

Proteção de dados e tutela da autodeterminação informativa

"Não existem mais dados insignificantes", essa foi a constatação precoce e cirúrgica do Tribunal Constitucional Alemão em 1983, em julgamento que marcaria um novo paradigma na tutela jurídica dos



Embora não se possa dizer que o direito à intimidade, à privacidade e ao

sigilo de dados e comunicações pessoais sejam temas novos no debate jurídico, a velocidade das inovações tecnológicas e a importância crescente dos dados como um "ativo" fundamental na era da informação têm impulsionado a modernização do direito com vistas a assegurar, de forma ampla e efetiva, um direito fundamental à proteção de dados pessoais.

O livre desenvolvimento da personalidade impõe o asseguramento de uma série de garantias fundamentais no plano constitucional, entre as quais destaca-se o direito à autodeterminação de dados e informações pessoais. Essas informações podem ser definidas, na compreensão de Schertel^[1], como sinais utilizados na comunicação, que servem para identificar uma pessoa e, quando assumem a forma impressa, transformam-se em dados pessoais.

A boa doutrina constitucional versa sobre a existência de um "(...) direito geral à autodeterminação informativa que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização de seus dados"^[3].

Nesse sentido, o direito à autodeterminação de dados ou informações permite que os sujeitos tenham liberdade para dispor sobre suas informações pessoais tais como registro de nascimento e casamento, passaporte, extratos bancários e telefônicos. Além disso, também impõe limites em face do legislador, visto que proíbe que as informações pessoais disponibilizadas perante o Estado sejam utilizadas para fins diversos daqueles previstos na legislação^[4]. Dessa maneira, os indivíduos são capazes de determinar, autonomamente, a utilização das suas próprias informações e dados.

Foi essa a garantia constitucional firmada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no bojo de Reclamações Constitucionais ajuizadas contra o recenseamento geral da população que fora determinado pela Lei do Censo de 1983.

A Lei Alemã exigia que os dados sobre profissão, moradia e local de trabalho dos cidadãos fossem disponibilizados ao Estado para apurar o estágio de crescimento populacional, a distribuição espacial da população e características demográficas e sociais. Além disso, também autorizava o Estado comparar as informações concedidas pelos indivíduos com aquelas constantes nos registros públicos. O objetivo era preencher as lacunas informativas havidas nos órgãos públicos federais, estaduais e municipais para fins de execução administrativa^[5].

Na brilhante decisão, o Tribunal asseverou que "hoje, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas (...) de uma pessoa determinada (...) 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. Com isso, ampliaram-se, de maneira até então desconhecida, as possibilidades de consulta e influência que podem atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas.

A autodeterminação individual pressupõe, porém — mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação —, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas (...) pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação.

A decisão histórica reconheceu, com base no direito geral da personalidade consagrado na *Grundgesetz*, a Constituição Alemã, que "o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais, assegurando, assim, a proteção à autodeterminação informativa".

No Brasil, o direito à autodeterminação dos dados e informações pessoais encontra amparo na Carta de 1988 e na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal assegura que "é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Bem assim, o artigo 2º, inciso II, da LGPD elenca a autodeterminação informativa como um dos fundamentos da proteção dos dados pessoais. O inciso X do art. 5º da Constituição, por seu turno, assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

O Supremo Tribunal Federal, também em decisão histórica, teve a oportunidade de reconhecer a existência no ordenamento brasileiro do direito à autodeterminação informativa. O julgamento se deu em apreciação de medida cautelar no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 6387) contra a Medida Provisória nº 954/2020.

O Partido da Social Democracia (PSDB), o Partido Socialista Brasileiro (PSB), o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e o Partido Comunista do Brasil (PCB) também ajuizaram ações no mesmo sentido, para questionar a constitucionalidade da Medida Provisória. (ADI 6388; 6389; 6390; 6393).

A MP impugnada determinava que as empresas de telecomunicações compartilhassem os dados como nome, telefone e endereço, de todos os seus usuários — cerca de 226 milhões de consumidores só de telefonia móvel^[6] — com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, para fins de pesquisas estatísticas, tendo em vista a situação de emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

A Ordem dos Advogados do Brasil arguiu a inconstitucionalidade da medida, tendo em vista a ausência dos requisitos da relevância e urgência, bem como a violação à dignidade da pessoa humana; à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; ao sigilo dos dados e por ferimento ao princípio da proporcionalidade. Pleiteou, ainda, o reconhecimento da “presença no ordenamento constitucional brasileiro do direito fundamental à autodeterminação informativa, a ensejar tutela jurisdicional quando sua violação não for devidamente justificada por motivo suficiente, proporcional, necessário e adequado e com proteção efetiva do sigilo perante terceiros, com governança que inclua o Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia e entidades da sociedade civil”.

Conforme asseverou a Ordem dos Advogados, a aludida Medida Provisória viola o sigilo de dados dos brasileiros e invade a privacidade e a intimidade de todos, sem a devida proteção quanto à segurança de manuseio, sem justificativa adequada, sem finalidade suficientemente especificada e sem garantir a manutenção do sigilo por uma Autoridade com credibilidade, representatividade e legitimidade, a exemplo daquela prevista pela Lei Geral de Proteção de Dados, Lei Federal 13.709, elaborada sob inspiração do Regulamento Europeu.

Além disso, arguiu que a Medida não apresentava, de forma transparente, qual seria a proteção dos cidadãos quanto ao uso adequado dos dados, não garantia a participação do Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia, além de entidades da sociedade civil, na fiscalização quanto a tal uso; que a MP previa uma forma insegura de repasse de informações, por meio eletrônico e que também pretendia acessar os dados de todos os cidadãos brasileiros, quando a pesquisa por amostra de domicílio seria feita em reduzido número de residências.

Alertou, ainda, que na sociedade de informações atual, com o incremento cada vez maior da presença digital, ampliam-se sobremaneira os riscos de invasão à vida privada. “O mau uso de dados compartilhados pode servir à campanha de *fake news* e até mesmo de manipulação da vontade do eleitorado, comprometendo a liberdade democrática. Basta, para tanto, que os dados telefônicos e residenciais de todos os brasileiros caiam em mãos dispostas a tal fim”.

Embora o STF tenha proferido reiteradas decisões em proteção aos direitos de intimidade, privacidade, sigilo das comunicações, dos dados etc., ainda não se havia reconhecido expressamente a tutela constitucional do direito à autodeterminação informativa, a ser extraída diretamente do texto constitucional. Daí a relevância ímpar da decisão proferida pelo Plenário na ADI 6387, em referendo à decisão monocrática da ministra Rosa Weber, que suspendeu a eficácia da MP 954/2020.

Em sua excepcional decisão, a relatora, fazendo menção ao artigo *The Right to Privacy*, escrito pelos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis consignou que ali “já se reconhecia que as mudanças políticas, sociais e econômicas demandam incessantemente o reconhecimento de novos direitos, razão pela qual necessário, de tempos em tempos, redefinir a exata natureza e extensão da proteção à privacidade do indivíduo. Independentemente do seu conteúdo, mutável com a evolução tecnológica e social, no entanto, permanece como denominador comum da privacidade e da autodeterminação o entendimento de que a privacidade somente pode ceder diante de justificativa consistente e legítima”.

A ministra asseverou que “decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais”.

Ressaltou que a Medida Provisória não delimitou o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente não esclareceu a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados. A ministra enfatizou que: “ao não prever exigência alguma quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados compartilhados, a MP n. 954/2020 não satisfaz as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção de direitos fundamentais dos brasileiros”.

De forma ponderada, pontuou, ademais, que “não se subestima a gravidade do cenário de urgência decorrente da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento. O seu combate, todavia, não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição.

À luz dessas premissas, o Tribunal Pleno do STF referendou o entendimento da ministra relatora, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, proferindo uma decisão histórica ao reconhecer expressamente que a Constituição Federal de 1988 assegura aos brasileiros o direito à autodeterminação informativa, devendo o uso dos dados e informações pessoais ser controlado pelo próprio indivíduo, salvo quando a legislação estritamente determinar.

O julgamento proferido pela Suprema Corte é paradigmático por referendar não apenas uma proteção constitucional autônoma aos dados pessoais em si (e não apenas ao sigilo da comunicação destes), mas também por consagrar, no âmbito constitucional a autodeterminação informativa, citando, inclusive, a sua positivação na legislação infraconstitucional (LGPD).

Consoante aduziu o Tribunal alemão, "não há mais dados insignificantes". Vivemos na era da informação. E, com ela, fenômenos novos como o "*big data*", a pós-verdade, as redes sociais e as *fake news*. Se em outros períodos históricos o poder e a riqueza estavam na posse de terras e, após, na posse de bens de produção e do capital, hoje não há dúvidas de que detém poder aquele que detém mais informação, maior quantidade de dados.

Os dados são o ativo e o legado do século 21, da "Era da Informação". Esse novo giro histórico requer do Estado a adequada e efetiva proteção dos cidadãos, da sua privacidade e da autodeterminação em relação aos seus dados pessoais. Constitui dever de um Estado Social e Democrático de Direito, garantidor da dignidade humana e de sua autodeterminação no campo informacional, livrar-nos de horizontes distópicos como aqueles imaginadas pelo escritor George Orwell, em sua obra "1984" ou na série televisiva "Black Mirror".

Longe de se assumir uma postura ludista, de negação dos avanços tecnológicos, quando trabalhadores ingleses se organizaram para quebrar as máquinas, no início da Revolução Industrial, há que se assumir uma postura de incorporação da tecnologia e de reconhecimento da sua inexorabilidade e, por isso mesmo, a necessidade de ampliação do plexo de direitos e garantias que nos salvaguardem diante das mudanças da realidade social.

Novos dados de realidade exigem o reconhecimento de novos direitos e o alargamento das garantias jurídicas com vistas a tutelar, com a máxima efetividade, a autodeterminação das pessoas e, ao fim e ao cabo, o direito à dignidade humana. Na Era da Informação, inegável que o direito ao sigilo dos dados pessoais e à autodeterminação sobre eles seja constitutivo de um direito mais amplo da dignidade e da personalidade humanas. No centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa que age com livre autodeterminação enquanto membro de uma sociedade igualmente livre.

[1] Advogado. Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca. Presidente Nacional da OAB de 2013 a 2016.

[2] MENDES, Laura Schertel. Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

[3] CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Ed. Almedina, 2003.

[4] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, IDP, 2012.

[5] MARTINS. Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: dignidade humana. Livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física e igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS. 2016. P. 56

[6] De acordo com informações da Anatel, havia em fevereiro no país 226,6 milhões de clientes de telefonia móvel e de 32,8 milhões de usuários da telefonia fixa.

Date Created

28/06/2020