

GUARDA OBRIGATÓRIA DE REGISTROS DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL: SOBRE AS ORIGENS DA RETENÇÃO DE DADOS E AS PERSPECTIVAS PARA DIREITOS FUNDAMENTAIS

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro obriga empresas do setor de telecomunicações a guardarem metadados preventivamente por um determinado período de tempo. A partir da análise do arcabouço regulatório brasileiro a nível legal e infralegal, este artigo traça as origens, identifica a abrangência e desvenda a motivação das obrigações de guarda de dados de telecomunicações no país. São discutidos dispositivos da Lei n. 12.850 de 2013 ("Lei das Organizações Criminosas"), da Lei n. 12.965 de 2014 ("Marco Civil da Internet") e das Resoluções nº 426 de 2005, 477 de 2007 e 614 de 2013 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), aplicáveis às prestadoras de telefonia e de Internet, e feitas breves observações comparativas com o direito europeu. Investigar as origens das obrigações de retenção de dados e, em especial, as razões e justificativas dadas ao estabelecimento delas é exercício inédito e essencial para a discussão da constitucionalidade de tais obrigações no país.

Palavras-chave: retenção de dados, registros, privacidade, segurança pública, ANATEL.

Retención de datos de telecomunicaciones en Brasil: orígenes y perspectivas

Resumen: El ordenamiento jurídico brasileño exige que las empresas del sector de las telecomunicaciones mantengan metadatos preventivamente por un período determinado de tiempo. A partir del análisis del marco regulatorio brasileño a nivel legal e infra-legal, este artículo traza los orígenes, identifica el alcance y destaca la motivación de las obligaciones de guardia de datos de telecomunicaciones en el país. Se discuten dispositivos de la Ley n. 12.850 de 2013 ("Ley de las organizaciones criminales"), de la Ley n. 12 965 de 2014 ("Marco Civil de Internet") y de las Resoluciones n. 426 de 2005, 477 de 2007 y 614 de 2013 de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL), aplicables a los proveedores de teléfono e Internet, y son hechas breves observaciones comparadas a la luz del derecho europeo. Investigar los orígenes de estas obligaciones y, en particular, las razones y justificaciones dadas para el establecimiento de las cuales es un ejercicio sin precedentes de fundamental importancia para la discusión acerca de la constitucionalidad de dichas obligaciones en el país.

Palabras clave: retención de datos, registros, privacidad, seguridad pública, ANATEL.

Telecommunications Data Retention in Brazil: origins and perspectives

Abstract: The Brazilian legal system requires companies of the telecommunications sector to retain metadata for a given period of time. Through the analysis of the Brazilian framework at the statutory and administrative levels, this paper traces the origins, identifies the scope and uncovers the motivation of the data retention mandates in the country. Provisions of Federal Law no. 12.850 of 2013 ("Law of Criminal Organizations"), Federal Law no. 12 965 of 2014 ("Civil Rights Framework for the Internet"), and Resolutions no. 426 of 2005, 477 of 2007, and 614 of 2013 of the National Telecommunications Agency (ANATEL), applicable to telephone carriers and Internet service providers, are examined and their significance is briefly discussed through a comparative lens. The reconstruction of the origins of these obligations and, in particular, the rationale behind their establishment is a novel and essential study for an informed discussion on the constitutionality of such obligations in the country.

Keywords: data retention, logs, privacy, law enforcement, ANATEL.

INTRODUÇÃO

Na utilização de serviços de telecomunicações são gerados dados que são capazes de informar quem, quando, com quem e a partir de onde se comunicou. Eles são os chamados *metadados*. No uso da telefonia fixa, dizem respeito aos registros de ligação (os números entre os quais se estabeleceu uma ligação), data e hora da chamada e sua duração. No uso da Internet, referem-se ao endereço de IP, data, hora e duração da conexão à Internet ou do acesso a uma aplicação. No uso de aparelhos de telefonia móvel, com os quais tanto se faz ligações quanto se utiliza a Internet, somam-se aos citados os registros acerca da Estação Rádio Base (ERB) com a qual o aparelho se comunicou para que a conexão – seja a ligação ou o uso da Internet – pudesse ser feita.

A análise desses dados é bastante reveladora. Registros telefônicos são capazes de informar contatos e intensidade desses contatos; registros de uso da Internet revelam informações sobre a navegação do usuário e, assim, seus hábitos e interesses; registros de localização, decorrentes dos dados sobre a torre de rádio, informam, como já se supõe pelo nome, por onde a pessoa esteve. É por isso que eles, por um lado, (i) são sensíveis a questões sobre privacidade e sigilo das comunicações e, por outro, (ii) são bastante úteis como instrumentos de investigação e meios de prova (Abreu, 2015: 25).

A disponibilidade desses metadados, que garantiria a possibilidade de utilização deles em investigações e processos, é assegurada pelo Estado por meio da introdução de obrigações às prestadoras ou aos provedores de serviços *deguardá-los* ou *retê-los* por certo período de tempo. Do contrário, a disponibilidade estaria suscetível às políticas adotadas por cada empresa quanto à destruição ou apagamento de dados. A imposição de deveres de retenção por parte do Estado também se sobrepõe ao consentimento do titular dos dados sobre a guarda e aos termos acordados entre o usuário e a empresa de telefonia e internet; dados *devem ser* retidos, por prescrição legal. E não para aí: os dados de *todos* devem ser retidos, de onde se fala na criação de um aparato de vigilância em massa.

Tendo isso em vista, o objetivo do presente texto é apresentar (i) resultados de pesquisa sobre as origens, abrangência *eratio legis* das obrigações de retenção de dados no Brasil e (ii) breves reflexões sobre a matéria à luz do direito comparado. Esse tipo de estudo basilar pode tanto auxiliar a elaboração de estratégias de reforma que pretendam desafiar a constitucionalidade de tais obrigações no país como antecipar as limitações jurídicas de uma tal iniciativa. É essa a contribuição que o presente artigo pretende fazer.

ORIGENS: O QUADRO JURÍDICO DE RETENÇÃO DE DADOS NO BRASIL

Obrigações de guarda a nível legal

O Congresso Nacional brasileiro recentemente aprovou duas leis que contêm obrigações de guarda de registros para provedores de telefonia, conexão à Internet e aplicações de Internet.

Aprimeira é a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013), que obriga empresas provedoras de telefonia a guardar registros de chamada por 5 anos (art. 17):

Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15 [o delegado de polícia e o Ministério Público], registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

Tal dispositivo não constava na origem da lei, o Projeto de Lei do Senado nº 150, de 24 de maio de 2006, proposto pela senadora Serys Slhessarenko (PT/MT). Ele foi somente incluído em substitutivo adotado em 3 de dezembro de 2009, após meses de reexame da matéria.¹ Apesar da ausência de justificativa expressa, a finalidade evidente do dispositivo é incrementar a eficiência na segurança pública, tendo em vista o teor do projeto de lei em que foi incluído.

Deste processo, cabe destacar que, apesar de a imposição do dever de guarda não servir apenas ao combate de organizações criminosas, mas sim a todo e qualquer procedimento administrativo, cível ou criminal que envolva coleta de provas, não se pretendeu reservar a inclusão de um tal dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro a uma lei de caráter geral.

Esse raciocínio, contudo, limitou outras pretensões também incluídas no substitutivo, o qual previa:

Art. 19. Os provedores da rede mundial de computadores – Internet – manterão, pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, à disposição das autoridades mencionadas no art. 17, os dados de endereçamento eletrônico da origem, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio da rede de equipamentos informáticos ou telemáticos. [...]

Tal artigo foi excluído após voto do relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Deputado Vieira da Cunha (PDT-RS), em 14 de dezembro de 2012, quando já havia se tornado partido Projeto de Lei 6.578, de 09 de dezembro de 2009. A razão dada foi justamente a de que tal disposição deveria ser discutida em “legislação específica de caráter transversal que não esteja limitada à repressão das organizações criminosas” (Vieira da Cunha, 2012).

Com isso se chega ao segundo material normativo relevante. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) trouxe os seguintes dispositivos:

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Contribuindo para clareza dos destinatários das obrigações de reter dados e dos limites delas, a lei inclui as definições dos termos-chave dos artigos: desde quem são “administradores de sistemas autônomos”² ao que se engloba nos termos “registros de conexão”³ e “registros de acesso a aplicação”.⁴

Relevante aqui é o fato de que estudos sobre os bastidores legislativos do Marco Civil da Internet apontam que a pressão de órgãos com atribuições investigativas operou diretamente tanto na inclusão como na aprovação desses dispositivos na lei (Papp, 2014: 62, 108-10; Brito Cruz, 2015: 109-10).

Diante disso, pode-se concluir que a racionalidade dos dispositivos *legais* de retenção de dados de telecomunicações no Brasil se baseia fundamentalmente, com o perdão de reforçar o óbvio, na garantia de eficácia de processos que venham a depender ou possam se aproveitar dessas informações. Apesar de os dados também permanecerem disponíveis para eventuais procedimentos cíveis ou administrativos, a pressão pela criação desses dispositivos adveio especialmente de autoridades de investigação criminal, interessados na sua utilização para fins de segurança pública.

OBRIGAÇÕES DE GUARDA A NÍVEL INFRALEGAL

Em 1997, com a privatização das telecomunicações no Brasil, foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) (Sundfeld, 2006). Por sua competência para expedição de normas infralegais (art. 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), as *resoluções*, e no exercício de sua função de regulação das telecomunicações, tal agência organiza a prestação de serviços e concretiza direitos de usuários no Brasil.

Dessa regulação decorre a criação, mesmo que a princípio não intencional, de enormes bancos de dados (Abreu & Antonialli, 2015: 17): originam-se de regulamentos da ANATEL as obrigações de retenção de dados que primeiro transformaram provedores de telefonia e de Internet em “parceiros” do Estado na garantia da efetividade de processos e eficiência na segurança pública no Brasil; isto é, antes mesmo das duas leis vistas acima.

A Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005 – Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) prevê, no art. 22, que “Art. 22. A prestadora deve manter todos os dados relativos à prestação do serviço, inclusive os de bilhetagem, por um prazo mínimo de 5 (cinco) anos.”.

Na prática, isso significa que não só registros de chamada, mas sim quaisquer outros dados gerados na prestação do serviço de telefonia fixa, devem ser obrigatoriamente guardados pelas empresas prestadoras de serviço de telefonia fixa.

Em comparação com a Resolução nº 85, de 30 de dezembro de 1998, que primeiro se aplicou aos serviços de telefonia fixa após a criação da ANATEL, essa obrigação foi uma inovação da nova resolução; isto é, não existia previamente. Na verdade, a análise dos anais da consulta pública que antecedeu a aprovação do novo regulamento (Consulta Pública nº 641, de 09 de setembro de 2005) permite verificar que o tal artigo também não constava na redação original da proposta de novo texto (ANATEL, 2005) e foi incluído somente após sugestão de Rubens Donati Jorge (Contribuição nº 754), em 02 de outubro de 2005, com os seguintes termos:

Art. Novo. As prestadoras devem manter os registros decorrentes da bilhetagem de chamadas locais e de longa distância nacional e internacional armazenados, obrigatoriamente, [sic] por pelo menos 5 (cinco) anos

a partir do registro dos dados.

Na justificativa, afirmou que a “necessidade de manter os registros decorre de eventuais contestações de débitos, investigações policiais, processos judiciais, etc.. O prazo de 5 anos é coerente com o utilizado na legislação tributária” (Jorge, 2008). Pouco tempo depois, em 10 de outubro de 2005, a ouvidoria da ANATEL fez exatamente a mesma proposta de novo artigo, com idêntica justificativa (Santos, 2005). O Instituto de Defesa do Consumidor, em sua contribuição à Consulta, acolheu a sugestão da ouvidoria e expressamente concordou com a adição do mesmo artigo (IDEC, 2005).⁵

Como se vê da redação final do art. 22, a obrigação de guarda sugerida foi ampliada: *todos* os dados gerados na prestação do serviço, para *além* dos de bilhetagem, devem ser guardados. Além de não especificar quais dados são esses, a resolução também não informa por quem e a que fins tais dados retidos poderão ser usados (Abreu & Antonialli, 2015: 17).

Na telefonia móvel, a situação é em parte semelhante, em parte diferente. A Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007 – Regulamento sobre Serviço Móvel Pessoal (SMP) determina o seguinte, no art. 10, XXII:

Art. 10. Além das outras obrigações decorrentes da regulamentação editada pela Anatel e aplicáveis a serviços de telecomunicações e, especialmente, ao SMP, constituem deveres da prestadora:

XXII - manter, à disposição da Anatel e demais interessados, os documentos de natureza fiscal, os quais englobam *ofs[sic]* dados das ligações efetuadas e recebidas, data, horário de duração e valor da chamada, bem como os dados cadastrais do assinante, por um prazo mínimo de 5 (cinco) anos, em conformidade com o que prescreve o art. 11 da Lei nº 8.218/1991, de 29/08/1991, c/c art. 19 da Resolução nº 247, de 14/12/2000.

Os regulamentos aplicáveis a este serviço que antecederam essa normativa (Resoluções nº 245, de 8 de dezembro de 2000, e nº 477, de 27 de setembro de 2002) não continham tal obrigação de guarda. Nos autos da Consulta Pública nº 642, de 17 de novembro de 2005, que discutiu alterações ao regulamento prévio, também não há nenhuma sugestão de inclusão do tal artigo com tal redação. O mais provável é que a ANATEL tenha “adequado” o novo regulamento aplicável à telefonia móvel à luz dos deveres dos prestadores de telefonia fixa – o dever de reter dados por 5 anos, entre eles.

O interessante, no caso da telefonia móvel, é que a redação do dispositivo sugere qual a lógica por traz do estabelecimento de tal obrigação pela ANATEL: o atendimento ao que prescreve o art. 11 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, combinado com o art. 19 da Resolução nº 247, de 14 de dezembro de 2000. São eles:

Art. 11. [Lei nº 8.218/1991] As pessoas jurídicas que utilizarem sistemas de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal, ficam obrigadas a manter, à disposição da Secretaria da Receita Federal, os respectivos arquivos digitais e sistemas, pelo prazo decadencial previsto na legislação tributária.

Art. 19. [Resolução nº 247/00] Os contribuintes do FUST [Fundo de Universalização dos Serviços de

Telecomunicações] deverão manter à disposição Anatel todas as informações necessárias ao exercício da gestão do recolhimento da contribuição para o FUST, pelo prazo mínimo de 5 anos. [...]

Em outras palavras, existe uma regra geral prevista em lei de 1991 de que pessoas jurídicas mantenham documentos fiscais à disposição da Receita Federal pelo prazo decadencial previsto na legislação tributária, que é de 5 anos. Tal obrigação, então, foi transportada também para o regulamento da ANATEL. Ao mesmo tempo, pelo que se nota da referência ao art. 19 da Resolução nº 247, a preservação de registros por determinado período de tempo também serve à efetividade de procedimentos da ANATEL para apuração de descumprimento de obrigações por parte das prestadoras.

Nota-se, entretanto, um descompasso no atendimento desses objetivos pela ANATEL. Ao passo que, no regulamento de telefonia *móvel*, a redação do artigo expressou as intenções de atender a tal lei e regulamento, dentro de sua finalidade, no regulamento de telefonia *fixa*, a redação não fez a mesma referência e ainda extrapolou as razões dessa lógica, porque não limitou o dever de guarda aos documentos fiscais. Não coincidentemente, em novas consultas públicas que pretendem alterar o regulamento de telefonia *fixa* em vigor, algumas contribuições sugerem a delimitação dos termos do dispositivo aos fins buscados – com identificação de que os dados a serem guardados são os de natureza fiscal e com referência ao art. 11 da Lei 8.218/91 (Telefónica/Vivo, Contribuições nº 194 e 198, 2011).

Apesar de a justificativa da guarda de dados se voltar aos fins fiscais e fiscalizatórios da ANATEL, ambas as normas que estabelecem esses deveres na telefonia fixa e móvel sustentaram por longo período (ao menos 8 anos) também a conveniência da disposição desses dados para fins investigatórios e processuais (Abreu & Antonialli, 2015: 18). A Lei das Organizações Criminosas, que obrigou empresas de telefonia a guardarem dados expressamente a estes fins, é apenas de 2013.

Além disso, cabe ressaltar que, em razão dos termos dos regulamentos, os deveres de guarda de registros persistem mesmo quando se descolam de sua motivação: se o serviço de telefonia contratado é associado a tarifas fixas (*flat rates*), por exemplo, a duração de uma chamada ou o número a que se ligou não afetam a cobrança final do usuário que será tributada; mesmo assim, esses dados precisarão ser retidos pelas companhias. Portanto, os largos termos dos regulamentos fazem a ANATEL extrapolar sua competência de regulação das telecomunicações, atendendo, mesmo que indiretamente, a interesses de autoridades do Estado na garantia de eficácia dos processos e, especialmente, de órgãos de segurança pública do Estado nas atividades de prevenção e repressão criminal.

No processo que resultou na aprovação da Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013 – Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, a sensibilidade da ANATEL a razões e pressões externas ao órgão ficou evidente. O texto original da proposta de regulamento continha os seguintes termos (ANATEL, 2011):

Art. 65. A Prestadora deve manter os dados cadastrais e os registros de conexão de seus Assinantes pelo prazo mínimo de três anos.

Parágrafo único. A Prestadora de Pequeno Porte deve manter as informações mencionadas no caput pelo prazo mínimo de dois anos.

Quando o texto foi colocado em debate, pela Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011,⁴⁶ contribuições foram feitas quanto a este dispositivo. A maioria diretamente contestou tal previsão no âmbito da regulação das telecomunicações, uma vez que a ANATEL estaria atuando para a “preservação da segurança pública” e estaria se sobrepondo à discussão sendo conduzida pelo Ministério da Justiça, dentro do contexto das discussões sobre o Marco Civil da Internet, então ainda projeto de lei (Oi, 2011; Telefónica/Vivo, Contribuição nº 846, 2011; Grupo FOLHA/UOL, 2011; Oldenburg, 2011).

Ao cabo, os termos finais do regulamento foram os seguintes: “Art. 53. A Prestadora deve manter os dados cadastrais e os Registros de Conexão de seus Assinantes pelo prazo mínimo de um ano.”.

O dever de guarda foi, portanto, reduzido a um ano e a diferenciação dos prestadores foi retirada. Por outro lado, foi incluída a definição de registros de conexão (“conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados, entre outras que permitam identificar o terminal de acesso utilizado”), inexistente na proposta original, ao art. 4º, XVII do regulamento, que é mais abrangente do que previa (e hoje prevê) o texto do Marco Civil da Internet.⁶ As “outras” informações que permitem identificar o terminal de acesso não fazem parte da definição de registros de conexão do Marco Civil da Internet; o regulamento da ANATEL, portanto, o ultrapassa.

O prazo menor do regulamento da ANATEL para guarda de metadados relacionados ao tráfego na Internet a (relativa maior) clareza na definição do que deve ser guardado, quando comparado às obrigações referentes à telefonia, podem ser diretamente relacionados ao fato de a resolução ter sido elaborada no contexto de amplo debate público sobre o Marco Civil da Internet. Foi nessa época também que tribunais europeus emitiram decisões contrárias apráticas de retenção de dados, as quais receberam especial atenção da comunidade acadêmica e da sociedade civil no Brasil.⁷ Essa conjuntura, portanto, acabou por constranger a ANATEL em sua regulação.

PERSPECTIVAS: OS DESAFIOS JURÍDICOS

As previsões legais e infralegais de retenção de dados geram controvérsias. No âmbito do discurso político, as preocupações giram em torno da expansão da vigilância em massa do Estado sobre todos os cidadãos; a crítica invoca o cenário orwelliano do *Big Brother*. No âmbito jurídico, questões são levantadas sobre a constitucionalidade dessas medidas. Isso porque a análise de metadados, ressalte-se outra vez, é capaz de oferecer retratos sobre personalidade, hábitos, interesses, círculo social e localização do usuário, que estão diretamente relacionados a sua privacidade e afetam o sigilo das comunicações, isto é, direitos fundamentais. Soma-se a isso o fato de que a guarda de registros ocorre *preventivamente*, sem estar conectada a um perigo

concreto ou a uma suspeita individualizada de envolvimento em crime (Albrecht, 2015: 12-3), o que estaria em tensão com o princípio da presunção de inocência (Abreu, 2015: 25).

A questão jurídica relevante é, portanto, se a Constituição Federal autoriza o Congresso Nacional e/ou a ANATEL a instituir tais obrigações de guarda. E, se sim, *como, quando e em que termos*. A apresentação de uma resposta completa extrapola os objetivos desse texto e merece estudo próprio; no entanto, apresentam-se aqui breves observações à luz do direito comparado.

Em abril de 2014, a Diretiva europeia 2006/24/EG, que impunha aos países-membros da União Europeia o dever de sancionar a guarda obrigatória de metadados de telecomunicações para fins de prevenção e repressão penal, foi considerada inválida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), por limitar os direitos à vida privada e à proteção de dados pessoais de modo “desproporcional” (Digital Rights Ireland, 2014). Em diversas cortes constitucionais de países europeus, as versões nacionais dessas leis também já vinham sendo desafiadas e derrubadas (Vedaschi & Lubello, 2015: 22-5). Em dezembro de 2016, o TJUE voltou a se manifestar contra retenção de dados: declarou que legislações nacionais que “estabeleça[m], com a finalidade de lutar contra a criminalidade, a conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados de tráfego e localização de todos os assinantes e usuários [...]” também estariam em desacordo com a Carta de Direitos Humanos da União Europeia e a Diretiva 2002/58/CE sobre privacidade e comunicações eletrônicas (Tele2 Sverige AB, 2016).

O impacto da jurisprudência europeia no Brasil já foi notado em críticas tecidas aos arts. 13 e 15 do Marco Civil da Internet, no âmbito do debate sobre a regulamentação da lei (Brito Cruz, Marchezan, & Santos, 2015: 25-35). Entretanto, a reflexão que essas decisões provocam para Brasil não deve parar por aí, uma vez que podem indicar que a sustentação de deveres de guarda de metadados no âmbito da prestação de serviços de telefonia e internet coloca o país na “contramão do mundo” (Lemos, 2015: 9).

A discussão precisará ser cuidadosa. Apesar da força retórica e do peso de autoridade, o raciocínio das decisões europeias mencionadas não é imediatamente importável ao Brasil. Lá, a doutrina e a jurisprudência partem de uma concepção abrangente do direito à autodeterminação informacional, que protege o controle do indivíduo sobre o tratamento (coleta, guarda, divulgação, utilização, etc) de seus dados pessoais, e da privacidade, que protege a vida privada, familiar, o lar e a correspondência das pessoas. Qualquer ação do Estado que interfira nesse controle ou nessa esfera privada – como a instituição do dever de guarda – é tida por *intervenção* no direito fundamental, que precisa ser necessariamente amparada em *lei e justificada* nos termos do princípio da proporcionalidade (Vedaschi & Lubello, 2015: 26-7).

No Brasil, além da ausência de um regime robusto e específico de proteção de dados, não é possível afirmar que a doutrina e a jurisprudência partem ou partirão de semelhante definição abrangente do âmbito de proteção dos direitos constitucionais à privacidade e ao sigilo das comunicações. Pelo contrário, comentadores apontam que as interpretações tradicionais do âmbito de proteção de tais direitos no Brasil são mais limitadas em seu escopo (Mendes, 2014:

161-5; Abreu & Antonialli, 2015:: 15-7; Azeredo, 2015), de forma que a própria questão da existência de uma “intervenção” em ou restrição a algum direito fundamental, em razão da criação de um dever de guarda, ainda precisa ser enfrentada. O endereçamento da retenção de dados no Brasil, portanto, deverá superar esses percalços conceituais.

Paralelamente, vale destacar que a decisão do TJUE de 2014 não descartou a constitucionalidade da retenção de dados *em princípio*, como inconstitucional *per se*, mas sim a forma como foi concretizada na diretiva (Vedaschi & Lubello, 2015:: 24). Mesmo a decisão do TJUE de 2016 ainda deixou espaço para a criação de modelos de retenção de dados que ainda seriam compatíveis com o direito europeu, se não forem “generalizados e indiferenciados” (Woods A. K., 2016; Woods L., 2016). Diante disso, é preciso estar preparado para discutir como a retenção de dados hoje existente no ordenamento brasileiro poderia ser reconciliada com a Constituição brasileira, se equilibradamente redesenhada e acompanhada de um regime jurídico robusto de garantias processuais e substantivas dos cidadãos titulares de dados.

Na Alemanha, por exemplo, o tribunal federal constitucional admitiu que a delimitação das hipóteses e requisitos de acesso aos registros guardados, como pela restrição apenas a fins de persecução penal de crimes graves, na existência de indícios concretos de autoria e participação, e estabelecimento de regras de segurança na guarda dos dados e de transparência sobre a utilização pudessem tornar as obrigações de retenção de dados *proporcionais* (Vorratsdatenspeicherung, 2010).⁸ Para o Brasil, isso provocaria a reflexão sobre a necessidade de reforçar os esforços de elaboração e aprovação de salvaguardas jurídicas que protejam cidadãos contra abusos de autoridades do Estado no que se refere ao manejo de dados pessoais e minimizassem os riscos advindos de um esquema de retenção de dados.

CONCLUSÃO

O artigo mostrou que a Lei das Organizações Criminosas, de 2013, e o Marco Civil da Internet, de 2014, primeiro instituíram o dever *legal* de retenção de registros de telecomunicações para fins de segurança pública no Brasil. Essa obrigação é mais antiga no Brasil a nível *infralegal*: no âmbito da regulamentação de serviços de telecomunicações, as Resoluções nº 426 de 2005, 477 de 2007 e 614 de 2013 da ANATEL asseguram a disponibilidade de metadados já há mais tempo. A existência de tais obrigações insere o Brasil em um debate global acerca da constitucionalidade de tais disposições dentro de um Estado democrático de Direito que assegura o direito à privacidade e a presunção de inocência.

NOTAS

* Líder do Projeto “Vigilância e Privacidade” no InternetLab (Brasil). Doutoranda em Direito na Universidade de São Paulo (Brasil). Mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemanha) e pela University of California, Berkeley (EUA). Contato: jacqueline@internetlab.org.br.

1. O pedido de reexame da matéria junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal ocorreu em 31 de março de 2009, pelo requerimento nº 334 de 2009, feito pelo senador Romeu Tuma (PTB-SP). O projeto recebeu propostas de emendas e foi objeto de duas audiências públicas neste período. Esse processo deu origem ao substitutivo citado, relatado pelo senador Aloizio Mercadante (PT-SP). Em audiência de 09 de junho de 2009, o presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, Leonardo Azeredo Bandarra, chegou a defender que a preservação pelo período de 5 anos pode se revelar insuficiente e que deveria ser igual ao tempo de prescrição do crime.
2. Segundo o art. 5, IV do Marco Civil da Internet, é administrador de sistema autônomo “a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País”. No Brasil, essa inscrição como sistema autônomo ocorre pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), braço operativo do Comitê Gestor da Internet, e só é feita mediante o preenchimento de certos requisitos (Abreu & Antonialli, 2015: 22, nota de rodapé). Para fins deste trabalho, isso é relevante porque nem todo provedor de conexão à Internet preenche a definição do Marco Civil da Internet que institui a obrigação da guarda de registros de conexão.
3. Art. 4, VI do Marco Civil da Internet: “conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados”.
4. Art. 4, VIII Marco Civil da Internet: “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”.
5. O endosso não é de todo surpreendente, uma vez que a disponibilidade de tais informações também serve a consumidores que se sintam de alguma forma lesados pelas prestadoras, como no caso da verificação de uma cobrança indevida, por exemplo.
6. Ver nota 3 *supra*.
7. Paradigmaticamente, a decisão conjunta dos casos C-293/12 e C-594/12 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, de 08.04.2014, que invalidou a diretiva europeia sobre retenção de dados, sob a fundamentação de que restringiria desproporcionalmente os direitos ao respeito à vida privada e à proteção de dados pessoais (Digital Rights Ireland, 2014).
8. Logo após a invalidação da lei alemã, e posteriormente, da própria Diretiva europeia, uma nova lei de retenção de dados foi aprovada, inspirada nos termos da decisão do tribunal alemão. Uma crítica que persiste mesmo aos novos termos é a da verificação empírica da necessidade de existência de obrigações de retenção de dados e seu efetivo impacto em termos de eficiência na segurança pública (Albrecht, 2015:: 26-30). Ver também Abreu & Antonialli (2015: 41-2).

REFERÊNCIAS

Abreu, J. d. S. (2015). Comentário. In F. C. Brito Cruz, J. C. Marchezan, & M. W. Santos, *O que está em jogo na regulamentação do Marco Civil da Internet? Relatório Final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça para a regulamentação da Lei 12.965/14* (p. 25). São Paulo: InternetLab.

Abreu, J. d. S., & Antonialli, D. (2015). *Vigilância das Comunicações pelo Estado Brasileiro e a Proteção a Direitos Fundamentais*. São Paulo: InternetLab.

Albrecht, H.-J. (2015). Direito à Privacidade e a Guarda Obrigatória de Dados para Investigações. (F. Brito Cruz, & B. Kira, Entrevistadores) São Paulo: InternetLab.

ANATEL. (2005). *Proposta de Alteração do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, aprovado pela Resolução nº 85, de 30 de dezembro de 1998*. Retirado de Anexo à Abertura da Consulta Pública nº 641, de 09 de setembro de 2005:

<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C735&Tipo=1&0pcao=finalizadas>

ANATEL. (2011). *Proposta de Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia*. Retirado em 01 11, 2016, do Anexo à Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011:

<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1514&Tipo=1&0pcao=finalizadas>

Azeredo, J. (2015). Sigilo das Comunicações Eletrônicas Diante do Marco Civil da Internet. In N. De Lucca, A. Simão Filho, & C. Lima (Eds.), *Direito & Internet III - Marco Civil da Internet* (Vol. Tomo II). São Paulo: Quartier Latin.

Brito Cruz, F. (2015). Direito, Democracia e Cultura Digital: A experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet. *Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, Brasil.

Brito Cruz, F., Marchezan, J., & Santos, M. (2015). *O que está em jogo na regulamentação do Marco Civil da Internet? Relatório Final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça para a regulamentação da Lei 12.965/14*. São Paulo: InternetLab.

Digital Rights Ireland, C-293/12 e C-594/12 (Tribunal de Justiça da União Europeia 0804, 2014).

Grupo FOLHA/UOL. (2011, 09 16). *Contribuição nº 857*. Retirado em 01 11, 2016, da Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011, da ANATEL:

<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1514&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>

IDEC. (2005, 10 10). *Contribuição nº E-24*. Retirado de Consulta Pública nº 641, de 09 de setembro de 2005, da ANATEL: <http://sistemas.anatel.gov.br/sacp/Parametros/ArquivosAnexos/E-24%20-%20E-mail.PDF>

Jorge, R. D. (2008, 10 02). *Contribuição nº 754*. Retirado em 01 11, 2016, from Consulta Pública nº 641, de 09 de setembro de 2005, da ANATEL:

<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=>

C735&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1

Lemos, R. (2015, 10 05). *Audiência Pública na CPI de Crimes Cibernéticos*. Retirado de Câmara dos Deputados: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-crimes-ciberneticos/documentos/notas-taquigraficas/nt061015-crc-sem-revisao>

Mendes, L. (2014). *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva.

Oi. (2011, 09 16). *Contribuição nº 827*. Retirado em 01 11, 2016, de Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011, da ANATEL:

<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1514&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>

Oldenburg, S. (2011, 09 07). *Contribuição nº 825*. Retirado em 01 11, 2016, de Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011, da ANATEL:

<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1514&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>

Papp, A. (2014). Em nome da internet: os bastidores da construção coletiva do Marco Civil. *Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Jornalismo na Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo*. São Paulo, Brasil.

Santos, A. d. (2005, 10 10). *Contribuição nº E-23*. Retirado em 01 11, 2016, de Consulta Pública nº 641, de 09 de setembro de 2005, da ANATEL:

<http://sistemas.anatel.gov.br/sacp/Parametros/ArquivosAnexos/E-23%20-%20E-mail.PDF>

Senado Federal. (n.d.). *Projeto de Lei do Senado nº 150, de 2006*. Retirado de

<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/8236.pdf>

Sundfeld, C. A. (2006). A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, 8.

Tele2 Sverige AB, C-203/15 e C-698/15 (Tribunal de Justiça da União Europeia 2112, 2016).

Telefónica/Vivo. (2011, 09 16). *Contribuição nº 846*. Retirado em 01 11, 2016, de Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011, da ANATEL:

<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1514&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>

Telefónica/Vivo. (2011, 03 21). *Contribuições nº 194 e 198*. Retirado em 01 11, 2016, de Consulta Pública nº 51, de 9 de dezembro de 2010, da ANATEL:

<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1455&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>

Vedaschi, A., & Lubello, V. (2015). Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy. *Tilburg Law Review*, 20, 14-34.

Vieira da Cunha, C. (2012, 06 14). *Parecer do Relator, Dep. Vieira da Cunha (PDT-RS), pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação, com substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.578, de 09 de dezembro de 2009*. Retirado em 02 11, 2016, de Câmara dos Deputados:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1002151&filename=Tramitacao-PL+6578/2009

Vorratsdatenspeicherung, Urteil des Ersten Senats vom 02. März 2010 (Bundesverfassungsgericht 0203, 2010).

Woods, A. K. (2016, 12 22). *Implications of the EU's Data Retention Ruling*. Retirado de Lawfare:

<https://www.lawfareblog.com/implications-eus-data-retention-ruling>

Woods, L. (2016, 12 21). *Data retention and national law: the ECJ ruling in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 Tele2 and Watson (Grand Chamber)*. Retirado de EU Law Analysis:

<http://eulawanalysis.blogspot.com.br/2016/12/data-retention-and-national-law-ecj.html>