

O caso Israel e o Brasil É “necessário” rastrear celulares no contexto de uma pandemia?

Bernardo T.L. Bacellar
estudante de direito - UFRJ
Matheus Filipe Modesto
estudante de direito - UFRJ

A pandemia de Coronavírus (Covid-19) exigiu mobilização por parte de governos em todo o mundo, visando a conter e amenizar a nova e imprevisível doença. Para tanto, uma das principais “armas” utilizadas foi a informação, a partir da coleta e do tratamento de dados pessoais, com o intuito de administrar o contágio e o tratamento de infectados.

No mês de março, o Comitê Europeu de Proteção de Dados emitiu uma Declaração sobre o tratamento de dados pessoais no contexto da Covid-19, com o objetivo de recomendar maneiras seguras para que qualquer entidade, pública ou privada, pudesse utilizar esses dados na luta contra a doença, sob pena de ser responsabilizada por eventuais abusos.

Segundo o documento, políticas de geolocalização de celulares no contexto de emergências nacionais devem, além de seguir a legislação nacional, garantir o anonimato dos aparelhos rastreados. Isso inclui não apenas o anonimato propriamente dito, mas também a garantia de que não haverá uma quantidade suficiente de dados individuais que permitam a localização de qualquer pessoa de forma não anônima.

Por outro lado, a própria declaração admite o rastreamento “desanonimizado” daqueles diagnosticados com a Covid-19, mas apresenta algumas condições. Entre elas, está a imprescindibilidade da via legislativa para implementar a medida, bem como a exigência de verificação de sua proporcionalidade com a gravidade da situação da saúde no país¹.

Uma decisão, em particular, despertou grande atenção em meados do mês de março. O governo de Israel implementou uma política regulamentadora que pode ser considerada incisiva, ou até mesmo drástica. Com o fim de fiscalizar o cumprimento da quarentena por parte dos “infectados” e até mesmo daqueles com mera “suspeita”, permitiu-se que a polícia e o ministério da saúde rastreassem a localização de seus aparelhos celulares. Objetivando registrar

¹ Comitê Europeu de Proteção de Dados. **Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19**. Disponível em https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/linee-guida/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing_pt. Acesso em 20/07/2020.

os lugares a que tinham ido e as pessoas com quem tiveram contato, a medida israelense, curiosamente, não passou pela aprovação do “Knesset” (parlamento israelense)².

Neste sentido, o que aconteceria se uma política regulamentadora análoga ao caso israelense fosse implementada no Brasil? Haveria compatibilidade com as disposições constitucionais existentes? Ainda, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, seria possível uma lei que restringisse, ou diminuísse, o direito à privacidade em prol da proteção à saúde?

Prevalece, no Brasil, a doutrina de que os denominados “direitos fundamentais” são normas de natureza principiológica. Diferentemente das regras, que se regem pela aplicação do “tudo ou nada”, princípios podem ser “flexibilizados” diante de hipóteses normativas em conflito.

Dentro de nossa teoria constitucional, adota-se um “método” específico para a análise de tal sorte de conflito, o denominado “método da ponderação de princípios”³, que permite, diante de uma análise circunstancial, reduzir a amplitude de determinado direito fundamental em contrapartida à garantia de outros direitos também fundamentais. A análise consiste em um procedimento de três fases ou critérios, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da restrição em sentido estrito.

À luz da adequação, parece que o rastreamento proposto em Israel foi capaz de alcançar os fins que almeja, qual seja, frear o avanço da pandemia⁴. Entre epidemiologistas, há consenso de que a medida mais eficaz para conter uma patologia da natureza da Covid-19 é o isolamento social⁵. Assim, ao rastrear os celulares dos possíveis transmissores, o poder público se torna capaz não apenas de fiscalizar a quarentena destes, mas ter conhecimento dos lugares em que estiveram e até alertar aqueles com quem tiveram contato.

Por sua vez, o critério da necessidade, diante de situações concretas, levanta maiores controvérsias. Ele garante que só poderá haver restrição de um direito fundamental se alternativas mais brandas não estiverem à disposição. Em outras palavras, somente quando for estritamente necessária à garantia de um direito, pode-se adotar uma medida que mitigue outro

² Haaretz. Israeli Coronavirus Surveillance Explained: **Who's Tracking You and What Happens With the Data**. Disponível em <https://www.haaretz.com/israel-news/.premium-israeli-coronavirus-surveillance-who-s-tracking-you-and-what-happens-with-the-data-1.8685383>. Acesso em 20/07/2020.

³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2000.

⁴ Monitor do Oriente. **Israel suspende rastreamento por telefone de casos de coronavírus, afirma oficial**. Disponível em <https://www.monitorooriente.com/20200610-israel-suspende-rastreamento-por-telefone-de-casos-de-coronavirus-afirma-oficial/>. Acesso em 20/07/2020.

⁵ G1. **OMS reforça que medida de isolamento social são a melhor alternativa contra o coronavírus**. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/03/30/oms-reforca-que-medidas-de-isolamento-social-sao-a-melhor-alternativa-contr-o-coronavirus.ghtml>. Acesso em 20/07/2020.

direito fundamental. Comparativamente, uma política adotada na Inglaterra, “*test and trace*” (testar e rastrear)⁶, demonstra que medidas menos “incisivas” também podem ser eficazes no combate à Covid-19.

Por fim, resta a etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo a teoria da ponderação dos princípios, o terceiro critério estabelece que a restrição de um direito fundamental só se justifica quando for percebido benefício proporcional à restrição. Dessa forma, exigir-se-ia que a privacidade de dados pessoais no contexto de uma pandemia só fosse flexibilizada na proporção de benefícios concretos à saúde pública.

Não obstante, o método exposto também pode representar uma valoração substantiva. Direitos individuais, privacidade, sigilo de dados, direitos sociais e saúde são conceitos abertos que possuem, naturalmente, uma carga jurídica afetiva, mas não são politicamente neutros. A realização de uma atividade “metodológica” remonta a um ideal jurídico imune de razões políticas, o que, na prática, nem sempre é verdade.

Torna-se evidente, portanto, que a existência de políticas consideradas menos invasivas pode tornar inconstitucional o rastreamento não anônimo de cidadãos. Em diversos estados brasileiros, por exemplo, os governos firmaram parcerias com empresas de telefonia para realizar o rastreamento anônimo de aparelhos celulares. Contudo, diferentemente da política israelense, o objetivo foi fiscalizar e impedir a ocorrência de aglomerações, bem como de mapear a concentração de pessoas na cidade.

Como se vê, ambas as alternativas são relativizações de direitos considerados fundamentais, o da privacidade e o da proteção de dados – o último, recentemente, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal⁷. Logo, se uma política semelhante à israelense fosse adotada no Brasil, poderia não ser considerada “proporcional”, sobretudo por não ser uma medida “necessária”. Existindo ações menos intrusivas à privacidade dos brasileiros, o rastreamento não anônimo de celulares não se justificaria sob o ponto de vista constitucional.

⁶ BBC. **Coronavirus: Test and trace system will start on Thursday** Disponível em <https://www.bbc.com/news/health-52820592>. Acesso em 21/07/2020.

⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6388/DF-Distrito Federal. Relator: Min. Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166>>. Acesso em: 28 de jul. 2020; Ação direta de inconstitucionalidade nº 6390/DF – Distrito Federal. Relator: Min. Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895176>. Acesso em: 28 de jul.2020; Ação direta de inconstitucionalidade nº 6393/DF-Distrito Federal. Relator: Min. Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5896399>>. Acesso em: 28 de jul.2020; Ação direta de inconstitucionalidade nº 6387/DF-Distrito Federal. Relator: Min. Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>>. Acesso em: 28 de jul. 2020.