

REJUB

REVISTA JUDICIAL BRASILEIRA

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DIGITAL
SUPLEMENTO ESPECIAL (2023)



EDIÇÃO
ESPECIAL

LGPD E PROPORCIONALIDADE

GDPL AND PROPORTIONALITY

GERMANO ALBERTON JUNIOR

Juiz federal. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí –
Univali.

<https://orcid.org/0009-0003-7009-0398>

RESUMO

Neste artigo, visa-se relacionar as normas de controle das atividades de tratamento de dados, especialmente os princípios estabelecidos nos incisos II e III do art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, com as fases do teste de proporcionalidade, a fim de estabelecer a compatibilidade entre essas categorias e a possibilidade de um procedimento de fundamentação progressiva para as decisões acerca dos conflitos entre as atividades de tratamento dos dados e o princípio que determina a proteção dos dados pessoais.

Palavras-chave: LGPD; tratamento de dados pessoais; princípios da adequação e necessidade; proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper aims to list the rules for controlling data processing activities, especially the principles established in items II and III of Article 6 of the General Data Protection Law, with the phases of the proportionality test, in order to establish compatibility between these categories and the possibility of a progressive reasoning procedure for

decisions regarding conflicts between data processing activities and the principle which determines the protection of personal data.

Keywords: GDPL; processing of personal data; principles of adequacy and necessity; proportionality.

SUMÁRIO

1 Introdução: a proteção de dados pessoais. 2 Preceito da proporcionalidade. 3 Princípios da adequação e necessidade na LGPD. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO: A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A noção acerca da necessidade da proteção de dados pessoais não é nova. Sem voltar muito no tempo, o inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao afirmar serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, servia de fundamento para a proteção constitucional dos dados pessoais, quer eles estivessem em meio físico ou digital. Não obstante, o Congresso Nacional, por meio da recente Emenda Constitucional n. 115, promulgada em 10 de fevereiro de 2022, fez incluir, no rol de direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição, um dispositivo tratando especificamente sobre a proteção de dados pessoais, cuja redação é a seguinte: “XXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (Brasil, 1988). O dispositivo veicula princípio destinado à proteção dos dados pessoais, estejam eles em meio físico ou digital, e cita que os limites dessa proteção serão dados nos termos da lei.

A referência à regulamentação legal resulta na recepção da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, alterada pela Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019, que se encontrava em vigor ao tempo da emenda constitucional. Lei esta que se assentava nos direitos fundamentais do inciso X do art. 5º da Constituição Federal, passa, também, a se assentar no novo dispositivo constitucional do inciso XXIX do art. 5º.

Na LGPD é possível identificar dois núcleos de forças contrapostas em permanente disputa: a força que busca a proteção dos dados pessoais, conceituada como a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, e a força que busca o tratamento dos dados pessoais, que corresponde, segundo lei, a:

[...] toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (Brasil, 2018).

Bem vista, a LGPD gira em torno da regulação do conflito dessas duas forças, tentando achar um meio termo, um estado de equilíbrio, entre proteção e tratamento dos dados.

Importante notar que o tratamento de dados em si não é um direito fundamental, mas ele se apresenta como uma atividade instrumental para a promoção de outros direitos com assento constitucional, como a segurança pública, a saúde pública, o funcionamento da justiça, a livre iniciativa, a ordem econômica, a educação e muitos outros. Nessa perceptiva, o interesse na proteção de dados pessoais não está propriamente em conflito com o interesse no tratamento dos dados, mas com o Direito Constitucional que é diretamente beneficiado ou promovido pela atividade de tratamento dos dados, tanto que a

LGPD, ao tratar do princípio da necessidade, estabelece o controle do tratamento de dados para os casos de desproporção e excesso em relação às suas finalidades, que correspondem, justamente, a esses outros interesses também protegidos constitucionalmente.

Como resolver esse embate permanente é uma questão sem resposta pronta. No entanto, uma das “ferramentas” que pode ter um bom rendimento no enfrentamento racional de tais tipos de conflito é o manejo do teste de proporcionalidade, de modo que este estudo buscará relacionar as normas de controle das atividades de tratamento de dados especialmente as previstas nos incisos II e III do art. 6º, com as fases do teste de proporcionalidade, a fim de estabelecer critérios mais uniformes no procedimento de fundamentação com base nesses princípios.

Preliminarmente, creio ser necessário apresentar as linhas gerais de funcionamento do teste de proporcionalidade, com seus preceitos parciais de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de preceito parcial da ponderação.

2 PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE¹

Para Robert Alexy (2002), as normas encontradas nos enunciados normativos de direito fundamental podem apresentar-se estruturalmente como regras ou como princípios. Os princípios são compreendidos como mandados de otimização, ou seja, como uma norma que ordena que algo deve ser realizado na maior extensão

¹ Acerca da nomenclatura, Alexy (2002, p. 112, nota 84) entende ser incabível chamá-lo de “princípio” da proporcionalidade, visto que seus componentes: adequação, necessidade e proporcionalidade – em sentido estrito – têm características de regras, ou seja, ou são cumpridos ou descumpridos, de forma que não se enquadrariam perfeitamente no conceito de princípios, uma vez que estes são por ele entendidos como mandados de otimização.

possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. As regras são entendidas como normas que não expressam mandados de otimização, cujo cumprimento não admite gradação, são normas de caráter definitivo (Alexy, 2002). Tais características influem na forma como as regras e os princípios vão se comportar no caso de colisão: na colisão de regras, a incidência de uma cláusula de exceção (hierarquia, especialidade e anterioridade) retira a aplicabilidade de uma delas; na colisão de princípios, um cede espaço para outro, sem ser invalidado, a partir da precedência determinada pelas condições do caso concreto.

A precedência de um princípio sobre outro é determinada por uma avaliação de proporcionalidade entre a restrição² de um princípio e a promoção de outro, dadas as condições do caso concreto. Isso porque a necessidade de máxima satisfação dos princípios (uma vez que são mandados de otimização) obriga, no caso de colisão, a realização de raciocínios de comparação para que as restrições impostas a um deles não sejam inúteis, desnecessárias e desproporcionais³. Dessa forma, o teste de proporcionalidade deve ser realizado mediante apreciação sucessiva dos preceitos parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁴

Para Alexy (2002), o preceito parcial da adequação (ou da idoneidade) exige a demonstração de aptidão do ato e sua conformidade com o fim que motivou sua adoção, ou seja, o meio proposto deve ser apto à promoção do fim pretendido. Seguindo essa linha, Gilmar

² Concebe-se os princípios de direitos fundamentais como normas restringíveis externamente, sem limites imanentes, afastando-se a aplicação das teorias internas de restrição dos direitos fundamentais.

³ “A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais” (Silva, 2002, p. 43).

⁴ Conforme Alexy (2015, p. 11), todos os três preceitos parciais “são expressão da ideia de otimização”.

Mendes (1999) afirma que “o meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado [...]”.

Assim, propostos os meios M1 e M2 para a realização do direito D e comprovado que M2 não é apto à promoção de D, tem-se que o preceito parcial da adequação é preenchido apenas em relação a M1.

O preceito parcial da necessidade corresponde a um exame comparativo entre os próprios meios propostos ao atendimento do fim pretendido. Um meio será necessário, caso o “fim não possa ser atingido de outra maneira que afete menos o indivíduo” (Alexy, 2004, p. 40). O preceito da necessidade determina que, entre as formas de promoção de uma finalidade, caso exista mais do que uma, é preciso escolher aquela que cause menores efeitos restritivos a outros princípios e regras.

Na verificação da necessidade, não se examina se o meio é excessivamente agressivo a outro direito, mas se existe algum outro meio que seja menos agressivo. Disso decorre que, ainda que determinado meio seja excessivamente agressivo a outro direito, ele ainda assim será considerado necessário se não houver um outro meio adequado que se apresente menos invasivo.

Assim, identificada a afetação do direito D1 pelo meio M1 e que M2, igualmente adequado, não é agressivo ou é menos agressivo a D1, tem-se, nessa configuração, que a adoção do meio M1 apresenta-se desnecessária por ser prejudicial ao D1. De outro lado, se o meio M1 for o único meio existente, ainda que ele seja especialmente agressivo a D1, mesmo assim ele será considerado necessário.

A questão de se “vale a pena” ou não sacrificar um direito atingido fortemente pelo meio escolhido (e único adequado), não se dá na quadra da análise do preceito parcial da necessidade, mas é remetido à quadra seguinte, do preceito parcial da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito.

Ao tratar do preceito da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação, Alexy explica a Lei da Ponderação, segundo a qual “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacion ou de afectación de um princípio, tanto mayor tiene que ser la importância de la satisfaccion del outro” (Alexy, 2004, p. 161). Esclarece Silva (2002, p. 43):

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que a ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição do bem fundamental atingido.

Dessa forma, se o meio M1 é adequado e necessário à promoção do direito D1, mas verificado que implica restrição ao direito D2, então, a ponderação deve ser realizada entre D1 e D2, a fim de estabelecer qual deve ser a precedência: acaso D1 deva ser privilegiado, deve-se adotar M1; caso D2 deva ser privilegiado, M1 não poderá ser adotado.

Nessa atividade de ponderação, é necessário avaliar, de um lado, a intensidade, o “peso”, que o meio proposto possui para a promoção de um direito e, de outro, a intensidade da restrição que esse meio provoca em outro ou em outros direitos. Para ilustrar a aplicação da ponderação, Alexy (2002, p. 95) cita a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que analisou o conflito entre o direito fundamental de informação e o direito fundamental de proteção à dignidade, no chamado caso Lebach.

Segundo relatado, nas proximidades da cidade de Lebach, na Alemanha, foram assassinados quatro soldados do exército federal que realizavam a guarda de um depósito de munições. Um dos responsáveis pelo crime foi descoberto, julgado e condenado à prisão. Quando estava prestes a sair da prisão, um programa de televisão começou a transmitir

o documentário chamado O Assassinato de Soldados em Lebach. Em face disso, o soldado levou ao Judiciário a alegação de que a exibição do documentário, em que seu nome e fotografia eram apresentados, violava seu direito fundamental à intangibilidade de sua dignidade e de livre desenvolvimento de sua personalidade, além de prejudicar sua ressocialização. Após o indeferimento nos tribunais ordinários, o caso foi levado ao Tribunal Constitucional, o qual decidiu pela proibição da exibição do documentário. Na sua fundamentação, primeiro, o tribunal verificou se a exibição do documentário com referência ao nome e à imagem do autor do delito era adequada aos fins de informação da população. Confirmada a adequação do meio, verificou-se, então, a necessidade do meio (da menção do nome e imagem do autor do delito), tendo entendido que a indicação dos dados pessoais e da situação dos envolvidos seria necessária à promoção dos fins de informação da população. Persistindo o conflito, o tribunal passou à ponderação dos princípios (análise da proporcionalidade em sentido estrito), para determinar se a promoção de um dos direitos justificava a restrição do outro. Tomando as circunstâncias concretas de que, de um lado, o documentário tratava de repetição de uma informação e de que, de outro, a exibição colocava em risco a ressocialização do autor, decidiu que a notícia de uma informação repetida, que não tem mais interesse atual de informação, não prevalecia sobre o direito fundamental de proteção à ressocialização do autor, proibindo, assim, a exibição do programa.

Para avaliar o grau de satisfação ou de restrição de um direito decorrente do meio escolhido, Alexy (2015) orienta ser necessário avaliar, no caso concreto, o grau de satisfação ou restrição dos direitos em conflito gerado pelo meio proposto, que corresponde à chamada Lei da Ponderação, segundo a qual “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (Alexy, 2015, p. 12).

Na implementação dessa avaliação, Alexy (2015) sugere a adoção de uma escala de intensidades que variaria entre leve, médio e grave, que corresponde à Fórmula do Peso⁵. A aplicação dessa escala é exemplificada com o relato do julgamento do chamado caso Titanic, no qual estavam em colisão a liberdade de expressão e o direito à honra (Alexy, 2004, p. 53).

Alexy (2002) relatou que a revista popular Titanic, numa primeira publicação, chamou de “assassino nato” um oficial da reserva paraplégico, que havia sido reincorporado ao Exército para realizar um exercício militar. Numa edição posterior, a revista voltou ao assunto, agora tratando o mesmo oficial de “paralítico”. Proposta demanda judicial pelo soldado, a revista foi condenada a pagar uma indenização de doze mil Marcos, em razão da ofensa à honra. Em recurso, o Tribunal Constitucional, quanto à primeira publicação, de um lado, considerou alto o valor da indenização e que isso resultava numa grave intervenção no direito de liberdade de expressão; de outro lado, considerou que, dado o contexto humorístico da publicação, a expressão “assassino nato” gerou uma lesão de intensidade média à honra do soldado, concluindo, então, pela desproporção do meio (= multa de 12 mil Marcos). Quanto à segunda publicação, o tribunal considerou que o uso da expressão “paralítico” afetava gravemente o direito à honra do soldado, mantendo a multa imposta, por não haver desproporção no meio (= multa), visto que ambos atingiam com a mesma intensidade os direitos em conflito.

A Lei da Ponderação orienta o julgador a avaliar em que grau o meio escolhido promove um dos fins, correspondente a um princípio

⁵ Nas palavras do autor: “Em el primer paso es preciso definir el grado de la satisfacción o de afectación de un de los principios. Luego, em un segundo paso, se define la importância de la satisfacción del principio que juega em sentido contrario. Finalmente, em un tercer paso, debe definirse si la importância de la satisfacción del principio contrario justifica la afectacion o la no satisfacción del outro” (Alexy, 2015, p. 49).

constitucional, a fim de que, de modo aproximado, seja possível qualificá-lo nessa grade de intensidades. De outro, o julgador deve avaliar também em que grau a adoção do meio escolhido acaba por restringir, vulnerar, o direito protegido em outra norma constitucional. A desproporção ocorre quando não há equilíbrio entre os graus de promoção e afetação dos princípios em conflito.⁶

Atente-se que a proposta de Alexy para a apuração dos pesos dos princípios em conflito não se resume a uma fórmula matemática, até porque as “grandezas” em jogo não podem ser reduzidas a números ou a cálculos matemáticos, mas oferece um roteiro procedimental para argumentação jurídica racional para a resolução desses conflitos, roteiro esse que confere maior verificabilidade das razões utilizadas pelo julgador para determinada escolha.

3 PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE NA LGPD

Como referido anteriormente, a LGPD busca regular as relações entre dois interesses contrapostos, o interesse na proteção dos dados pessoais e o interesse no tratamento dos dados pessoais. Nessa missão, a LGPD, em suas disposições preliminares, preocupa-se em apresentar os fundamentos da proteção de dados pessoais (art. 2º), a destinação das normas e suas exceções (arts. 3º e 4º), os conceitos das principais categorias (art. 5º) e os princípios a serem observados nas atividades de tratamento dos dados pessoais (art. 6º).

⁶ Relevante atentar que a Lei da Ponderação não se esgota nos graus de promoção e de restrição dos direitos fundamentais. Uma aplicação mais detalhada demanda que sejam considerados eventuais pesos abstratos diferentes entre os princípios com colisão e a consideração dos graus de segurança epistêmica. Em relação à segurança epistêmica, defende que quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental maior deve ser a certeza das premissas que fundamentam a intervenção (Alexy, 2004, p. 83).

Conceitua que as atividades de tratamento de dados correspondem a “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (Brasil, 2018, inciso X, art. 5º), daí se podendo perceber que praticamente todas as atividades cotidianas modernas estão de alguma forma sujeitas a gerar ações de tratamento de dados nas mais diversas áreas dos setores privado e público: cadastro de clientes, cadastro de pacientes, dados médicos, aquisição de medicamentos, exame clínico, histórico de circulação nos locais de compra de produtos, de acesso a *sítes*, de compartilhamento de notícias, dados biométricos, investigação criminal, tramitação de ações judiciais e registros públicos.

A compatibilidade das atividades de tratamento de dados com o direito à proteção dos dados pessoais deve ser aferida mediante a observância dos princípios elencados no art. 6º da LGPD. Dentre os princípios, destacam-se os da adequação e da necessidade. O primeiro corresponde à “verificação da compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento” (Brasil, 2018, inciso II, art. 6º) e o segundo corresponde à “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (Brasil, 2018, inciso III, art. 6º).

O conceito que a LGPD dá ao princípio da adequação é similar ao preceito parcial da adequação do teste de proporcionalidade, uma vez que ambos envolvem uma verificação de compatibilidade entre o meio e fim. No âmbito da LGPD, a adequação é confirmada se o tipo de tratamento dos dados pessoais que se pretende realizar é um

meio compatível e se é capaz de promover os fins apresentados como justificativa para a atividade.

Para a verificação da adequação do meio, é, por decorrência lógica, imprescindível conhecê-lo, saber do que se trata, como funcionará, quais seus mecanismos, seus limites e seus efeitos. E, em se tratando de atividades de tratamento de dados, implica saber que tipo de tratamento será realizado, qual alcance, quem será atingido, que tipo de informações serão tratadas, desde quando, por quanto tempo e para quais fins. Tais informações são absolutamente imprescindíveis, e prévias, a qualquer decisão acerca do juízo de adequação, uma vez que ele envolve saber se o que está sendo escolhido promove ou não o fim principal da ação.

Na outra ponta, também tem como pressuposto saber exatamente qual a finalidade do tratamento, sob a pena de não ter elementos suficientes à realização do juízo de verificação da adequação. Bem por isso, a LGPD, muito acertadamente, estabelece, no inciso I do art. 6º, o princípio da finalidade, que exige que a “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades” (Brasil, 2018). Vale dizer, o interessado deve declinar, de forma específica e explícita, as finalidades que pretende atingir com o tratamento dos dados.

Se não bastasse o entendimento de que a explicitação das atividades de tratamento e das finalidades do tratamento se apresentam como pressupostos à verificação do atendimento do princípio da adequação, a LGPD, no inciso VI do art. 6º, também deixou expressa a obrigatoriedade de observância do princípio da transparência, segundo o qual se exige “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial” (Brasil, 2018).

Portanto, a explicitação detalhada tanto do meio quanto da finalidade pretendida, como pressuposto para o juízo de adequação, é obrigação expressa na LGPD, de modo que sua ausência implica desrespeito aos princípios da finalidade e da transparência.

Além de explícitos, a LGPD exige que os fins da atividade de tratamento de dados tenham propósitos legítimos, ou seja, que estão de acordo com a lei e que têm assento constitucional ou que servem à promoção de algum direito constitucionalmente previsto. Isso porque, assumindo a proteção de dados pessoais a posição de direito fundamental expresso na Constituição Federal, sua restrição, decorrente da atividade de tratamento, somente é possível se for apresentada como fundamento a promoção de outro direito ou interesse previsto constitucionalmente. Nessa linha, Gavião Filho (2011, p. 241) enfatiza que “os direitos fundamentais somente podem suportar intervenções justificadas pela realização de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos protegidos pela Constituição”.

No entanto, é preciso destacar, saber se a finalidade de determinada atividade de tratamento é ou não legítima, se tem assento legal e constitucional, não faz parte da verificação do princípio da adequação. Muito coerente, portanto, a previsão da LGPD do princípio da finalidade em inciso próprio (inciso I do art. 6º), de forma que se a finalidade prosseguida é ilegal ou inconstitucional esse controle é feito com base no princípio da finalidade e não com base no princípio da adequação. Noutras palavras, quando se chega na aferição da adequação, a finalidade está devidamente verificada e validada.

Outro ponto importante a ser destacado é que na verificação da adequação do meio (da forma do tratamento proposto), tampouco se avalia se o meio é excessivo, desnecessário ou desproporcional. A única avaliação cabível é se o meio promove o fim buscado, se o tratamento de dados na forma proposta promove a finalidade para a qual foi pensado.

Acerca do princípio da necessidade, a LGPD deu a seguinte conceituação: “Limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (Brasil, 2018).

Aparentemente, o dispositivo tratou mais do que da “necessidade”.

O princípio da necessidade estaria satisfeito com a primeira parte do dispositivo: “Limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades” (Brasil, 2018).

A referência à “abrangência dos dados pertinentes” em relação às finalidades é apreciação realizada na fase anterior da adequação. Com efeito, se os dados não são pertinentes à finalidade, eles não são adequados e nem sequer se passa à fase de avaliação da necessidade.

Da mesma forma, a avaliação, se o tratamento dos dados são “proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (Brasil, 2018), foge ao princípio da necessidade.

Ao atentar à conceituação dada por Robert Alexy (2002) para o preceito parcial da necessidade, percebe-se que ela envolve apenas uma análise acerca da existência ou não de outros meios aptos à promoção da finalidade proposta. Não importa a qualificação de um meio como necessário, se ele é excessivo ou desproporcional, mas se há ou não um outro meio disponível menos custoso. Se houver, ele será desnecessário; se não houver, ele será necessário.

Assim, um meio excessivo, mas único, não deixa de ser necessário.

Agora, se “vale a pena” ou não lançar mão do meio excessivo, ainda que necessário, implica noutro tipo de avaliação, que corresponde a saber qual dos fins, ou qual dos princípios em conflito deve ser atendido.

Por isso é que a LGPD, ao incluir no conceito de necessidade um juízo da proporcionalidade e da excessividade do meio diante das finalidades enunciadas, acabou por criar uma avaliação estranha

à fase da verificação da necessidade. Incluiu uma verdadeira fase de comparação entre os direitos em conflito no caso concreto, correspondente à terceira etapa do teste de proporcionalidade, a da ponderação.

Como apresentado acima, é justamente na fase de ponderação que se verificará qual interesse ou qual dos princípios em conflito deve ser atendido.

Esse quebramento das normas veiculadas no inciso III do art. 6º da LGPD é importante porque desembaralha os pontos de fundamentação necessários para o julgamento da validade da atividade de tratamento de dados pretendida, uma vez que a construção argumentativa para dizer se existe ou não um meio menos agressivo ao direito fundamental à proteção de dados é totalmente diversa da que é necessária para dizer em que grau o direito fundamental à proteção de dados foi restringido e em que grau a finalidade indicada (outro direito fundamental ou interesse constitucional) será promovida pela atividade de tratamento de dados.

Dessa forma, o inciso III do art. 6º da LGPD autoriza dois tipos de controle sobre as atividades de tratamento de dados: o primeiro, correspondente à primeira parte do dispositivo, relativo a preceito parcial da necessidade, ou seja, se existe ou não um ou mais meios menos restritivo a outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos; o segundo, correspondente à parte final do dispositivo, relativo ao preceito parcial da ponderação, no qual se aprecia se a promoção dos fins buscados pelo tratamento justificam as restrições impostas ao direito fundamental à proteção dos dados pessoais.

Tais diferenciações parecem suficientes para justificar o entendimento de que a LGPD acabou por incluir e admitir, nos incisos II e III do art. 6º, um verdadeiro teste de proporcionalidade com seus preceitos parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Como consequência, as fundamentações com

base nesses dispositivos devem ser construídas observando-se o procedimento argumentativo próprio do teste de proporcionalidade apresentado por Robert Alexy.

Essa conclusão parece ser validada pela análise do julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387-DF (Brasil, 2020). A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o inteiro teor da Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020, que dispõe sobre “o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística”. A norma impugnada estabelecia que as empresas de telecomunicação prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e do Serviço Móvel Pessoal – SMP deveriam disponibilizar à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, a fim de que os dados fossem utilizados direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares, dada a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19).

Na fundamentação de seu voto, a ministra relatora entendeu como inconstitucional a norma, pela ausência de interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais, “consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida” (Brasil, 2020). No voto, ela argumentou que a medida (ordem às empresas de telecomunicação prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e do Serviço Móvel Pessoal – SMP deveriam disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas

físicas ou jurídicas) não era adequada, pois não foi suficientemente esclarecido o alcance das atividades que seriam realizadas. Disse que a norma “não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados” (Brasil, 2020). Por isso, concluiu que, “ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade”(Brasil, 2020). E, destacando notícia que afirmou que o IBGE havia dado início, em parceria com o Ministério da Saúde, à PNAD Covid-19, versão da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, a ministra entendeu que tal fato, por si só, evidenciava “a desnecessidade e o excesso do compartilhamento de dados tal como disciplinado na MP n. 954/2020 para a finalidade invocada pelo IBGE como sua justificativa, qual seja a realização da PNAD” (Brasil, 2020). Ademais, entendeu que “o objetivo alegado não só pode, como está sendo realizado de forma menos intrusiva à privacidade” (Brasil, 2020).

Acerca da fundamentação, destacaria alguns pontos, tendo em conta a estrutura do teste de proporcionalidade, que merecem reflexão.

O primeiro é o relativo à incidência do princípio da adequação, uma vez que a ministra, dizendo não haver informações suficientes na medida provisória ao completo entendimento dos meios e dos fins pretendidos, acabou por reconhecer que a norma feria o princípio da adequação. Para a ministra, aparentemente, o detalhamento dos meios e dos fins fazem parte do juízo acerca do princípio da adequação. O Ministro Gilmar Mendes, nesse mesmo julgamento, após dizer que: “Desde a concepção do direito à privacidade como manifestação do direito à autodeterminação informacional pela Corte Constitucional alemã, é reconhecido que o princípio da proporcionalidade desempenha relevante papel de aferição da constitucionalidade das

interferências à proteção jurídica da autodeterminação informacional” (Brasil, 2020), esquivou-se de analisar a adequação da MP, dizendo que a adoção de uma redação essencialmente genérica dos objetivos do compartilhamento e a falta de clareza sob quais parâmetros os dados objeto do compartilhamento seriam utilizados para fins da estatística oficial, tornava “bastante difícil analisar a medida provisória pela ótica da adequação”, indicando que não tinha elementos para o teste.

Creio que a leitura contida no voto do Ministro Gilmar Mendes parece ser mais fiel ao teste de proporcionalidade, na medida em que o conhecimento dos meios e dos fins não faz parte do conteúdo do juízo de adequação, mas é seu pressuposto, ou seja, para que se possa avaliar se um meio é apto a promover determinado fim é preciso, primeiro, saber qual o meio proposto e qual o fim buscado. Desse modo, ao dizer que a MP não continha elementos suficientes ao conhecimento de seu funcionamento e dos fins perseguidos, penso, não se está propriamente frente a um problema que fere o princípio da adequação, mas, no caso da LGPD, de um problema que fere os princípios da transparência e da finalidade.

Um segundo ponto a ser destacado é que, embora o voto da ministra relatora tenha afirmado não ter a MP esclarecido suficientemente os meios e os fins, percebe-se que, pelo menos, parte do que seria o meio e do que seria o fim perseguido pela norma acabou sendo compreendido pelos julgadores, tanto que a ministra relatora logrou realizar a análise acerca da necessidade do meio proposto, dizendo que havia um outro meio, igualmente adequado, mas com menor afetação do direito à proteção dos dados dos cidadãos, o que justificava o reconhecimento de sua desproporcionalidade. Note-se que somente se pode avaliar se um meio é menos invasivo que outro se há algum conhecimento do conteúdo dos meios em comparação.

A ministra relatora também destacou “a desproporcionalidade no tocante ao universo dos dados a serem disponibilizados com base

na MP n. 954/2020, em cotejo com as finalidades declaradas para o seu uso” (Brasil, 2020). Trata-se de clara verificação do preceito da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que realiza uma ponderação entre a restrição causada no direito fundamental dos titulares dos dados e a promoção dos fins perseguidos. Não se trata de uma verificação da necessidade. O voto, no entanto, não aprofunda a fundamentação para explicitar os princípios em conflito e os níveis de promoção e restrição decorrentes da adoção do meio proposto na MP. Nesse ponto, o voto do Ministro Gilmar Mendes avança um pouco mais, dizendo que “o caráter amostral da PNAD Contínua tornaria em si questionável a autorização dada pela MP n. 954/2020 para que o IBGE tenha acesso indiscriminado e irrestrito aos dados de milhões de usuários de STFC e SMP no Brasil” e que “o descompasso entre o caráter amostral da pesquisa estatística e a autorização geral de tratamento seria, por si só, suficiente para afastar a proporcionalidade em sentido estrito da medida” (Brasil, 2020).

Com efeito, o Ministro Gilmar Mendes, ao destacar o caráter amostral da pesquisa, dá ênfase ao fato de que o interesse constitucional que fundamenta a produção de estatística oficial seria promovido de forma leve pela MP, ao passo que o meio proposto (acesso aos dados telefônicos de milhares dos usuários) resultaria em grave restrição ao princípio constitucional que assegura a proteção dos dados pessoais, que resulta na desproporção da medida pretendida.

Tais destaques, saliente, não têm pretensão de crítica a qualquer ponto da fundamentação veiculada no acórdão, limitando-se, unicamente, a tentar apresentar uma outra forma de construir a fundamentação no enfrentamento de conflitos entre o princípio de direito fundamental que assegura a proteção dos dados pessoais frente a princípios que asseguram outros direitos e interesses constitucionais, chamando a atenção para a aplicabilidade do teste de proporcionalidade e para o fato de que ele envolve um

procedimento argumentativo progressivo que passa pela adequação, pela desnecessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

4 CONCLUSÃO

A título de conclusão poderia ser destacado que na LGPD é possível identificar dois núcleos de forças contrapostas em permanente disputa: a força que busca a proteção dos dados pessoais e a força que busca o tratamento dos dados pessoais. Que o tratamento de dados não é um direito fundamental em si, mas ele se apresenta como uma atividade instrumental para promoção de outros direitos fundamentais com assento constitucional, como a segurança pública, a saúde pública, o funcionamento da justiça, a livre iniciativa, a ordem econômica, a educação. Que o interesse na proteção de dados não está propriamente em conflito com o interesse no tratamento dos dados, mas com o interesse constitucional que é diretamente promovido pela atividade de tratamento dos dados. Que os conflitos entre os interesses na proteção dos dados pessoais e os interesses que fundamentam as atividades de tratamento de dados, na maioria das vezes, não dispensam a necessária verificação da proporcionalidade.

Nessa linha, o procedimento argumentativo próprio do teste de proporcionalidade, tal como proposto por Robert Alexy, deve incidir na interpretação e na aplicação dos princípios da adequação e da necessidade, previstos nos incisos II e III do art. 6º da LGPD. Em relação a esses dispositivos, pode-se extrair do texto do inciso III do art. 6º da LGPD leitura no sentido de que ele abarca tanto o teste do preceito parcial da necessidade quanto o teste do preceito parcial da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação, diante da utilização de expressões “proporcionais” e “não excessivos”.

Por fim, destaca-se ser imprescindível o manejo apropriado das etapas do procedimento de fundamentação do teste de proporcionalidade quando questionadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrita de determinada atividade de tratamento de dados, promove a transparência e a racionalidade da argumentação, permitindo o controle integral das razões da decisão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Epilogo a la teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004. 111 p.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. reimpr. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002. 607 p.

ALEXY, Robert. Um conceito não-positivista de direitos fundamentais. *In*: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 9-25.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória n. 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (Covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do Serviço Telefônico Fixo Comutado e do Serviço Móvel Pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Medida provisória não convertida em lei.

Vigência encerrada [...]. Relatora: Ministra Rosa Weber, 7 de maio de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, v. 276, 20 nov. 2020.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 325 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 71-87.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 22-50, abr. 2002.