

São Paulo, 5 de maio de 2020

**Roteiro**  
**Sustentação Oral ADI 6.387**  
**Amicus Curiae Data Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa**

**I – Cumprimento**

**Boa tarde,**

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente,  
Excelentíssima Senhora Ministra Relatora,  
Excelentíssimos Senhores Ministros,  
Excelentíssima Senhora Ministra,  
Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da República,

**II – Apresentação**

Antes de mais nada, gostaria de dizer que é um honra fazer uso pela primeira vez da palavra junto a essa Corte, e merecer a atenção de Vossas Excelências. Peço desculpas, desde logo, em não seguir a risca a liturgia e me dirigir a Vossas Excelências sem beca, mas é por algo que foge ao meu controle e acomete a todos nós: a pandemia que me impediu de sair de casa para comprar tal tipo de vestimenta.

**II – Objeto da Causa**

A mesma pandemia que impede que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE bata na porta dos cidadãos para conduzir de forma presencial pesquisas estatísticas. É esse o pano de fundo por trás da MP 954 que obriga as empresas de telecomunicações a compartilhar dados pessoais dos seus consumidores (i.e. nome, número de telefone e endereço). Isso, na linha da exposição de motivos da própria MP, evitaria um "apagão estatístico".

As 04 ADIs, para além da 6.387 em si, todas, pugnam pela inconstitucionalidade material da MP sob o argumento de violação ao direito à proteção de dados, ao direito à privacidade e ao sigilo das comunicações. Portanto, a questão, colocada no julgamento de hoje, é: tal medida provisória configura uma interferência desproporcional, excessiva, a um direito fundamental?

**III – Sumário da tese**

Falo no singular, um direito fundamental, porque, representando a Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, a minha intervenção está dividida em duas partes: a) a primeira, busca identificar justamente, dada a variação dos direitos fundamentais que estariam sendo violados, qual deles em específico está sendo entrincheirado; b) para daí, na segunda parte, dissecar por que a MP configura sim uma ingerência excessiva na esfera pessoal de mais 230 milhões de brasileiros e brasileiras.

### **III.A – Direito à proteção de dados pessoais: armadilha conceitual e dogmática**

Com relação à primeira parte, meu argumento principal é que este Supremo Tribunal Federal tem uma oportunidade histórica, de extrair um novo direito fundamental: o direito à proteção de dados pessoais. Assim como fez Corte Constitucional Alemã em 1983 que também analisou, por coincidência, medida de uso de dados para fins estatísticos (censo) e considerou que poderia se desdobrar em uma interferência desproporcional.

Esse novo direito pode ser sim extraído do texto constitucional, mas para tanto é necessário localizá-lo topograficamente e dogmaticamente de forma adequada no quadro de direitos fundamentais do artigo 5º. Caso contrário, corre-se o risco de cair em uma armadilha conceitual cujo resultado será a precarização da tutela da pessoa humana e não a sua elasticidade em afronta ao que manda o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio *caput* do artigo 5º.

#### **A.1. Afastando o artigo 5º, XII**

Ao contrário do que sustenta a PGR, AGU e, até mesmo parte de algumas das petições iniciais, o que está em jogo não é a proteção conferida pelo artigo 5º, XII. Isto porque, a Constituição não protege apenas dados sigilosos, mas todo e qualquer tipo de dado que seja um atributo da personalidade humana.

Então, de onde podemos extrair tal proteção?

Ao menos, de três dispositivos do artigo 5º que, de forma isolada ou conjunta:

#### **A.2. Proteção de dados pessoais como elemento constitutivo da personalidade**

O primeiro deles é o artigo 5º, X, que fala da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem. Não é por acaso que o constituinte reuniu todos em um único dispositivo, porque todos eles são bens da personalidade. São constitutivos de quem é a pessoa humana e da forma como ela é percebida em sociedade. A sua tutela não está, portanto, direcionada a aspectos da personalidade humana que devem ser trancafiados, guardados a sete chaves, enfim, serem sigilosos, mas para como esse prolongamento da nossa individualidade deve circular e, ao final, não frustrar o nosso livre desenvolvimento.

A própria bipartição do direito à privacidade em vida privada e intimidade não é por acaso. É o reconhecimento de que nossa personalidade se revela e se desenvolve a partir da circulação e não o isolamento de informações, e que pode se dar em núcleos mais ou menos restritos - a famosa teoria das esferas.

Nesse mesmo sentido, o direito de imagem: ninguém é dele usurpado por estar em praça pública, nem porque o monetizou para ser um rosto de uma campanha publicitária.

Portanto, o âmago da proteção conferida pelo inciso X, artigo 5º, e do que estamos hoje a discutir, não tem nada a ver, repito, em nada tem a ver, com a qualidade de um dado ser sigiloso, mas, pura e simplesmente, pelo fato dele ser pessoal. Dele ser um atributo da personalidade humana, dele fazer parte dessa esfera privada em sentido *lato*.

E, onde mais há abertura no texto constitucional para reconhecer que um dado merece proteção pelo simples fato de ser uma projeção de nós, de novo, pelo simples fato dele ser adjetivado como pessoal?

### **A.3. Habeas Data**

O *habeas data*. A Constituição assegura uma proteção que, de novo, seu centro gravitacional é o simples fato desse dado ser "relativo à pessoa do impetrante". Como já foi decidido por essa corte, no Recurso extraordinário 673.707, Minas Gerais, de relatoria do Ministro Fux, é um direito que abrange tudo o que lhe "diga respeito, de modo direto ou indireto". Portanto, é um direito da pessoa conhecer como ele é vista, classificada, enxergada por um banco de dados e, inclusive, demandar a sua eventual retificação. Mais uma vez, não se trata de isolar informação, mas de garantir que o seu fluxo se dê de forma apropriada para não ser corrosivo ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Tem a ver, portanto, com em que medida pode haver uma ingerência nessa esfera pessoal, e isso ser proporcional, adequada.

### **A.3. Devido processo legal**

Isso me leva ao terceiro e último dispositivo constitucional para fundamentar a proteção de dados pessoais como um direito fundamental que é tributário e, em última análise, expressão da cláusula do devido processo legal. É um tipo de tutela que leva em consideração que o risco às liberdades públicas está associado ao simples e ao mero tratamento de dados vinculadas a uma pessoa.

Não existem mais dados insignificantes, porque do dado mais singelo e não apenas sigiloso, dele se pode inferir informações do mais alto valor. Com o avanço tecnológico experimentado nas últimas décadas, é possível formar um quadro da personalidade relativamente completo sobre uma pessoa, sem que ela possa controlar exatamente a sua exatidão e seu uso e, ao final, isso se volte contra ela e isso sufoque a sua liberdade. Eu estou aqui parafraseando a decisão da Corte Constitucional alemã que reconheceu a inconstitucionalidade da lei do censo de 1983, uma vez que não havia um conjunto de salvaguardas para que o uso de dados pessoais para fins estatísticos não escapassem do controle social e que dele sobrevivessem abusos.

E, infelizmente, nós temos dois episódios terrificantes que ilustram bem isso.

O primeiro deles no desenrolar da segunda guerra mundial.

Por que foi tão mais fácil para os nazistas perseguirem os judeus em Amsterdã, como conta os livros de história e, até mesmo, o diário de Anne Frank? Porque lá o planejamento urbano municipal se valeu do uso de dados pessoais sem as devidas precauções. Coletou-se dados desnecessários que possibilitaram inferir tal crença religiosa das pessoas, mesmo que não houvesse tal tipo anotação.

O segundo mais recente e amplamente noticiado pelo mídia nacional e internacional, o chamado caso Cambridge Analytica. Ao que tudo indica pleitos eleitorais foram manipulados, porque se tornou possível não apenas saber, através de um simples *quiz* numa determinada rede social, a personalidade de centenas de pessoas. Mas, sobretudo, porque houve a possibilidade, friso, de saber apenas os nomes de milhares de pessoas que eram amigas dos respondentes desses *quiz*.

É, por isso, que a Corte Constitucional Alemã decidiu, e é o que hoje pode fazer esse tribunal, que os maiores riscos às liberdades estão associadas ao mero uso de dados pessoais, pouco importando serem eles sensíveis ou sigilosos.

Portanto, a essência do direito à proteção de dados pessoais também deriva do devido processo legal, aqui expressado pelo estabelecimento de garantias básicas que são os limites e as possibilidades quanto ao uso das nossas informações.

Algo que serve, antes de mais nada, ao próprio Estado para que, ao evitar a corrosão da confiança social, não se veja incapacitado de ter acesso a esse importante recurso para a gestão pública.

Isso me conduz a segunda e, última, parte da minha intervenção que é a análise do texto da MP 954/2020:

### **III.B – MP como interferência desproporcional**

O reconhecimento de um direito à proteção de proteção não é contra governos, não é contra esta ou outra iniciativa do uso de dados pessoais, mas é sobre como isso deve ser feito para que o avanço na esfera pessoal seja legítimo - justo, para usar uma tradução literal das chamadas fair information practice principles - e se evite catástrofes. E isso não é observado pela MP 954, é desproporcional porque:

#### **B.1. Necessidade-minimização**

Ora se a pesquisa é amostral e nos últimos anos cobre cerca de 200 mil domicílios, não seria necessário haver o repasse da totalidade da base de dados das empresas de telecomunicação de mais de 230 milhões de pessoas. Seria necessário e proporcional apenas o repasse de parcela dos dados que fossem representativos, em termos geográficos, para constituir uma amostra representativa da realidade dos domicílio brasileiros.

#### **B.3. Outras salvaguardas**

A verdade é que tanto a MP, quanto a instrução normativa, sabem que avançam em um direito fundamental e, é de reconhecer, que houve sim um esforço em se articular medidas de salvaguardas. Ora, não é por outro motivo que se antecipa obrigações de uma lei ainda não totalmente vigente, que é a lei geral de proteção de dados. Mas o faz de modo insuficiente.

Eu poderia citar outros nove elementos em torno da desproporcionalidade da MP, que constam da nossa manifestação dos autos e do nosso relatório Privacidade e Pandemia, como o detalhamento das medidas de segurança para se evitar vazamento, a indicação de um encarregado, dentre outros.

#### **B.4. Ausência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados**

Mesmo que fosse considerado que MP e instrução normativa fornecessem medidas de salvaguardas adequadas, quem iria fazer essa fiscalização, a supervisão para a materialização dessas medidas precaucionárias?

### III – Conclusão

O caso de hoje tem tudo para ser histórico, para além da declaração de inconstitucionalidade da MP em si, porque tem a potencialidade de atualizar o quadro de direitos fundamentais da Constituição. De um direito que, repito, que nada tem a ver com segregação, que nada tem a ver com confinamento, porque, parafraseando Hannah Arendt, lançando luz sobre prefixo *idion* de indivíduo, aquele que vivesse em completo sigilo e, acrescento a proteção jurídica que só estimulasse e tutelasse o isolamento, seria idiota. Não se trata disso.

Trata-se de reconhecer que o risco a nossa condição humana, para usar o título do célebre livro da filósofa alemã, está associado a uso e abusos dos signos da nossa identidade; dos nossos dados pessoais, cuja proteção instrumentaliza uma outra série de liberdades (no plural), de um direito que é habilitador sobre o que somos e como nos relacionamos, de um direito que é pilar, em última análise, do nosso contrato social ainda mais quando experimentamos uma sociedade na qual a pessoa de carne e osso é cada vez mais julgada com base em seus dados, no que um banco de dados diz sobre ela.

Bruno Bioni - Diretor-fundador da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa