irreversível para a garantia dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal, que foi pioneira ao prever institutos modernos como a ação de Habeas Data, mais do que nunca deve ser interpretada à luz dos novos desafios do século XXI, no sentido do reconhecimento da tutela constitucional da proteção dos dados pessoais, garantindo a privacidade, liberdade e autodeterminação do cidadão frente ao atual contexto tecnológico, concretizando elementos para que o brasileiro goze de efetiva cidadania na sociedade da informação e apontando a interpretação constitucional para os novos desafios que ainda estão por vir.

Por todo o exposto, o Partido Socialista Brasileiro requer, reconhecida a natureza constitucional do direito à proteção de dados pessoais, a ratificação da medida liminar, para que seja mantida a suspensão dos dispositivos referidos da Medida Provisória 954

⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 21.

e, por consequência, para que o IBGE se abstenha de obter informações pessoais junto às operadoras de telefonia fixa e móvel.

Danilo Doneda

06.05.2020

Como citar: DONEDA, Danilo. Registro da sustentação oral no julgamento da ADI 6389, sobre a inconstitucionalidade do art. 2º, *caput* e §§1º e 3º da MP 954/2020. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/registro-da-sustentacao-oral-no-julgamento-da-adi-6389/>>. Data de acesso.