

USO DE DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO, PANDEMIA E CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PONDERAÇÃO ENTRE PRIVACIDADE E SAÚDE¹

Emanuelle Clayre Silva BANHOS²

Otávio Augusto Mantovani SILVA³

1 INTRODUÇÃO

A pandemia gerada pelo novo Coronavírus, causador da Covid-19, provocou uma crise de saúde pública, de maneira que, ante o desconhecimento quanto à eficácia de tratamentos e medicamentos, o isolamento social mostrou-se a melhor forma de contenção da propagação do vírus.

O cenário de emergência sanitária exigiu do Poder Público a tomada de decisões drásticas para contenção da doença, ao passo que o uso da tecnologia de compartilhamento e a utilização dos dados de geolocalização de empresas de telefonia foi umas das saídas encontradas por diversos países (UFJF, 2020, on-line) para acompanhar os índices de isolamento social da população.

Nesta seara, referida tecnologia passou a ser utilizada também no Brasil, através de parcerias entre Estados e municípios com empresas de

¹ Resumo apresentado no II Simpósio da Faculdade de Direito de Franca – Direito Constitucional e Direitos Humanos.

² Universidade Nove de Julho.

³ Escola Paulista da Magistratura.

telefonia do país para acompanhar o monitoramento e descolamento da população durante o período de isolamento (UFJF, 2020, on-line).

O cenário criado pelo uso dos dados de geolocalização das pessoas deu-se da seguinte forma: de um lado tem-se o risco de violação ao direito fundamental à privacidade das pessoas, face os riscos de violação do anonimato do cidadão através do monitoramento, possível vazamento de dados e desvio de finalidade no uso dos dados, e do outro, o direito fundamental à saúde, uma vez que, consoante o artigo 196⁴ da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e é garantida através de políticas públicas que visem à redução do risco de doenças, e mitigação dos efeitos de pandemias e epidemias conhecidas, tal como afirmado pelo Ministro Humberto Martins, nos autos do Recurso Especial (REsp) n.º 1.299.900.

Assim, surge a seguinte indagação: diante do uso da tecnologia de monitoramento de dados de geolocalização, como equilibrar o que é mais importante: o direito à saúde ou o direito à privacidade? Caso eventual conflito seja levado ao conhecimento do judiciário qual direito fundamental deve ser aplicado?

Deve-se partir da hipótese de que a colisão de direitos fundamentais é um problema da dogmática jurídico-constitucional que, a partir da técnica da ponderação de valores, pode ser solucionado através da valoração dos princípios em antinomia e, no presente caso, a ponderação será fundamental para a adequada análise dos valores em conflito.

Desta forma o presente trabalho tem como principal objetivo, investigar e analisar a aplicação da técnica da ponderação como forma de conciliar princípios fundamentais tão caros ao ordenamento pátrio, como também são os princípios fundamentais da intimidade privada e da saúde pública, evitando-se, assim, uma violação desproporcional de um em detrimento do outro para o cumprimento de metas de proteção da coletividade.

2 METODOLOGIA

Para se chegar ao objetivo pretendido na presente pesquisa, utilizou-se o método dedutivo auxiliado por revisão bibliográfica, sobre os referidos princípios, a realidade típica enfrentada em momentos de crise,

⁴ Constituição Federal de 1988, artigo 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

como os vividos durante o período da Pandemia do COVID-19. Há um enfoque em reflexões acerca da técnica da ponderação dos direitos fundamentais, que deverá ser aplicada no caso concreto na resolução de casos como o desta pandemia.

3 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Os direitos humanos são um rol mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida pautada na dignidade da pessoa humana, enquanto que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tal, no plano normativo, pelas autoridades detentoras de poder político para edição de normas (COMPARATO, 2015, n.p.). Em outras palavras, são os direitos humanos positivados. Neste contexto, a afirmação dos direitos humanos é pautada no respeito à dignidade da pessoa humana, sendo este um princípio que atrai e orienta todos os direitos fundamentais do homem (SILVA, 1998, p. 92).

A Constituição Federal de 1988 apresenta extenso rol de direitos fundamentais, o que gera, por vezes, colisões entre eles e provoca a necessidade de decidir-se pela prevalência ou não de um sobre o outro. Entrementes, em que pese serem fundamentais, já é pacífico o entendimento de que tais direitos não são absolutos (SARLET, 2006, p. 118), de maneira que diante de certas circunstâncias, podem ser mitigados sem que ocorra violação ao texto constitucional.

Sucedo que, como exposto, a pandemia de Covid-19 deu ensejo a diversos casos em que se ficou diante da colisão de direitos fundamentais, a exemplo do uso de dados de geolocalização enviados pelas operadoras de telefonia ao governo para acompanhamento dos índices de isolamento social. Isso porque, por meio da medida de monitoramento do deslocamento das pessoas, com a finalidade de evitar o avanço da Covid-19, de um lado, viu-se em conflito o direito à privacidade das pessoas monitoradas e, de outro, o direito à saúde, verificado através da necessidade de implementação de medidas de contenção da doença.

E, neste cenário, o direito à privacidade é um direito fundamental de natureza individual, previsto na Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso X, que se revela no conjunto de informações que a pessoa opta por manter em seu controle ou comunicar apenas a quem lhe aprover, sem sujeição legal, abrangendo, inclusive, as relações familiares e afetivas, hábitos, imagem e pensamentos (SILVA, 2014, p. 208).

Por sua vez, o direito fundamental à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, é um direito coletivo, e também dever do Estado que deve ser garantido a população através da implementação de políticas públicas, promoção de acesso a todos indistintamente e prestações para redução de doenças.

Sendo assim, as normas são o gênero do qual são espécies os princípios e as regras⁵ (ALEXY, 2008, p. 87) e, nessa medida, a estrutura e o modo de aplicação dos direitos fundamentais assemelha-se aos princípios.

Entretantes, direitos fundamentais que convivem em harmonia, podem vir a gerar antinomias em determinados casos concretos, exatamente como ocorre no caso da colisão entre o direito à privacidade e a saúde. Segundo Steinmetz (2000, p.224) a colisão de direitos fundamentais é precipuamente um problema de dogmática jurídico-constitucional, trata-se de uma colisão de direitos previstos, direta ou indiretamente, na norma constitucional. E, durante vários anos permaneceu o entendimento de que para aplicação do direito aplicar-se-ia a teoria da subsunção, através da qual a premissa maior (norma), incide sobre a premissa menor (os fatos).

Diante da colisão de direitos fundamentais, tal teoria não se demonstrava suficiente para solucionar, surgindo então a técnica da ponderação, aplicável aos casos em que a técnica da subsunção mostrou-se insuficiente, e tal insuficiência revela-se no fato de que existem normas com a mesma hierarquia, mas que apresentam soluções jurídicas diferentes.

Por essa teoria, perante a colisão de dois princípios, um deles terá que ceder, o que não implica na declaração de sua invalidade. Assim, em determinados casos concretos, um dos princípios terá validade sobre o outro, pois estes têm pesos diferentes, haja vista em que os princípios que possuam maior peso terão preferência em um caso de colisão (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Salienta-se que a prevalência de um princípio sobre o outro apenas é realizada em razão das peculiaridades que abarcam determinado caso concreto, de modo que não existe uma regra acerca de qual princípio prevalecerá sobre o outro, ou em outras palavras, inexistente um critério para solução em termos abstratos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 183). Ainda segundo os mesmos autores a técnica da ponderação é fundada no princípio da proporcionalidade, que infere a exigência do sacrifício de

⁵ Acerca da distinção entre princípios e regras, vide ALEXY, 2008, p. 87-91.

um direito em prol do outro para solução do conflito e que tais direitos sejam proporcionais em sentido estrito

Em que pese ser amplamente difundida, tal teoria não é unânime na doutrina, visto que existem autores que negam a existência de conflitos normativos, como no caso dos adeptos do conceptualismo, assim como há aqueles que entendem existir conflitos normativos, mas que se deve aplicar outras teorias para solução, como a hierarquização dos elementos normativos em conflito (BARROSO, 2018, n.p.).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que as normas jurídicas foram estabelecidas pelo legislador para momentos em que há normalidade da sociedade, de maneira que em situações excepcionais, como este momento de crise sanitária, há necessidade de aplicar a técnica da ponderação de valores.

Isso porque, o conflito entre os direitos fundamentais à saúde e privacidade, face a situação emergencial, gerando a necessidade de sopesar valores, de modo que não é possível a existência de extremismos, por isso a premissa da ponderação de valores.

Por conseguinte, neste cenário, tem-se que no conflito entre um direito individual fundamental e um direito coletivo, prevalecerá o direito coletivo, já que no caso em tela é o direito à saúde pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. [livro eletrônico]. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Não paginado.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. [livro eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Não paginado.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, v. 212, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

UFJF- UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA. 2020. A proteção de dados pessoais em época de pandemia. Disponível em: <https://www2.ufjf.br/noticias/2020/05/28/a-protecao-de-dados-pessoais-em-epoca-de-pandemia/>. Acesso em: 07 set. 2020.