

EDITORIAL

O reconhecimento pelo STF do direito fundamental à proteção de dados

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, no âmbito de cinco ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 6.387, ADI nº 6.388, ADI nº 6.389, ADI nº 6.390 e ADI nº 6393), suspendeu a eficácia da MP nº 954/2020, que prevê o compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com o IBGE, para a produção de estatística oficial durante a pandemia do Covid-19. Decidiu-se, assim, com um único voto vencido, do Ministro Marco Aurélio, que nem mesmo a gravíssima pandemia, que autoriza o isolamento social e a paralisação de grande parte das atividades econômicas, justificaria o afastamento das garantias fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais de cada usuário.

A Suprema Corte valeu-se da ponderação dos valores em colisão. Ao invocar a proporcionalidade, considerou não haver adequação e necessidade da MP para os fins pretendidos, já que, embora para fins genuinamente legítimos, permitia desmesurado acesso a informações pessoais dos usuários, sem restrição e especificação prévias quanto à qualidade e ao processamento dos dados coletados. Com efeito, como sustentado pelo Prof. Danilo Doneda, em sua substanciosa sustentação oral, a MP autorizaria a transferência ao IBGE de toda a base de dados dos usuários de telefonia fixa e móvel, a representar volume de informações bem maior do que a amostragem necessária para a realização da PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios –, para a qual bastaria pouco mais de 200 mil pesquisados. Esta discrepância caracteriza a violação ao princípio da proporcionalidade e da minimização, próprios da temática da proteção de dados pessoais, a desencadear risco desnecessário para a sociedade.

Merecem destaque, na decisão, duas notáveis conquistas na temática dos direitos fundamentais estabelecidas pelo precedente. Em primeiro lugar, a utilização exemplar da técnica da razoabilidade, a partir do sopesamento dos princípios em colisão. Contribui, assim, o STF, para o desenvolvimento do raciocínio ponderativo.

Na experiência brasileira, verifica-se que as reflexões sobre a razoabilidade ou proporcionalidade, de matriz constitucionalista, concentram-se precipuamente sobre “aspectos procedimentais ou internos da ponderação”. Com a legítima

preocupação de demonstrar que o procedimento racional de ponderação seria cientificamente controlável, tais propostas guiam-se predominantemente pela perspectiva da “lógica formal”, debruçando-se sobre o funcionamento estrutural da ponderação mediante a idealização de suas várias etapas e diretrizes procedimentais. Tais tentativas de se matematizar a razoabilidade recaem em grau de abstração e formalismo incompatível com os valores do sistema. Com efeito, dificulta-se a sua utilização pelo intérprete, vez que a estrutura formal e abstrata idealizada se mostra insuficiente para o exame ponderativo a ser empregado na solução de complexas hipóteses, como a espécie analisada, que reclama coerência substancial com os valores do ordenamento.

A rigor, para além de debates teóricos, mostra-se inegável a equivalência funcional entre as noções de razoabilidade e proporcionalidade. Como se sabe, o controle de razoabilidade tem origem no direito norte-americano, integrado à noção de devido processo legal substantivo, enquanto a noção de proporcionalidade possui raízes no direito administrativo europeu, tendo adquirido perfil analítico e sistemático pela Corte Constitucional alemã, que a decompôs nos três subprincípios da: a) “adequação” (meio apto ao alcance do fim almejado); b) “necessidade” (medida restritiva empregada deve ser a menos onerosa para o direito restringido, quando comparada a outras alternativas); e c) “proporcionalidade em sentido estrito”, isto é, o proveito obtido deve compensar os sacrifícios produzidos.

Desse modo, há quem sustente que a razoabilidade se destinaria à mitigação de excessos para otimizar a justiça no caso concreto, enquanto a proporcionalidade estaria voltada ao exame analítico entre o meio empregado e o fim almejado. Os argumentos erigidos em prol da distinção entre as duas categorias fundamentam-se em aspectos históricos, formais e estruturais, o que confirma a identidade funcional entre tais categorias. Nessa perspectiva, a associação usual entre razoabilidade e proporcionalidade *stricto sensu* parece comprovar a afinidade funcional, a demonstrar a tendência do intérprete no sentido de testar a razoabilidade como relação custo-benefício (*bilan coûts-avantages*), a partir de pressuposto lógico de que determinada norma é adequada e necessária (do contrário seria proscrita por antijuridicidade de alguma espécie). Afinal, como se viu na decisão em exame, não se pode mediar intensidade (juízo quantitativo) sem previamente avaliar a adequação e necessidade (juízo qualitativo).

Por outro lado – e o mais importante –, o acórdão assinala o reconhecimento, pelo STF, do direito fundamental à proteção de dados pessoais, como resultado, segundo ressaltou o Ministro Gilmar Mendes:

da compreensão 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. 5º, 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.

Significa dizer que a proteção de dados pessoais se constitui, em si mesma, em princípio autônomo, capaz de deflagrar o controle de constitucionalidade.

Com tal decisão, reafirma-se no direito brasileiro a urgência na entrada em vigor da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados), que proteja a privacidade dos indivíduos, evitando captura, compartilhamentos e transferências desproporcionais de informações por parte do Poder Público e das empresas privadas. A entrada em vigor da LGPD, que estava originariamente prevista para agosto de 2020, foi postergada, pela MP nº 959/20, para 3.5.2021, ainda pendente de confirmação pelo Congresso Nacional, e também se sujeita a novo adiamento, nos termos do art. 20 do PL nº 1.179/2020. É preciso que a comunidade jurídica se conscientize da importância de torná-la vigente e efetiva.

Na sociedade contemporânea, em que o valor da informação é precioso, a cada dia que passa esse controle social se mostra mais necessário. A pandemia não atenua os aludidos direitos fundamentais, mas os corrobora, como acentuado pelo Regulamento Sanitário da Organização Mundial de Saúde.

Gustavo Tepedino