

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988: CONTRIBUTO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA DOGMÁTICA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Estudos em nível de Pós-Doutorado na Universidade de Munique, Alemanha; no Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social, em Munique, Alemanha, entre outros. Professor Titular e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS (PUC-RS). Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado e parecerista.

Resumo: A exemplo de outras ordens constitucionais, também a Constituição Federal brasileira de 1988 não contempla no seu texto um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, que, segundo expressiva literatura jurídica e mesmo algumas decisões jurisprudenciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, pode ser tido como implicitamente positivado. Todavia, especialmente na esfera jurisprudencial, várias questões relevantes e que dizem respeito ao conteúdo, dimensões subjetiva e objetiva, deveres de proteção conexos, titulares e destinatários, bem como o problema dos limites e restrições do direito à proteção de dados pessoais ainda carecem de maior desenvolvimento e refinamento. O que se busca no presente texto é justamente contribuir para o processo de construção de uma dogmática constitucionalmente adequada do direito à proteção de dados no Brasil.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. Direito fundamental. Constituição Federal brasileira.

Sumário: **1** Introdução – **2** O direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988 e a PEC nº 17/19 – **3** Âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais – **4** Dimensão subjetiva e objetiva e multifuncionalidade do direito à proteção de dados pessoais – **5** Titulares e destinatários do direito (e correspondentes deveres de proteção) à proteção de dados – **6** Limites e restrições – **7** Considerações finais – Referências

1 Introdução

A proteção dos dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da assim chamada sociedade tecnológica, notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática e da ampla digitalização que já assumiu um caráter onipresente e afeta todas as esferas da vida social,

econômica, política e cultural contemporânea no mundo, fenômeno comumente designado de *Ubiquitous Computing*.¹

O direito, portanto, como estrutura organizacional e normativa regulatória de tais esferas e respectivas relações, não poderia deixar de ser convocado a lidar com o fenômeno, cuja dinamicidade e complexidade, contudo, colocam cada vez mais à prova a própria capacidade das ordens jurídicas convencionais (aqui compreendidas em sentido amplo, internacional e nacional) de alcançar resultados satisfatórios, particularmente quando se trata de assegurar um mínimo de proteção efetiva aos direitos humanos e fundamentais afetados.

O avanço da digitalização (que, todavia, não se restringe ao problema da proteção de dados, como sabido), de certo modo, tem impactado não apenas o direito positivo, ou seja, a produção legislativa e normativa em geral, mas também “contaminado” a dogmática e a metodologia jurídicas, ademais de estender os seus tentáculos para os domínios da administração pública e labor dos Tribunais, os quais, cada vez mais, são compelidos a achar soluções criativas e suficientes a dar conta dos problemas concretos que lhes são submetidos.

Assim, não é à toa que já há tempos se fala em um processo de digitalização dos direitos fundamentais² (ou de uma dimensão digital dos direitos fundamentais),³ bem como de uma digitalização do próprio direito⁴ (daí se falar também de um direito digital),⁵ o que, à evidência, inclui – mas de longe não só isso! – o reconhecimento gradual, na esfera constitucional e no âmbito do direito internacional, de um direito humano e fundamental à proteção de dados, assim como de outros princípios, direitos (e deveres) conexos, mas também de uma releitura de direitos fundamentais “clássicos”.

Outrossim, nada obstante o problema da proteção dos dados não se restrinja aos dados armazenados, processados e transmitidos na esfera da informática e por meios digitais, pois em princípio ela alcança a proteção de todo e qualquer dado pessoal independentemente do local (banco de dados) e do modo pelo qual

¹ Cf., por todos, KÜHLING, Jürgen. Datenschutz und die Rolle des Rechts. In: STIFTUNG FÜR DATENSCHUTZ (Ed.). *Die Zukunft der informationellen Selbstbestimmung*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2016. p. 49.

² Nesse sentido, já há três décadas, v. ROSSNAGEL, Alexander; WEDDE, Peter; HAMMER, Volker; PORDESCH, Ulrich. *Digitalisierung der Grundrechte? Zur Verfassungsverträglichkeit der Informations- und Kommunikationstechnik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990.

³ OFFMANN, Christian; LUCH, Anika; SCHULZ, Sönke E.; BORCHERS, Kim Corinna. *Die digitale Dimension der Grundrechte*. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter. Baden-Baden: Nomos, 2015.

⁴ Cf., entre tantos, HILGENDORF, Eric; FELDLER, Jochen (Ed.). *Digitalization and the law*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

⁵ Note-se que, na literatura jurídica brasileira, a ideia de um direito digital, considerado inclusive um autêntico novo ramo do direito e da teoria e prática jurídicas, tem crescido em importância, existindo já um grande número de obras sobre o tema, seja em caráter geral, seja com foco em algum domínio específico (direito penal, civil etc.). À guisa de exemplo, v., entre tantos, LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de direito digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

é armazenado, cada vez mais os dados disponíveis são inseridos em bancos de dados informatizados. A facilidade de acesso aos dados pessoais, somada à velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante o conhecimento e o controle de informações sobre a sua vida pessoal, privada e social.⁶

É por tais razões que se pode acompanhar o entendimento de Carlos Alberto Molinaro e Gabrielle Bezerra S. Sarlet, de que a proteção de dados pessoais – e o reconhecimento de um direito fundamental correspondente –, de certo modo, “confere um novo e atual sentido à proteção da pessoa humana e da dignidade, da autonomia e das esferas de liberdade que lhes são inerentes”.⁷

A instituição, bem como a ampliação em termos quantitativos e qualitativos da proteção jurídica de dados pessoais – considerando o foco do presente texto – começou, mediante uma regulação legal (na esfera da legislação infraconstitucional) específica da matéria, no início da década de 1970, como foi o caso do estado de Hessen, de 1970, na Alemanha, aliás, a primeira legislação específica sobre o tema no mundo, embora naquela quadra não projetada para o mundo digital e não tendo caráter nacional.⁸

O reconhecimento de um direito humano e fundamental à proteção dos dados pessoais, contudo, teve de esperar ainda um tempo considerável para ser incorporado à gramática jurídico-constitucional, o que passou a se dar gradualmente, em especial a partir da década de 1980.

Nesse sentido, note-se que mesmo já no limiar da terceira década do século XXI, ainda existem Estados constitucionais nos quais um direito fundamental à proteção de dados não é reconhecido, pelo menos na condição de direito expressamente positivado na Constituição, muito embora tal direito seja, em vários casos, tido como implicitamente positivado, sem prejuízo de uma mais ou menos ampla regulação legislativa e administrativa, ademais de significativo desenvolvimento na esfera jurisprudencial.

No caso do Brasil, como se verá com maior detalhamento mais adiante, inexistente, por ora, previsão expressa de direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais na CF, nada obstante a tramitação, no Congresso Nacional, de uma proposta de emenda à Constituição (PEC nº 17/2019), com tal objetivo.

⁶ Cf. lembrem: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 379-380.

⁷ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.

⁸ Note-se que a primeira legislação federal (âmbito nacional) alemã foi editada em 1977, ainda assim, muito precoce.

À vista de tais considerações, a pergunta que se coloca, e que se pretende responder ao longo do texto, é se é possível afirmar a existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais na ordem jurídica brasileira mesmo antes de vir a ser formalmente integrado ao texto constitucional, caso isso de fato venha a ocorrer e, em sendo positiva a resposta, qual o seu conteúdo, suas funções e seus limites.

Tal questionamento, por sua vez, assume ainda maior relevo com a edição da nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil – LGPD (Lei nº 13.709/2018 mas que – ressalva a hipótese de prorrogação – deverá entrar em vigor apenas em agosto de 2020, porquanto embora tal legislação não sirva de base e justificação constitucional direta para o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, o conteúdo e o alcance da regulação legal (infraconstitucional) carece de limitação a partir do marco normativo constitucional, ainda mais levando em conta o leque de direitos fundamentais e mesmo outros bens e interesses de estatura constitucional por ela protegidos, mas também limitados.

Para que um adequado enfrentamento das questões formuladas seja possível, inicia-se com a caracterização do direito à proteção de dados pessoais como fundamental, como tal implicitamente positivado na ordem jurídico-constitucional brasileira (2), passando a analisar o seu objeto – âmbito de proteção (3), sua dimensão subjetiva e objetiva (4), seus titulares e destinatários (5) e o problema dos seus limites e restrições (6), encerrando com algumas considerações finais (7).

2 O direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988 e a PEC nº 17/19

Como já adiantado, um direito humano e fundamental autônomo na esfera do direito constitucional positivo e do direito internacional dos direitos humanos ainda não é de longe onipresente nos textos de boa parte das constituições (em especial as mais antigas) e dos tratados internacionais de direitos humanos.

No nível do direito internacional público, tanto no âmbito do sistema universal de proteção da ONU, quanto na esfera do direito europeu, um direito à proteção de dados tem sido deduzido em especial do direito à privacidade, embora com este não se confunda. Nesse sentido, a orientação adotada pela Comissão da ONU para Direitos Humanos, interpretando o alcance do art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim como a jurisprudência da Corte Europeia de

Direitos Humanos (CEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), forte no art. 8º da Convenção Europeia.⁹

Foi somente na Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (1981),¹⁰ comumente intitulada de Convenção de Estrasburgo, bem como, quase vinte anos mais tarde, no art. 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE), do ano 2000 –¹¹ que o direito à proteção de dados finalmente alçou à condição de direito fundamental de natureza autônoma, mas vinculando, como tal, apenas os estados integrantes da União Europeia, o que se deu apenas com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009.¹²

No caso do Brasil, como já antecipado, a Constituição Federal de 1988 (CF), embora faça referência, no art. 5º, XII, ao sigilo das comunicações de dados (além do sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas), não contempla expressamente um direito fundamental à proteção e livre disposição dos dados pelo seu respectivo titular, sendo o reconhecimento de tal direito algo ainda relativamente recente na ordem jurídica brasileira.

A proteção dos dados pessoais, por outro lado – para além da referência ao sigilo da comunicação de dados – também encontra salvaguarda parcial e indireta mediante a previsão da ação de *habeas data* (art. 5º, LXXII, da CF), ação constitucional, com *status* de direito-garantia fundamental autônomo, que precisamente busca assegurar ao indivíduo o conhecimento e mesmo a possibilidade de buscar a retificação de dados constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ao mesmo tempo em que se trata de uma garantia procedimental do exercício da autodeterminação informacional.¹³

Com relação ao sigilo da comunicação de dados, contudo, há que ter cautela, razão pela qual se impõe o registro, com base na lição de Danilo Doneda, de que não se trata, neste caso, do direito à proteção de dados pessoais em si nem de

⁹ Cf., por todos, CHIEDERMAIR, Stephanie. Einleitung. In: SIMITIS, Spiros; HÖRNUNG, Gerrit; SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra (Coord.). *Datenschutzrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 201.

¹⁰ CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981*. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹¹ PARLAMENTO EUROPEU. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹² DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹³ MENDES, Laura Schertel. Habeas Data e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

seu fundamento direto. Para melhor compreensão da assertiva, valemo-nos aqui da própria fala do autor:

[Se,] por um lado, a privacidade é encarada como um direito fundamental, as informações pessoais em si parecem, a uma parte da doutrina, serem protegidas somente em relação à sua “comunicação”, conforme art. 5, XII, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados. Tal interpretação traz consigo o risco de sugerir uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais. Nesse sentido, uma decisão do STF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu expressamente a inexistência de uma garantia de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador com fulcro em garantias constitucionais...O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade.... Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica... A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho... A decisão tem sido, desde então, constantemente mencionada como precedente em julgados nos quais o STF identifica que a natureza fundamental da proteção aos dados está restrita ao momento de sua comunicação.¹⁴

À míngua, portanto, de expressa previsão de tal direito, pelo menos na condição de direito fundamental explicitamente autônomo, no texto da CF, e a exemplo do que ocorreu em outras ordens constitucionais, o direito à proteção dos dados pessoais pode (e mesmo deve!) ser associado e reconduzido a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental (também implicitamente positivado) ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade mais relevantes no contexto, quais sejam – aqui nos termos da CF – os direitos à privacidade e à intimidade,¹⁵ no sentido do que alguns também chamam de uma “intimidade informática”.¹⁶

¹⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 262.

¹⁵ Cf. por todos DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁶ Cf., por exemplo, entre nós, SAMPAIO, José Adércio Leite. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531 e ss.

Mas, possivelmente, o fundamento constitucional direto mais próximo de um direito fundamental à proteção de dados seja mesmo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, radicado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, o qual também assume a condição de uma cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana,¹⁷ que, de acordo com tradição jurídica já consolidada no direito constitucional estrangeiro e no direito internacional (universal e regional) dos direitos humanos, inclui o (mas não se limita ao!) direito à livre disposição sobre os dados pessoais, o assim designado direito à livre autodeterminação informativa.¹⁸

À vista do exposto e como ponto de partida para os desenvolvimentos supervenientes, há, pois, como aderir ao entendimento – hoje consagrado na literatura jurídica brasileira – de que, mediante uma leitura harmônica e sistemática do texto constitucional, a CF consagrou um direito fundamental implicitamente positivado à proteção de dados pessoais.¹⁹

Ainda nesse contexto, embora ainda em fase de deliberação no Congresso Nacional, não há como deixar de destacar a proposta de inserção, tal como previsto na PEC nº 17/2019,²⁰ de um direito fundamental à proteção de dados pessoais no catálogo constitucional de direitos, mediante a inclusão de um inc. XII-A no art. 5º, e o inc. XXX no art. 22, estabelecendo, neste último caso, a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Especificamente no concernente ao direito fundamental à proteção de dados, calha sublinhar que, a prevalecer a redação atual prevista no texto da PEC nº 17/19, aprovada na Câmara dos Deputados e que modificou a versão oriunda do Senado Federal, que acrescia um inc. XII-A ao art. 5º sem alterar a redação original do inc. II, passará a ter o seguinte enunciado, inserindo o novo (?) direito no próprio texto do referido dispositivo:

Art. 5º [...]

¹⁷ Cf. por todos, PINTO, Paulo Mota. *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*. Coimbra: Gestlegal, 2018, em especial, p. 33 e ss.

¹⁸ PINTO, Paulo Mota. *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*. Coimbra: Gestlegal, 2018. p. 642 e ss.

¹⁹ Cf., em especial, o já referido DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, mas também, na sequência, entre outros, LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. *O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. Direito, Estado Sociedade*, n. 36, jan./jun. 2010; MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013; BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 90 e ss.

²⁰ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 15 nov. 2019.

XII - é inviolável o sigilo da 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 como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; [...] (NR).

Outrossim, independentemente de aqui se aprofundar a discussão sobre conveniência, necessidade e bondade intrínsecas de uma consagração textual de um direito fundamental autônomo à proteção de dados na CF, ou mesmo adentrar a querela sobre se tratar, ou não, de um direito “novo”, o fato é que cerramos aqui fileiras com os que saúdam como benfazeja tal medida.

Mesmo que se possa, como já tem sido o caso, reconhecer a proteção de dados como um direito fundamental implícito, daí extraindo todas as consequências atinentes à tal condição, o fato é que sua positivação formal, em sendo o caso, carrega consigo uma carga positiva adicional, ou seja, agrega (ou, ao menos, assim o deveria) valor positivo substancial em relação ao atual estado da arte no Brasil.

Entre as razões que aqui poderiam ser colacionadas, destacam-se:

- a) a despeito das interseções e articulações com outros direitos, fica assegurada à proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção próprio;
- b) ao direito à proteção de dados passa a ser atribuído de modo inquestionável o pleno regime jurídico-constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal já consagradas no texto da CF, bem como na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira, ou seja:
 - 1) como parte integrante da Constituição formal, os direitos fundamentais possuem *status* normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional;
 - 2) na condição de direito fundamental, assume a condição de limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os assim chamados limites formais, circunstanciais e temporais, nos termos do art. 60, §§1º a 4º, da CF;
 - 3) também as normas relativas ao direito à proteção de dados são – nos termos do art. 5º, §1º, CF – dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam todos os atores públicos, bem como – sopesadas as devidas ressalvas, consoante será tratado em tópico específico – os atores privados.

Acrescente-se, outrossim, que, a teor do art. 5º, §§2º e 3º, CF, o marco normativo que concretiza e formata o âmbito de proteção e as funções e dimensões do direito (fundamental) à proteção de dados, é também integrado – embora tal circunstância seja usualmente negligenciada – pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil –, destacando-se, para o efeito da compreensão adequada e manejo correto em nível doméstico – a Convenção Americana de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incluindo a sua interpretação pelas instâncias judiciárias e não judiciárias respectivas.

Tal fato assume uma dimensão particularmente relevante, à vista do atual posicionamento do STF sobre o tema, dada a atribuição, aos tratados de direitos humanos devidamente ratificados, hierarquia normativa supralegal, de modo que, ao menos assim o deveria ser, o marco normativo nacional infraconstitucional não apenas deve guardar consistência formal e material com a CF, mas também estar de acordo com os parâmetros de tais documentos internacionais, sendo passível do que se tem designado de um controle jurisdicional de convencionalidade. Além disso, convém lembrar que em se cuidando de tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito agravado previsto no §3º do art. 5º da CF o seu valor normativo na esfera nacional será equivalente ao das emendas constitucionais.

Nesse contexto, embora não exista (ainda) tratado internacional de direitos humanos específico sobre proteção de dados (ou mesmo tratado geral com referência direta e expressa a um direito humano correspondente) ratificado mediante tal procedimento, o fato é que tal circunstância não tem levado a um isolamento político-legislativo-jurídico do Brasil nessa matéria, do que dá conta, em caráter ilustrativo, a substancial recepção, pela nova LGPDB, do Regulamento Geral Europeu, mas também, na esfera doutrinária e jurisprudencial, de parâmetros dogmáticos e interpretativos, como é o caso, já referido, de um direito à autodeterminação informativa, entre tantos exemplos que poderiam ser colacionados.

Para encerrar essa primeira etapa do texto e dada a sua relevância não apenas para a compreensão do conteúdo e alcance do direito fundamental à proteção de dados na CF, mas também para efeitos de seu diálogo com a legislação, jurisprudência e mesmo doutrina sobre o tema, importa sublinhar que diversos diplomas legais em vigor já dispõem sobre aspectos relevantes da proteção de dados, destacando-se aqui a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e o assim chamado Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e o respectivo decreto que o regulamentou (Decreto nº 8.771/2016), mas especialmente a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 2018), que ainda se encontra na fase da *vacatio legis*, e que, salvo causa superveniente, deverá entrar em vigor, na sua plenitude, em agosto de 2020.

Assim, uma compreensão/interpretação/aplicação constitucionalmente adequada do direito fundamental à proteção de dados deverá sempre ser pautada por uma perspectiva sistemática, que, a despeito do caráter autônomo (sempre parcial), desse direito, não pode prescindir do diálogo e da interação (por vezes marcada por concorrências, tensões e colisões) com outros princípios e direitos fundamentais, que, entre outros pontos a considerar, auxiliam a determinar o seu âmbito de proteção, inclusive mediante o estabelecimento de limites diretos e indiretos.

Outrossim, o que é de particular relevância no caso brasileiro – justamente pela existência, além da nova LGDPB, de outras leis que versam sobre o tema – é ter sempre presente a necessidade de não apenas zelar pela consistência constitucional do marco normativo infraconstitucional no tocante aos diplomas legais isoladamente considerados, mas também de promover sua integração e harmonização produtiva, de modo a superar eventuais contradições e assegurar ao direito fundamental à proteção de dados, sua máxima eficácia e efetividade.

3 Âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais

3.1 Para além da privacidade e da autodeterminação informativa

Como de certo modo já adiantado no segmento anterior, o conteúdo (no sentido do âmbito de proteção normativo) de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, embora fortemente articulado com o princípio da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais, em especial o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e alguns direitos especiais de personalidade, como é o caso, entre outros, do direito à privacidade e do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não se confunde com o do objeto da proteção de tais direitos.

É por tal razão, aliás, que a própria opção terminológica pela proteção de dados pessoais assume uma importância que vai muito além da mera novidade representada pela terminologia em si, porquanto, radica numa viragem concepcional, visto que parte do pressuposto de que dados, para efeitos de sua proteção jurídico-constitucional, devem ser compreendidos em sentido amplo, no sentido da inexistência de dados pessoais irrelevantes ante o processamento eletrônico na sociedade de informação, notadamente pelo fato de que, sendo os

dados projeções da personalidade, o seu tratamento, seja qual for, potencialmente pode violar direitos fundamentais.²¹

De todo modo, a compreensão do âmbito de proteção de um direito fundamental à proteção de dados pessoais envolve sempre um contraste com o de outros direitos, destacando-se, nesse contexto, o direito à privacidade e o direito à autodeterminação informativa, os quais, por seu turno, embora também autônomos entre si, apresentam zonas de contato importantes.

Pela sua relevância para o desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais, calha retomar, em rápidas pinceladas, o caso da Alemanha, porquanto é lá que se costuma situar o reconhecimento, pela primeira vez, do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não no texto constitucional, mas por conta de paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal, de 15.12.1983, sobre a constitucionalidade de aspectos da lei do censo aprovada pelo Parlamento Federal, cuja realização foi suspensa liminarmente pela Corte em 13.4.1983, apesar da existência de decisões anteriores envolvendo, ao fim e ao cabo, a proteção de dados pessoais.²²

Na sua multicitada decisão, o Tribunal Constitucional Federal alemão, contudo, não reconheceu diretamente um direito fundamental à proteção de dados pessoais, mas, sim, deduziu, numa leitura conjugada do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito fundamental implícito à autodeterminação informativa, que, consiste, em suma e de acordo com o Tribunal, na prerrogativa de cada indivíduo de decidir em princípio e substancialmente sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais.²³

O próprio Tribunal Constitucional, contudo, na mesma decisão, alertou para o fato de que o direito à autodeterminação informativa não assegura a cada cidadão um controle absoluto sobre os seus dados, visto que, dada a inserção e responsabilidade comunitária e social do ser humano, este deve tolerar eventuais limitações do direito quando em prol do interesse geral.²⁴

De acordo com Hans-Peter Bull, primeiro encarregado da agência federal de proteção de dados alemã, o cerne moral e político das preocupações do Tribunal

²¹ Cf., por todos, MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov./dez. 2018, p. 22. Para maior desenvolvimento, v., em especial, BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 59 e ss.

²² Aqui costuma ser referida, entre outras, decisão de 16.7.1969 ("Mikrozensus-Entscheidung"), na qual o Tribunal Constitucional assentou que a Lei Fundamental proíbe que o ser humano tenha sua inteira personalidade registrada e catalogada compulsoriamente (v. *BVerfGE* 27, p. 6).

²³ Cf., *BVerfGE* 65, p. 42 e ss.

²⁴ Cf. *BVerfGE* 65, p. 44.

Constitucional foi (e é) o da garantia da liberdade dos cidadãos em face da repressão por parte do Estado, de modo que a argumentação deduzida na decisão foi orientada de acordo com o objetivo da proteção da liberdade de ação do ser humano, sendo a transparência da coleta de informações um meio para alcançar tal finalidade.²⁵

Na condição de direito de defesa (direito à não intervenção arbitrária), o direito à autodeterminação informativa consiste em um direito individual de decisão, cujo objeto (da decisão) são dados e informações relacionados a determinada pessoa-indivíduo.²⁶

A relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é, em certo sentido, dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima é indispensável.

Não há sobreposição, contudo, entre autodeterminação informativa e proteção de dados, nem privacidade e outros direitos de personalidade. Isso já se dá – mas não exclusivamente – pelo fato de o direito à autodeterminação informativa apresentar uma dupla dimensão individual e coletiva, no sentido de que garantida constitucionalmente não é apenas (embora possa ser, como direito subjetivo individual, o mais importante) a possibilidade de cada um decidir sobre acesso, uso e difusão dos seus dados pessoais, mas também – e aqui a dimensão metaindividual (coletiva) – se trata de destacar que a autodeterminação informativa constitui precondição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, nessa medida, de uma concepção de privacidade individualista e mesmo isolacionista à feição de um direito a estar só (*right to be alone*).²⁷

Dito de outro modo, “a proteção de dados é, enquanto proteção de direitos fundamentais, espinha dorsal de uma democracia liberal”.²⁸

²⁵ Sobre a dedução interpretativa do direito pelo Tribunal Constitucional, v., por todos, a síntese de BULL, Hans-Peter. *Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 29 e ss.

²⁶ Cf. ALBERS, Marion. Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten. In: HOFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andrea (Coord.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2012. v. 2. p. 146-47.

²⁷ Cf. HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The populational census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, issue 1, 2009. p. 85-86.

²⁸ Cf. SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. *Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen* (1. Referat). VVDStRL. Berlin: De Gruyter, 2018. v. 77. p. 55-56.

No concernente às suas interfaces com o direito à privacidade, também inexistente, como já adiantado, superposição completa dos respectivos âmbitos de proteção. Proteção de dados pessoais e, da mesma forma, autodeterminação informativa, vão além da privacidade e de sua proteção, ao menos no sentido tradicional do termo, caracterizado por uma lógica de “recolhimento” e “exposição”.²⁹

Nessa perspectiva, é crucial que se tenha presente que, embora a proteção de dados tenha sido deduzida (associada), em diversos casos, do direito à privacidade (v.g., nos EUA, o conceito de *informational privacy*) ou, pelo menos, também do direito à privacidade, como no caso da Convenção Europeia de Direitos Humanos (nos termos da exegese do art. 8º levada a efeito pela CEDH), o fato é que o objeto (âmbito de proteção) do direito à proteção de dados pessoais é mais amplo, porquanto, com base num conceito ampliado de informação, abarca todos os dados que dizem respeito a determinada pessoa natural, sendo irrelevante à qual esfera da vida pessoal se referem (íntima, privada, familiar, social), descabida qualquer tentativa de delimitação temática.³⁰

O que se pode afirmar, sem temor de incorrer em erro, é que seja na literatura jurídica, seja na legislação e jurisprudência, o direito à proteção de dados vai além da tutela da privacidade, cuidando-se, de tal sorte, de um direito fundamental autônomo, diretamente vinculado à proteção da personalidade. Aliás, não é à toa que Bruno Ricardo Bioni alertou para o fato de que o entendimento, hoje amplamente superado, de que o direito fundamental à proteção de dados consiste em mera evolução do direito à privacidade, é uma “construção dogmática falha”.³¹

3.2 Proteção de dados pessoais

Nada obstante parte da doutrina, a prática jurídica e mesmo a legislação cotidianamente desconsiderarem tal circunstância, é, todavia, imperioso ter presente a diferença entre os termos (e conceitos) “informação” e “dados”, ainda que para efeitos da proteção de dados as duas noções sejam interligadas.³²

²⁹ RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. *Direito, Estado Sociedade*, n. 36, jan./jun. 2010. p. 189.

³⁰ Cf., por todos, KARG, Moritz. Artikel 4, Nr. 1. In: SIMITIS, Spiros; HORNUNG; Gerrit; SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. *Datenschutzgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 287-290.

³¹ Cf. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 95.

³² Cf. SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. O direito à proteção de dados na internet em casos de colisão. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 12, n. 38, p. 17-33, jan./jun. 2018.

Considerando que a definição corrente e legalmente consagrada de dados pessoais – cuja consistência constitucional não tem sido objeto de relevante contestação – é a de “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I, LGPDB), conceito praticado também pelo RGPDE (art. 4º, nº 1), eventual distinção entre dados e informações parece não ser relevante do ponto de vista de sua proteção jurídico-constitucional, porquanto o que importa, ao fim e ao cabo, seria então a configuração dos requisitos legais referidos e não a forma mediante a qual se corporifica uma determinada informação.³³

Isso, contudo, não significa que dados e informações sejam de fato a mesma coisa, inclusive pelo fato de nem todas as informações assumirem a condição de dados, até mesmo para a aplicação da respectiva legislação.³⁴ Como bem lembra Marion Albers:

os conceitos de “dados” e “informação” são definidos de maneiras multifárias e dependentes da respectiva disciplina. No contexto (social) da proteção de dados, é ao menos importante dar-se conta de que dados e informação não são sinônimos. Esses termos devem, pelo contrário, ser diferenciados rigorosamente.³⁵

Aliás, há quem diga mesmo que não há como dispensar uma diferenciação entre informações e dados.³⁶

Apenas para não deixar de referir tal circunstância, sabe-se que o conceito (definição) de informação é altamente variável a depender do contexto (*v.g.*, sociedade da informação, ciências da informação, tecnologias da informação, liberdade de informação etc.), da área do conhecimento ao qual se refere, entre outros fatores, existindo, ademais disso, diversos critérios para uma definição, inclusive possibilidades de definição legal não necessariamente uniformes.³⁷

Assim, sendo inviável explorar esse tópico, importa assumir uma posição em termos de acordo semântico sobre o que se entende por dados e por informações.

³³ Cf. KARG, Moritz. Artikel 4, Nr. 1. In: SIMITIS, Spiros; HORNUNG; Gerrit; SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. *Datenschutzgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 286-87.

³⁴ Cf., v.f. VESTING, Thomas. §20 Information und Kommunikation. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andreas (Coord.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. München: C.H. Beck, 2012. v. 2. p. 9 e ss.

³⁵ Cf. ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 10, n. 35, jul./dez. 2016.

³⁶ Nesse sentido, ALBERS, Marion. Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andrea (Coord.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2012. v. 2. p. 114.

³⁷ Cf. INGOLD, Albert. *Desinformationsrecht: Verfassungsrechtliche Vorgaben für Staatliche Desinformationstätigkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 21-22.

Para tanto, iniciamos colacionando a definição de dados proposta por Wolfgang Hoffmann-Riem:

Os dados na literatura teórica são entendidos como sinais ou símbolos para mensagens que podem ser formalizadas e (aleatoriamente) reproduzidas e facilmente transportadas por meio de meios técnicos adequados. Os dados, enquanto tais, não têm significado. No entanto, podem ser portadores de informação, nomeadamente “informação codificada”. O significado é-lhes atribuído quando estão envolvidos num processo de comunicação de informação por um remetente e de geração e informação pelo destinatário, ou seja, quando se tornam objeto de comunicação. Esta comunicação pode ocorrer entre humanos, mas também entre humanos e máquinas ou entre máquinas.³⁸

De modo a deixar mais clara a diferença entre ambas as figuras, aciona-se a lição de Thomas Vesting (em parte também acolhida e referida por Hoffmann-Riem), no sentido de que dados são “sinais” ou “símbolos” não interpretados, que, assim como os números, têm natureza formalizada, podendo ser reproduzidos e transmitidos mediante determinados procedimentos – razão pela qual computadores leem dados –, de tal sorte que dados dependem de um meio técnico, portanto, físico, e não apenas assumem forma semântica, que se distingue da informação por eles processada.³⁹

Marion Albers, por sua vez, destaca que os dados em si mesmos não são significativos, mas apenas na condição de “informação em potencial”, porquanto o seu conteúdo informacional não constitui um atributo intrínseco. Informações sempre implicam sentido e podem se basear em dados ou em observações ou comunicações, mas os dados apenas adquirem sentido quando interpretados e explicados por quem os recebe ou usa para obter informação.⁴⁰

Ainda nessa quadra, importa sublinhar, no que diz com informações, que estas não se encontram materializadas na forma de dados (coletadas, processadas, transmitidas como tais), elas encontram proteção mediante associação ao âmbito de proteção de outros direitos fundamentais, como é o caso, em especial, dos

³⁸ Cf. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Coord.). *Big Data – Regulative Herausforderungen*. Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 16.

³⁹ Cf. VESTING, Thomas. §20 Information und Kommunikation. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHL, Andreas (Coord.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. München: C.H. Beck, 2012. v. 2. p. 9-11.

⁴⁰ ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 10, n. 35, jul./dez. 2016.

direitos à privacidade e à imagem, que, também por isso, possuem caráter autônomo.⁴¹

De volta ao conceito de dados pessoais, que constituem o objeto dos deveres de proteção estatais e das posições subjetivas dos indivíduos, verificou-se que se trata de uma definição delegada, ainda que implicitamente, ao legislador infraconstitucional e, ao fim e ao cabo, também aos órgãos regulatórios em geral e ao Poder Judiciário. O que importa, portanto, é que a definição legal seja constitucionalmente consistente e não desborde de sua finalidade.

Como já adiantado, tanto a nova LGPDB quanto o RGPDE (e, por via de consequência, nos ordenamentos jurídicos de todos os Estados da União Europeia) definem dados pessoais como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I, LGPDB e art. 4, nº 1, RGPDE), o que aqui se retoma para o efeito de destacar a necessidade de avançar no detalhamento da definição e de seu alcance, visto que o texto legal também fornece dados para a delimitação do destinatário da proteção (sujeito ativo do direito à proteção de dados), ademais da relativa abertura – ainda que assim não o pareça, numa primeira mirada – das expressões “identificada”, mas especialmente “identificável”.

4 Dimensão subjetiva e objetiva e multifuncionalidade do direito à proteção de dados pessoais

4.1 O direito à proteção de dados pessoais como direito subjetivo

Assim como se dá com os direitos fundamentais em geral, também o direito à proteção de dados pessoais apresenta uma dupla dimensão subjetiva e objetiva, cumprindo uma multiplicidade de funções na ordem jurídico-constitucional. Na sua condição de direito subjetivo e considerado como um direito em sentido amplo, o direito à proteção de dados pessoais se decodifica em um conjunto heterogêneo de posições subjetivas de natureza defensiva (negativa), mas também assume a condição de direito a prestações, cujo objeto consiste em uma atuação do estado mediante a disponibilização de prestações de natureza fática ou normativa.⁴²

⁴¹ Cf. LORENZ, Dieter. Art. 2 Abs 1 GG. In: KAHL, Wolfgang; WALDHOFF, Christian; WALTER, Christian (Coord.). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008. v. 2. p. 141.

⁴² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 288.

Ainda em sede preliminar, é de se observar que, nada obstante a circunstância de que o direito à proteção de dados pessoais guarda relação direta (mas, como já adiantado, não se confunde) com um direito à autodeterminação informativa – que, de todo modo, é um dos esteios e elementos centrais da proteção de dados – na sua condição de direito subjetivo, o catálogo de posições jusfundamentais que encerra é bastante diversificado.

Nesse contexto, para melhor e mais rápida compreensão, calha lançar mão do rol de posições jurídicas subjetivas diretamente inspirado – mas não exatamente igual – em Gomes Canotilho e Vital Moreira, o qual, a despeito de eventuais diferenças de uma ordem jurídica para outra, se mostra perfeitamente compatível com o direito constitucional e infraconstitucional positivo brasileiro, assegurando uma proteção que dê conta de todas as dimensões que envolvem coleta, armazenamento, tratamento, utilização e transmissão de dados pessoais:

- a) o direito ao acesso e ao conhecimento dos dados pessoais existentes em registros (bancos de dados) públicos ou privados;
- b) o direito ao não conhecimento, tratamento, utilização e difusão de determinados dados pessoais pelo Estado ou por terceiros, aqui incluído um direito de sigilo quanto aos dados pessoais;
- c) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados;
- d) o direito ao conhecimento da finalidade da coleta e da eventual utilização dos dados;
- e) o direito à retificação e, a depender do caso, à exclusão de dados pessoais armazenados em bancos de dados.⁴³

Note-se, ainda, que embora o direito à proteção de dados pessoais, como direito fundamental que é, tenha esteio na Constituição, não há, no texto constitucional brasileiro (ao menos por ora) qualquer referência direta a posições jurídico-subjetivas específicas que possam estar albergadas por seu âmbito de proteção, o que, todavia, não quer dizer que não encontrem fundamento constitucional implícito.

De qualquer sorte, também no Brasil – e independentemente da incorporação de um direito à proteção de dados pessoais à CF – é na legislação infraconstitucional que foram especificados os direitos do titular da proteção, como dá conta o leque contido nos arts. 17 e 18 da LGPD, que, contudo, deve ser compreendido e aplicado em sintonia e conformidade com a CF, a normativa internacional e outros

⁴³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 551 e ss.

diplomas legais, como é o caso, por exemplo (e em especial) da Lei de Acesso à Informação e da Lei do Marco Civil da Internet.

Já mediante uma simples leitura do catálogo que segue, enunciado nos arts. 17 e 18 da LGPD, é possível perceber que em grande medida as posições jurídicas subjetivas (direitos) atribuídas ao titular dos dados pessoais objeto da proteção legal, que concretiza e delimita, em parte, o próprio âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados, coincidem com o rol de posições jurídico-constitucionais diretamente e habitualmente associadas à dupla função de tal direito como direito negativo (defesa) e positivo (a prestações).

Para tanto, segue a transcrição do catálogo legal referido, contido no capítulo III da LGPD – “Dos direitos do titular”:⁴⁴

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e de privacidade, nos termos desta lei.

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - revogação do consentimento, nos termos do §5º do art. 8º desta Lei. [...]

⁴⁴ Convém alertar que não se está a transcrever todos os dispositivos contidos no capítulo III da LGPD, mas, sim, os artigos que enunciam as posições jurídicas (direitos) propriamente ditos dos titulares dos dados pessoais.

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

Art. 21. Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo.

Art. 22. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em Juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.

Note-se, ainda, que a lista de posições jurídicas *supra* não tem caráter taxativo, não excluindo, portanto, outras possibilidades, mesmo que não expressamente positivadas na Constituição ou num diploma legal. Outrossim, é possível perceber uma considerável simetria entre o catálogo de direitos do usuário da LGPDB e do RGPDE (art. 17), de tal sorte que as diferenças em regra se limitam a variações terminológicas, no sentido de maior ou menor precisão da nomenclatura utilizada.

Todavia, existe, como já referido, espaço para o reconhecimento de outras posições jurídicas, como se dá, em caráter ilustrativo, com o assim chamado direito ao esquecimento. Neste caso, embora algumas de suas expressões (no sentido de instrumentos de efetivação) se encontrem especificadas nos textos legais colacionados (*v.g.* os direitos ao apagamento, retificação), outras carecem de acolhimento pelas instâncias legiferantes, pelo Poder Judiciário ou mesmo pelos próprios atores da internet, mediante autorregulação. Nesse contexto, o melhor exemplo talvez seja o de um direito à desindexação relativamente aos provedores de pesquisa na internet, que, a despeito da controvérsia que grassa em torno do tema, tem sido objeto de reconhecimento em diversas decisões judiciais, sejam de tribunais nacionais, seja no plano supranacional, como é o caso do TJUE (caso “Google”, 2014).⁴⁵

De outra parte, calha referir, visto corresponder a uma espécie de “tradição” na esfera da prática legislativa brasileira, que também a LGPDB, como se verifica mediante um breve olhar sobre o catálogo de direitos apresentado, acabou reproduzindo direitos já consagrados expressamente na CF e que, em virtude disso e por serem dotados de aplicabilidade imediata, não precisariam constar na

⁴⁵ Sobre o direito ao esquecimento no Brasil e no direito estrangeiro e internacional, remetemos, em língua portuguesa, a SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

esfera infraconstitucional, como é o caso dos direitos de liberdade, intimidade e privacidade (art. 17) e de acesso à Justiça (art. 22).

4.2 A dimensão objetiva: deveres de proteção e de organização e procedimento

O “descobrimento” e o desenvolvimento da assim chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais – como já é de amplo conhecimento – podem ser reconduzidos ao labor da doutrina e da jurisprudência constitucional alemãs, notadamente a partir da década de 1950, ainda que as bases de tal concepção possam ser encontradas já no período de Weimar. Nesse contexto, sempre é recordada a paradigmática afirmação do Tribunal Constitucional Federal, no sentido de que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.⁴⁶

Todavia, também convém lembrar que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não representa um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva, mas sim, significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva⁴⁷ e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.⁴⁸

Entre tais funções e conteúdos normativos, três são particularmente relevantes em virtude do seu impacto no campo da proteção dos direitos fundamentais, inclusive e mesmo prioritariamente na sua condição de direitos subjetivos.

A primeira – embora as críticas endereçadas especialmente à terminologia utilizada – diz com o assim chamado efeito (eficácia irradiante – *Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que esses, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para

⁴⁶ Cf. *BVerfGE* 7, 198/204 e ss., posteriormente objeto de ratificação em outras decisões (por ex., *BVerfGE* 49, 89/141 e ss.).

⁴⁷ Cf., entre tantos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 143.

⁴⁸ Neste sentido, por exemplo, DREIER, Horst. *Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte*. *JURA*, 1994. p. 509.

a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.⁴⁹

Associado a tal efeito, encontra-se o assim chamado fenômeno da constitucionalização do direito, incluindo o direito privado, assim como a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também abordada sob a denominação de eficácia horizontal, ou *Drittwirkung* (eficácia em relação a terceiros).

Nesse contexto, é de sublinhar que a ideia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e será abordada logo mais adiante, na parte relativa aos destinatários dos direitos fundamentais.

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados.⁵⁰

Assim, se é correto – como leciona Dieter Grimm – que os deveres de proteção, por exigirem intervenções por parte dos órgãos estatais – resultam em restrições de direitos, acarretando, nesta perspectiva, uma redução do âmbito de liberdade individual, tais restrições, vinculadas precisamente à necessidade de proteção de bens fundamentais (além de sujeitas, convém acrescentar, ao regime dos limites dos direitos fundamentais, nomeadamente, o respeito às exigências da proporcionalidade e da garantia do núcleo essencial), têm sempre por escopo

⁴⁹ V., entre outros, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 11. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. p. 23. No direito lusitano estes efeitos da dimensão objetiva encontram-se arrolados de forma clara e didática na obra de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 168-169, que, neste contexto, além da necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, aponta, ainda, para a existência de uma obrigação geral de respeito vigente também na esfera privada e que identifica como um efeito externo deles. Neste sentido, entendemos que este dever geral de respeito tanto diz respeito à necessidade de uma hermenêutica vinculada aos direitos fundamentais, quanto à problemática de sua eficácia privada.

⁵⁰ A este respeito, v., entre outros, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. p. 155.

a maximização dos direitos fundamentais, visto que as restrições objetivam, no plano geral, mais proteção da liberdade e dos direitos fundamentais das pessoas no âmbito da comunidade estatal.⁵¹ Assim, os deveres de proteção não constituem – na dicção de Gomes Canotilho – “um simples dever de acção do Estado para proteger bens ou promover fins constitucionais, mas de um dever de acção para ‘segurar’ direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais”.⁵²

Importa agregar, outrossim, que uma das peculiaridades dos deveres de proteção reside no fato de que são múltiplos os modos de sua realização, que pode se dar, por meio de normas penais, do estabelecimento da responsabilidade civil, de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos.⁵³ Por outro lado, a forma como o Estado assume os seus deveres de proteção e os efetiva permanece, em primeira linha, no âmbito de seu próprio arbítrio, levando-se em conta, nesse contexto, a existência de diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração de interesses colidentes e a necessidade de estabelecer prioridades, de tal sorte que não se poderia, em princípio, falar de um dever específico de agir por parte do Estado.⁵⁴

Como último importante desdobramento da perspectiva objetiva – a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento.⁵⁵ Nesse contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais,

⁵¹ Cf. GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZANETO, C. P.; SARMENTO, D. *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 160.

⁵² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. II. p. 113.

⁵³ Cf., novamente, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1994. p. 410. Inobstante já tenha sido anunciada em decisões anteriores, a problemática do reconhecimento de deveres de proteção por parte do Estado foi objeto de formulação mais exaustiva na paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre a descriminação do aborto (Abtreibungsurteil: *BVerfGE* 39,1), na qual, com base no direito à vida (art. 2, inc. II, da Lei Fundamental), foi deduzida uma obrigação do Estado no sentido de proteger a vida humana em geral, incluindo a vida em formação, independentemente da possibilidade de o nascituro ser ele próprio titular de direitos fundamentais, revelando, neste contexto, o desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Neste sentido, cf. STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: KIRCHHOF, J. Isensee-P. (Coord.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1992. v. 5. p. 80.

⁵⁴ Neste sentido, representando a posição majoritária na doutrina, as lições de MANSSEN, Gerrit. *Staatsrecht I Grundrechtsdogmatik*. München: Verlag Franz Vahlen, 1995. p. 18, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 11. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. p. 27, bem como de HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. p. 156.

⁵⁵ Neste sentido, entre tantos, JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Kommentar. 13. Auf. München: C. H. Beck, 2014. p. 20.

organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.⁵⁶

Tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispendo sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela criação de órgãos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.⁵⁷ Para além desta constatação, foi feita oportuna referência na doutrina para a necessidade de um procedimento ordenado e justo para a efetivação ou garantia eficaz dos direitos fundamentais.⁵⁸

Ainda no que diz com a perspectiva procedimental (de que a proteção dos direitos fundamentais depende de estruturas organizacionais e de procedimentos adequados), há que sublinhar a necessidade de utilização e otimização de técnicas processuais que assegurem, com o maior nível possível de eficácia, a proteção dos direitos fundamentais, o que, dada a natureza/função dos direitos e das circunstâncias que envolvem a sua incidência em casos concretos, pode implicar técnicas distintas para direitos distintos mas também técnicas diversas para a proteção do mesmo direito fundamental.⁵⁹

Que isso se revela particularmente importante para o caso do direito à proteção de dados pessoais não é difícil perceber desde logo, posto que – dado o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação – o desafio da efetividade dos direitos, inclusive e em especial dos mecanismos convencionais para a sua realização (direito sancionatório, processo judicial e a eficácia de suas decisões etc.) é imenso, questão que aqui, contudo, não temos como desenvolver, bastando relembrar aqui, em caráter ilustrativo, o fenômeno da onipresença da digitalização e de seu impacto sobre os direitos de personalidade, o problema da ausência real de fronteiras territoriais etc.

Ainda nessa quadra, é de se enfatizar que o Estado dispões de várias alternativas para dar conta dos seus deveres de proteção, que vão desde a criminalização de ações e omissões, responsabilidade civil, instituição de mecanismos

⁵⁶ Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. p. 160-161.

⁵⁷ Cf, por todos, PIERÖTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 11. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. p. 27.

⁵⁸ Na literatura brasileira, remetemo-nos às formulações de SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁹ Sobre o tema, v., no Brasil, em especial, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

processuais, como é o caso, no Brasil, da ação de *habeas data*, até a criação de órgãos (organismos) público e/ou privados encarregados de levar a efeito os deveres de proteção, designadamente, no que interessa aqui, a criação e estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD (arts. 55-A – 55-L), a exemplo do que se deu em outros lugares.

5 Titulares e destinatários do direito (e correspondentes deveres de proteção) à proteção de dados

5.1 Titularidade

A noção de direito subjetivo, também no tocante aos direitos fundamentais, envolve (além da exigibilidade) uma relação trilateral entre o titular (ou sujeito ativo), o objeto e o destinatário (sujeito passivo) do direito – posição(ões) jurídica(s) – atribuída(s) pelo direito objetivo.⁶⁰

No caso do direito à proteção de dados pessoais – acordo com a legislação respectiva (no caso brasileiro, o art. 5º da LGPDB), os titulares do direito são, em primeira linha, as pessoas naturais (identificadas e identificáveis, como visto acima).

Isso, contudo, não significa, por si só, que todas as pessoas naturais sejam titulares de direitos fundamentais, o que também se dá com a proteção de dados, visto que a titularidade de posições jurídicas subjetivas por parte de pessoas naturais pode variar conforme alguns critérios, por exemplo, a cidadania, a idade, eventual incapacidade por força de alguma deficiência.

No caso da CF, a despeito do disposto no art. 5º, *caput*, de que são titulares dos direitos fundamentais os brasileiros e estrangeiros residentes no país, doutrina e jurisprudência de há muito têm ampliado o leque de sujeitos ativos em um número significativo de casos, incluindo os direitos de personalidade, e, por conseguinte, também o direito à proteção de dados pessoais, o que, por ser algo consolidado, aqui se deixa de desenvolver.

Nesse sentido – mas não por este – como já lembrado, o direito à proteção de dados, sendo direito de todos e de qualquer um, é também um direito humano.

Em homenagem à clareza, calha reproduzir – de novo – o disposto no art. 1º da LGPDB, que, somando-se ao que prescreve o já citado art. 5º da lei, assim reza:

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. II. p. 544. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 353.

Art. 1º Esta Lei *dispõe sobre o tratamento de dados pessoais*, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o *objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural*. (Grifos nossos)

É claro que a opção legal é passível de contestação, designadamente, se incompatível com o marco constitucional, mas, desde que assegurada – ainda que por outro fundamento – a proteção de dados das pessoas jurídicas, e, ao mesmo tempo, garantida a proteção dos dados pessoais dos respectivos sócios, na condição de pessoas naturais (assim como dos dados pessoais de terceiros), não se vislumbra, salvo melhor juízo, razão suficientemente robusta para justificar a ilegitimidade jurídica de tal distinção.

Todavia, para não transmitir a ideia de que desconhecemos a existência de tal posição, calha referir linha de argumentação que tem tido já alguma representatividade, embora ainda mais embrionária, e que poderia dar sustentáculo à proteção de dados equivalente a dos dados de pessoais naturais, em virtude de se atribuir às pessoas jurídicas a titularidade do direito à privacidade, agregando-se o fato de que a proteção de dados tem um cunho instrumental, servindo, em primeira linha, à salvaguarda da própria privacidade.⁶¹

Mas também as pessoas jurídicas e entes sem personalidade jurídica, desde que, nos dois últimos casos, acesso, conhecimento, utilização e difusão dos dados que tenham sido armazenados possam afetar direitos e interesses de terceiros, no caso, de pessoas naturais,⁶² mas há quem prefira proteger os dados da pessoa jurídica por conta do segredo empresarial.⁶³

De qualquer sorte, como já adiantado, entendemos que a opção legislativa guarda harmonia e simetria necessárias com os marcos normativos mais relevantes para o sistema brasileiro, em especial o Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa, que, de resto, foi em boa parte recepcionado pelo nosso legislador e já havia encontrado ressonância nos trabalhos preparatórios de elaboração do projeto de lei.

⁶¹ Sobre o tema da atribuição da titularidade de direitos de personalidade às pessoas jurídicas, inclusive do direito à privacidade e em certa medida da proteção de dados, v., na literatura brasileira, a atual e excelente contribuição de ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a aplicabilidade dos direitos da personalidade à pessoa jurídica como evolução da dogmática civil. *RJLB*, ano 4, n. 5, p. 806-837, 2018, especialmente p. 817 e ss., sublinhando-se que o autor retrata a evolução da discussão no direito comparado, apresentando e sopesando argumentos favoráveis e contrários, à luz de exemplos extraídos da legislação e jurisprudência, além de atualizada e relevante revisão doutrinária.

⁶² Cf., por todos, IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II – Grundrechte*. 17. Auf. Vahlen, 2014. p. 78.

⁶³ Cf. é o caso de KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II*. 13. Auf. München: C. H. Beck, 2010. p. 156.

De todo modo, ainda que sejamos adeptos da posição, por ora dominante no cenário doutrinário, legislativo e jurisprudencial, de que o direito à proteção de dados pessoais tem por titulares apenas pessoas naturais, não se está a negar – como, de resto, já adiantado e amplamente aceito na doutrina (inclusive de nossa lavra) e jurisprudência constitucional, mas também em diversos textos constitucionais – que as pessoas jurídicas e mesmo outros entes não sejam titulares de direitos fundamentais, compatíveis, é claro (como, aliás, também prescreve o art. 52 do Código Civil Brasileiro) com a sua condição, o que, contudo, se verifica caso a caso.

Assim, não sendo o enfrentamento desse ponto central para a presente contribuição, cuida-se, de todo modo, de tema atual e que exige ser levado a sério. Especificamente no que concerne à proteção de dados e considerando que as pessoas jurídicas já são protegidas, inclusive na perspectiva jusfundamental, por outros direitos e garantias (sigilo industrial e comercial, propriedade imaterial etc.), é questionável que a inclusão das pessoas jurídicas no polo subjetivo ativo dos direitos à privacidade e intimidade, bem como do direito à proteção de dados pessoais, implique ganho real qualitativo de proteção.

Além disso, é de se questionar se tal reconhecimento, caso venha a prevalecer, não poderia ensejar a diminuição dos níveis (já de fato não muito robustos) de proteção dos dados pessoais das pessoas naturais, o que também aqui não será desenvolvido.

Ainda sobre o ponto, mesmo que a proteção de dados pessoais como tal seja assegurada apenas às pessoas naturais, o mesmo não ocorre com a titularidade do direito à autodeterminação informativa, que, embora aqui também se verifique controvérsia, tem sido, pelo menos em algumas ordens jurídicas – como é o caso, na Alemanha, por força de orientação fixada pelo Tribunal Constitucional Federal –, atribuído igualmente às pessoas jurídicas.⁶⁴

Isso, embora possa soar contraditório – e de fato o é se em questão estivesse a proteção apenas de dados pessoais sensíveis –, acaba sendo uma solução no limite coerente quando se reconhece ao direito à autodeterminação informativa um âmbito de proteção mais amplo do que ao da proteção de dados pessoais, no sentido de que qualquer um (pessoa jurídica ou natural, e mesmo

⁶⁴ Cf., por todos, DREIER, Horst. Art. 2 I – allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: DREIER, Horst (Coord.). *Grundgesetz Kommentar*. 3. Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 386-8, mediante referência ao julgado do Tribunal Constitucional Federal respectivo (*BVerfGE* 118, p. 202 e ss.), destacando-se. No mesmo sentido, igualmente destacando a existência de controvérsia sobre o tema e da mesma forma ressaltando que o Tribunal Constitucional Federal não admite, para efeito da titularidade de direitos de personalidade por parte de pessoas jurídicas, seja invocada a dignidade humana, v., mais recentemente, MURSWIEK, Dietrich; RIXEN, Stephan. *Persönliche Freiheitsrechte*. In: SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. 8. ed. München: C.H.Beck, 2018. p. 132.

entes despersonalizados) é titular da liberdade de se autodeterminar em relação aos dados que lhe “pertencem”, sejam, ou não, dados pessoais de acordo com a respectiva legislação protetiva. De todo modo, não é o caso aqui de avançar com a discussão.

5.2 Destinatários

Destinatários do direito (vinculados pelo direito) são tanto o Estado quanto os particulares, pois a devassa da vida privada, incluindo acesso e utilização de dados pessoais, é algo que atualmente decorre tanto de ações (ou, a depender do caso, de omissões) de órgãos e agentes estatais quanto de entidades privadas ou pessoas físicas.

5.2.1 Órgãos estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário

No direito constitucional e na dogmática dos direitos fundamentais brasileira é absolutamente majoritário o entendimento de que os direitos fundamentais, o que, à evidência, se aplica ao direito à proteção de dados, vinculam diretamente, na condição de normas imediatamente aplicáveis, todos os atores (órgãos, funções, agentes, atos) estatais, aqui considerados em sentido amplo, de modo a assegurar uma proteção sem lacunas.⁶⁵

Isso significa, em síntese, que tais atores devem, no âmbito e limites de suas respectivas funções, competências e atribuições, aplicar e concretizar o direito à proteção de dados, assegurando-lhe a sua máxima eficácia e efetividade concreta, tanto na condição de direito subjetivo negativo (não intervenção arbitrária no seu âmbito de proteção), quanto, por força de sua dimensão objetiva, levando a sério os respectivos deveres de proteção e o critério da proibição de proteção insuficiente.⁶⁶

Muito embora não exista um meio específico a ser adotado para dar conta dos deveres de proteção do Estado, no tocante à proteção de dados e aos direitos de personalidade que lhe são correlatos, o mais atual e relevante exemplo no Brasil – levado a efeito pelo Poder Legislativo – é o da edição da LGPD e seu

⁶⁵ Cf., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 272.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 414 e ss.

sistema de garantias materiais e processuais, incluindo a autoridade nacional de proteção de dados, sem deixar de considerar aqui diplomas anteriores em que a proteção de dados também foi objeto de previsão, tais como o *Código de Defesa do Consumidor*, o *Marco Civil da Internet*, a *Lei de Acesso à Informação* e a ação constitucional do *habeas data*.

Outrossim, assumem relevo como meios de concretização dos deveres de proteção pelo Poder Legislativo (e aqui também, nos limites de suas competências, do Poder Executivo), a eventual criminalização de violações dos direitos fundamentais relevantes em matéria de proteção de dados, a responsabilidade civil de particulares e do Estado, instrumentos processuais adequados, dotação orçamentária suficiente, entre outros.

O Poder Judiciário, a quem incumbe inclusive o controle do cumprimento dos deveres de proteção pelos demais órgãos estatais (tanto no nível da proibição do excesso de intervenção quanto da insuficiência de proteção), já contribuiu e tem contribuído em diversos aspectos, como exemplo, ao reconhecer um direito fundamental à proteção de dados e um direito à autodeterminação informativa, ainda que se possa afirmar que se trata de institutos (ainda – em parte) carentes de maior delimitação e desenvolvimento dogmático, em especial na própria seara jurisdicional, mas também doutrinário-acadêmica, nada obstante a existência já de relevantes estudos sobre o tema no Brasil.⁶⁷

5.2.2 Particulares: o problema da eficácia do direito fundamental à proteção de dados pessoais na esfera das relações privadas

A partir do exame da assim chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, verificou-se que uma de suas projeções e consequências jurídicas reside naquilo que foi chamado de uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que os valores por eles exprimidos devem iluminar toda a ordem jurídica, mediante a sua constitucionalização, que abarca também uma consideração de tais parâmetros na esfera das relações jurídicas entre atores privados.

Note-se, ainda nessa fase preliminar, que a existência de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi, mediante processos nem sempre coincidentes nos diferentes sistemas jurídicos, reconhecida, de modo generalizado, pelo menos no direito continental europeu, sul-americano e mesmo em

⁶⁷ Entre as contribuições que se destacam sobre o tema, v. os já citados Danilo Doneda, Têmis Limberger, Regina Ruaro, Laura Mendes, Fabiano Menke e Bruno Ricardo Bioni.

outras regiões, de tal sorte que é possível partir da premissa de que a pergunta sobre o “se” de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi respondida positivamente, o que também é, como amplamente reconhecido, o caso do Brasil.

De outra parte, contudo, quanto ao modo (o “como”) pelo qual se dá tal vinculação e eficácia, ainda não existe consenso, seja na literatura, seja jurisprudencialmente, ademais da falta de consistência e de parâmetros seguros para o seu manejo que se verifica em um não raro número de casos.

Além disso, é de se adiantar que a eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas se dá de modo diferenciado, poderíamos dizer, em perspectiva multinível, visto que se trata de algo que se passa no campo do direito internacional público (tendo em conta o reconhecimento, pela doutrina e jurisprudência dos tribunais internacionais, de uma vinculação dos particulares aos direitos humanos), bem como nas ordens jurídicas nacionais. Para o caso da proteção de dados, que envolve massivamente atores privados, não é preciso maior esforço para demonstrar que o problema se revela particularmente atual e relevante.

Nesse contexto, note-se que a despeito da influência da doutrina e jurisprudência alemã no que diz com a dogmática dos direitos fundamentais, a doutrina predominante na Alemanha, de uma eficácia em regra mediata (indireta) dos direitos fundamentais nas relações privadas,⁶⁸ tem sido mesmo lá parcialmente repensada e ajustada (inclusive pelo Tribunal Constitucional Federal),⁶⁹ além de não ter sido adotada (ainda que por vezes mais do ponto de vista teórico do que prático) em outros ambientes, como é o caso do Brasil, por exemplo, onde (ainda) prevalece a tese de uma eficácia em princípio direta, ainda que se registrem importantes diferenças entre as concepções adotadas entre os autores que se tem dedicado ao tema.⁷⁰

⁶⁸ Cf. por todos, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999, embora se deva referir que o autor, em conferência realizada no Brasil, na Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre em 2012, publicada na *Revista Direitos Fundamentais & Justiça* (ano 7, v. 22), tenha sustentado que, em se tratando de proibições de discriminação vinculadas à proteção da dignidade humana, uma eficácia direta se revela cogente. V. CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema de direito privado. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 7, n. 22, jan./mar. 2013. p. 15-20.

⁶⁹ Cf., por último, RUFFERT, Matthias. *Privatrechtswirkung der Grundrechte. Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?*, n. 1, p. 1-12, Jus 2020, apresentando os últimos desenvolvimentos e tendências, em especial na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

⁷⁰ Representativos de uma eficácia direta, mas não absoluta, e respeitando em primeira linha as opções legislativas v., em ordem cronológica e entre os autores de direito constitucional, em especial, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163;

De qualquer sorte, também os que advogam uma eficácia em princípio direta convergem quanto ao fato de que não se cuida de uma eficácia absoluta, mas que exige uma metódica diferenciada, que leve em conta em primeira linha as opções legislativas e a necessidade de cuidadosa ponderação no caso concreto, v.g., avaliando a existência de uma assimetria entre os atores e as posições em choque, bem como atendendo aos critérios do teste de proporcionalidade, designadamente na solução de colisões entre direitos fundamentais, como ocorre também no caso do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

No que diz com a jurisprudência do STF sobre o tema, este, por maioria de votos, reconheceu uma eficácia direta, entendendo que o direito ao devido processo legal, em especial a garantia do contraditório, se aplica também às relações privadas. No caso concreto, tratava-se de anular a exclusão de um integrante (associado) da União Brasileira de Compositores, que havia sido afastado sem que lhe tivesse sido assegurada a possibilidade de ser ouvido e se defender, inexistindo regulação legal específica. Chama a atenção, no caso, que o STF também levou em conta elementos da *state action doctrine* norte-americana, ainda que naquele sistema jurídico a vinculação dos atores privados seja em regra refutada.⁷¹ Nesse sentido, cabe sublinhar que um dos esteios da argumentação residiu no fato de que a União Brasileira de Compositores, embora tenha a natureza de uma pessoa jurídica de direito privado, exerce uma função de natureza pública e de interesse público, o que implica uma incidência mais forte dos direitos fundamentais.⁷²

Muito embora uma eficácia direta não tenha sido limitada às situações em que se verifica um desequilíbrio de condições e entre as partes envolvidas no

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Sugerindo modelo alternativo v. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. Mas há também quem refute categoricamente uma eficácia direta, afirmando que a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas se dá apenas de modo indireto, como é o caso, no Brasil, de DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 104 e ss. e DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição*. Drittwirkung dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, assim como, mais recentemente, RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luís. *Direito civil contemporâneo*: Estatuto Epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: GEN, 2019.

⁷¹ Sobre a doutrina da *state action* nos EUA v., por todos, BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. La noción de “state action” en la jurisprudencia norteamericana. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

⁷² V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário: RE 201819/RJ*. Ministro Relator para o Acórdão: Gilmar Mendes. Julgado em: 11.10.2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=201819&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 6 fev. 2018.

conflito, em virtude da existência de atores privados poderosos (que tem maior capacidade de influir mesmo o processo legislativo ou a ação estatal em geral) ou que exercem atividades que podem ser em parte equiparadas ao reconduzidas ao Estado, no caso da proteção de dados e, da mesma forma, no ambiente digital, esse fato assume uma relevância peculiar e que deve pautar o entendimento com relação ao tema. Em especial trata-se de aspecto a ser levado em conta quando da ponderação (balanceamento) que precisa ser levada a efeito pelo juiz na solução dos conflitos.

No caso do direito fundamental à proteção de dados pessoais, isso é de especial relevância, em virtude do poder econômico e social, mas também político, exercido por grandes corporações, gerando um grande desequilíbrio entre as partes envolvidas na teia de relações jurídicas que se estabelecem. Além disso, não se deve desconsiderar que quanto aos dados pessoais, ainda mais em se tratando do mundo digital, a exigência do consentimento do titular dos dados e usuário das tecnologias de informação (aplicativos de toda ordem, mídias sociais, compras pela internet etc.), embora cogente do ponto de vista constitucional e legal, esbarra de modo substancial – ainda que diferenciada – nas limitações à autonomia privada.

Isso se deve especialmente ao fato de a ampla maioria dos bens e serviços disponibilizados apenas ser acessível aos usuários mediante contratos de adesão, sem falar na circunstância de que, em virtude da necessidade gerada no sentido da utilização de diversos desses serviços, em muitos casos se estabelece praticamente uma obrigação (fática) de contratar que, por sua vez, literalmente esvazia a autonomia individual e o direito fundamental à livre autodeterminação informativa, ancorados na CF e também previstos na legislação ordinária, em especial – no que interessa ao presente texto – na legislação para a proteção dos dados pessoais.⁷³

Por tais razões, também no tocante à proteção dos dados pessoais, seja em que contexto for, mas em especial no ambiente digital, não se pode admitir uma esfera de atuação privada completamente livre dos direitos fundamentais,⁷⁴

⁷³ V., entre tantos, HOFMANN-RIEM, Wolfgang. Reclaim Autonomy: Die Macht digitaler Konzerne. In: AUGSTEIN, Jakob (Coord.). *Reclaim Autonomy. Selbstermächtigung in der digitalen Weltordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2017. p. 121-142.

⁷⁴ Cf., por todos, FACHIN, Luiz Edson; RÚZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 100 e ss., bem recordando que no Estado Democrático de Direito a função da Constituição não é mais apenas de operar como estatuto jurídico do político, mas sim, como parâmetro material integrador das esferas pública e privada, tendo como esteio a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

gerando uma espécie de imunidade, tanto mais perigosa – no que concerne a violações de direitos – quanto mais força tiverem os atores privados que operam nesse cenário. Por isso, um controle rigoroso das restrições a direitos fundamentais na esfera das relações privadas, inclusive em caráter preventivo, levando em conta os deveres de proteção estatais também em face de perigos e riscos, é de ser levado a efeito (inclusive!) pelos Tribunais.⁷⁵ Tal controle, contudo, deve levar a sério, em primeira linha, as opções legislativas, mas ao mesmo tempo, não hesitar quando se trata de reconhecer e declarar eventual inconstitucionalidade, pois, do contrário, a proteção dos dados pessoais poderá estar comprometida.

Por sua vez – à vista da circunstância de que a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas envolve conflitos entre direitos – é de se sublinhar que na solução dos casos submetidos ao controle judicial, imprescindível ser consistente com as exigências do teste de proporcionalidade, não apenas no sentido da proibição de uma intervenção (restrição) excessiva do âmbito de proteção do direito fundamental afetado, mas também – como decorrência dos deveres de proteção – no sentido da proibição de uma proteção insuficiente de um ou de alguns dos direitos fundamentais em causa.⁷⁶

6 Limites e restrições

Como se dá com os direitos fundamentais em geral, também o direito à proteção de dados pessoais está submetido a limites e admite (e mesmo exige) intervenções restritivas de diversa natureza, sempre com o escopo – que opera como condição prévia de legitimação constitucional das restrições – de proteger outros direitos fundamentais ou bens jurídicos de estatura constitucional.⁷⁷

Quanto aos limites e restrições, toda e qualquer captação (levantamento), armazenamento, utilização e transmissão de dados pessoais, em princípio, constitui uma intervenção no âmbito de proteção do direito, que, portanto, como já

⁷⁵ Cf., numa perspectiva mais ampla, REINHARDT, Jörn. Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados: “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 13, n. 41, p. 59-91, jul./dez. 2019. Outrossim, calha frisar, não se está a dizer com isso que o papel principal deva ser exercido pelo Poder Judiciário, mas que existem casos que não podem (e não devem) ser subtraídos ao controle judicial.

⁷⁶ Cf, por todos (porém com destaque para o ambiente da internet) SCHLIESKY, Utz; HOFFMANN, Christian; LUCH, Anika D.; SCHULZ, Sönke E.; BORCHERS, Kim Corinna. *Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet*. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 119 e ss.

⁷⁷ Cf., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 2018.

adiantado, não prescinde de adequada justificação.⁷⁸ Outrossim, embora não se trate de direito absoluto, revela-se como um direito bastante sensível, tanto mais sensível quanto mais se tratar de dados pessoais sensíveis, associados a dimensões da dignidade da pessoa humana, implicando, de tal sorte, exigências mais rigorosas – e controle mais intenso – de eventuais intervenções restritivas.⁷⁹

No caso brasileiro, na condição de direito implicitamente positivado e enquanto não aprovada e promulgada emenda constitucional nos termos do projeto que ora tramita no Congresso Nacional (onde se faz expressa remissão à lei) não se cuida de direito submetido (como no caso do sigilo das comunicações) à expressa reserva legal, mas a sua vinculação – ainda que não superposição integral – com os direitos à privacidade e intimidade sugere que se lhe dê proteção em princípio equivalente.

Em favor de níveis de proteção simétrica, aliás, posiciona-se, na literatura especializada brasileira, Danilo Doneda, cujas ponderações sobre o ponto aqui tomamos a liberdade de transcrever:

A leitura das garantias constitucionais para os dados somente sob o prisma de sua comunicação e de sua eventual interceptação lastreia-se em uma interpretação que não chega a abranger a complexidade do fenômeno da informação ao qual fizemos referência. Há um hiato que segrega a tutela da privacidade, esta constitucionalmente protegida, da tutela das informações pessoais em si – que, para a corrente mencionada, gozariam de uma proteção mais tênue. E esse hiato possibilita a perigosa interpretação que pode eximir o aplicador de levar em conta os casos nos quais uma pessoa é ofendida em sua privacidade – ou tem outros direitos fundamentais desrespeitados – não de forma direta, porém por meio da utilização abusiva de suas informações pessoais em bancos de dados. Não é necessário ressaltar, novamente, o quanto hoje em dia as pessoas são reconhecidas em diversos relacionamentos somente de forma indireta, pela representação de sua personalidade que é fornecida pelos seus dados pessoais, ressaltando, ainda mais, a importância da proteção de tais dados para a proteção da identidade e personalidade de cada um de nós. [...] A inserção de um direito à proteção de dados de forma explícita no rol de direitos fundamentais

⁷⁸ Cf., por todos, WOLFF, Heinrich Amadeus. Schutz personenbezogener Daten. In: PECHSTEIN, Matthias; NOWAK, Carsten; HÄDE, Ulrich (Coord.). *Frankfurter Kommentar EUV – GRC – AEUV*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. v. 1. p. 1117 e ss.

⁷⁹ Cf., por todos, STARCK, Christian. Art. 2 Abs. 1 – Schutz des Art. 2 Abs. 1 vor Eingriffen durch die öffentliche Gewalt. In: VON MANGOLDT; KLEIN; STARCK. *Grundgesetz Kommentar*. 7. Auf. München: C. H. Beck, 2018. v. 1. p. 217.

da Constituição da República proporcionaria, portanto, uma isonomia entre esses direitos que, formalmente, afigura-se fundamental para a proteção de liberdades fundamentais. [...] Contando ou não com a previsão expressa na Constituição Federal, o esforço a ser empreendido pela doutrina e pela jurisprudência deve se consolidar pelo favorecimento de uma interpretação dos incisos X e XII do art. 5º mais fiel ao nosso tempo, isto é, reconhecendo a íntima ligação que passam a ostentar os direitos relacionados à privacidade e à comunicação de dados. Dessa forma, seria dado o passo necessário à integração da personalidade em sua acepção mais completa nas vicissitudes da Sociedade da Informação [...].⁸⁰

Nesse contexto, calha recordar que embora seja o direito à proteção de dados submetido a limites e passível de restrições, acionam-se, também nesse caso, os assim chamados limites aos limites dos direitos fundamentais, entre os quais desponta a necessária observância dos critérios da proporcionalidade e da salvaguarda do núcleo essencial, o que se aplica seja qual for a origem e natureza da intervenção estatal (judiciária, administrativa e legislativa) na esfera de proteção do direito à proteção de dados.

Ainda nessa quadra, para efeitos do controle da legitimidade constitucional das restrições ao direito à proteção dos dados pessoais, assume relevo – como já adiantado! – a distinção entre dados considerados sensíveis, que dizem mais de perto com aspectos da vida íntima (dados sobre orientação sexual e religiosa, opção política, vida familiar, entre outros) e dados mais “distantes” desse núcleo mais sensível, como é o caso de informações sobre nome, filiação, endereço, CPF etc.⁸¹

Cuidando-se de dados relativos ao sigilo profissional, ou mesmo dados fiscais e bancários, importa levar em conta as diretrizes existentes para tais situações, submetidas, como direitos fundamentais autônomos, a um regime próprio, em que pese um conjunto de aspectos comuns.

Por outro lado, os limites e as restrições ao direito à proteção de dados carecem de uma compreensão sistemática e que leve em conta simultaneamente sua dimensão subjetiva e objetiva, já que, por conta dos deveres de proteção estatal de outros direitos, podem ser necessárias restrições à proteção de dados

⁸⁰ Cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 263-4.

⁸¹ Cf, por todos, SAMPAIO, José Adércio Leite. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 543.

na perspectiva subjetiva, ou seja, intervenções no plano das posições jurídicas atribuídas aos titulares do direito.

Um exemplo extraído da jurisprudência do STF bem ilustra a situação. É o que se deu em relação ao embate entre direito de acesso a informações de caráter público e em poder de órgãos públicos (objeto de regulação, no Brasil, pela Lei nº 12.527/2011) e o direito à proteção de dados pessoais sensíveis (ligados à privacidade) dos servidores públicos. A conjugação do direito de acesso à informação com os princípios constitucionais da publicidade e da transparência levou o STF – embora não poucas as críticas endereçadas à decisão – a reconhecer que a proteção da privacidade dos servidores públicos é menor do que a do cidadão comum, de modo a considerar constitucionalmente legítima (proporcional) a divulgação nominal e individualizada dos seus vencimentos e benefícios.⁸²

Outros casos emblemáticos, como se dá com o assim chamado direito ao esquecimento, já lembrado acima, mas também conflitos entre a proteção de dados e liberdades comunicativas em geral, remetem a problemas como o da posição preferencial da liberdade de expressão e de quais são os critérios aptos a viabilizar um equacionamento mais consistente, do ponto de vista jurídico-constitucional, do problema.⁸³

Note-se, ainda, que a própria LGPD prevê restrições de diversa natureza e para diversos efeitos, o mesmo se verificando em outros diplomas legislativos que já se encontram em vigor, como é o caso das já referidas Lei de Acesso à Informação e Lei do Marco Civil da Internet, restrições, aliás, que, em alguns casos, suscitam dúvidas e mesmo apresentam fortes indícios de serem constitucionalmente ilegítimas, aspecto que, todavia, aqui não temos condições de desenvolver, visto extrapolar o propósito do presente texto.

7 Considerações finais

Como se pode verificar ao longo do trabalho, venha – ou não – a ocorrer a inserção de um direito à proteção de dados pessoais no texto da CF, a condição de direito fundamental autônomo não depende, em si, de tal expediente, porquanto sobejamente demonstrado que se trata de um direito implicitamente positivado, o que é objeto de amplo consenso doutrinário e mesmo acolhido na esfera jurisprudencial.

⁸² Cf. julgamento na SS nº 3.902, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 23.4.2015.

⁸³ Sobre o tema, v., entre outros, HARTMANN, Ivar. Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 12, n. 39, p. 145-183, jul./dez. 2018.

Seja na forma prevista na PEC nº 17, seja com outra formatação, é também correta a ponderação de que mediante a sua incorporação ao catálogo constitucional de direitos, um direito fundamental à proteção de dados pessoais daria maior sustentação ao marco regulatório infraconstitucional, bem como a sua aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, entre outras vantagens apontadas.

Particularmente relevante é o fato de que a condição de direito fundamental vem acompanhada de um conjunto de prerrogativas traduzidas por um regime jurídico reforçado e uma dogmática sofisticada, mas que deve ser, em especial no caso brasileiro, desenvolvida e traduzida numa práxis que dê ao direito à proteção de dados pessoais a sua máxima eficácia e efetividade, notadamente na esfera da articulação da proteção de dados com outros direitos e garantias fundamentais e bens jurídicos e interesses de estatura constitucional.

Nesse contexto, nunca é demais lembrar que levar à sério a proteção de dados pessoais é sempre também render homenagem à dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade pessoal como autodeterminação.

Personal data protection as a fundamental right in the Brazilian Federal Constitution of 1988: contribution to the construction of a constitutional adequate dogmatics

Abstract: Like other constitutional orders, the Brazilian Federal Constitution of 1988 does not contemplate in its text an autonomous fundamental right to the protection of personal data, which, according to significant legal literature and even some jurisprudential decisions, including those of the Supreme Federal Court, can be considered implicitly positive. However, especially in the sphere of jurisprudence, several relevant issues concerning content, subjective and objective dimensions, related duties of protection, holders and recipients, as well as the problem of the limits and restrictions of the right to personal data protection still need further development and refinement. The aim of the present text is precisely to contribute to the process of building a constitutionally adequate dogmatic of the right to data protection in Brazil.

Keywords: Personal data protection. Fundamental right. Brazilian Federal Constitution.

Contents: **1** Introduction – **2** The right to the protection of personal data as an implicit fundamental right in the Federal Constitution of 1988 and the Proposed Amendment to the Brazilian Constitution No. 17/19 – **3** Scope of protection of the fundamental right to the protection of personal data – **4** Subjective and objective dimensions and multifunctionality of the right to the protection of personal data – **5** Right's holder and duty bearers (and corresponding protective duties) to data protection – **6** Limits and restrictions – **7** Final considerations – References

Referências

ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 10, n. 35, jul./dez. 2016.

- ALBERS, Marion. Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten. In: HOFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andrea (Coord.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2012. v. 2.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1994.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a aplicabilidade dos direitos da personalidade à pessoa jurídica como evolução da dogmática civil. *RJLB*, ano 4, n. 5, p. 806-837, 2018.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BILBAO UBILLOS, Juan María. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. La noción de “state action” en la jurisprudencia norteamericana. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BULL, Hans-Peter. *Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema de direito privado. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 7, n. 22, jan./mar. 2013.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. II.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981*. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DREIER, Horst. Art. 2 I – allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: DREIER, Horst (Coord.). *Grundgesetz Kommentar*. 3. Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- DREIER, Horst. Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte. *JURA*, 1994.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição*. Drittwirkung dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- HARTMANN, Ivar. Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 12, n. 39, p. 145-183, jul./dez. 2018.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
- HILGENDORF, Eric; FELDLER, Jochen (Ed.). *Digitalization and the law*. Baden-Baden: Nomos, 2018.
- HOFFMANN, Christian; LUCH, Anika; SCHULZ, Sönke E.; BORCHERS, Kim Corinna. *Die digitale Dimension der Grundrechte*. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter. Baden-Baden: Nomos, 2015.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (Coord.). *Big Data – Regulative Herausforderungen*. Baden-Baden: Nomos, 2018.
- HOFMANN-RIEM, Wolfgang. Reclaim Autonomy: Die Macht digitaler Konzerne. In: AUGSTEIN, Jakob (Coord.). *Reclaim Autonomy*. Selbstermächtigung in der digitalen Weltordnung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2017.
- HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The populational census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, issue 1, 2009.
- INGOLD, Albert. *Desinformationsrecht: Verfassungsrechtliche Vorgaben für Staatliche Desinformationstätigkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.
- IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II – Grundrechte*. 17. Auf. Vahlen, 2014.
- JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 13. Auf. München: C. H. Beck, 2014.
- KARG, Moritz. Artikel 4, Nr. 1. In: SIMITIS, Spiros; HORNUNG, Gerrit; SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. *Datenschutzgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II*. 13. Auf. München: C. H. Beck, 2010.
- KÜHLING, Jürgen. Datenschutz und die Rolle des Rechts. In: STIFTUNG FÜR DATENSCHUTZ (Ed). *Die Zukunft der informationellen Selbstbestimmung*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2016.
- LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de direito digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LORENZ, Dieter. Art. 2 Abs 1 GG. In: KAHL, Wolfgang; WALDHOFF, Christian; WALTER, Christian (Coord.). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller, 2008. v. 2.
- MANSSSEN, Gerrit. *Staatsrecht I Grundrechtsdogmatik*. München: Verlag Franz Vahlen, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MENDES, Laura Schertel. Habeas Data e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov./dez. 2018.

- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.
- MURSWIEK, Dietrich; RIXEN, Stephan. Persönliche Freiheitsrechte. In: SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. 8. ed. München: C.H.Beck, 2018.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 11. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
- PINTO, Paulo Mota. *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*. Coimbra: Gestlegal, 2018.
- REINHARDT, Jörn. Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados: “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 13, n. 41, p. 59-91, jul./dez. 2019.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luís. *Direito civil contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: GEN, 2019.
- ROSSNAGEL, Alexander; WEDDE, Peter; HAMMER, Volker; PORDESCH, Ulrich. *Digitalisierung der Grundrechte? Zur Verfassungsverträglichkeit der Informations-und Kommunikationstechnik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990.
- RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. *Direito, Estado Sociedade*, n. 36, jan./jun. 2010.
- RUFFERT, Matthias. Privatrechtswirkung der Grundrechte. *Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?*, n. 1, Jus 2020.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SCHIEDERMAIR, Stephanie. Einleitung. In: SIMITIS, Spiros; HORNUNG, Gerrit; SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra (Coord.). *Datenschutzrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

SCHLIESKY, Utz; HOFFMANN, Christian; LUCH, Anika D.; SCHULZ, Sönke E.; BORCHERS, Kim Corinna. *Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet*. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter. Baden-Baden: Nomos, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. *Kontexte der Demokratie*: Parteien, Medien und Sozialstrukturen (1. Referat). VVDStRL. Berlin: De Gruyter, 2018.

SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. O direito à proteção de dados na internet em casos de colisão. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 12, n. 38, p. 17-33, jan./jun. 2018.

STARCK, Christian. Art. 2 Abs. 1 – Schutz des Art. 2 Abs. 1 vor Eingriffen durch die öffentliche Gewalt. In: VON MANGOLDT; KLEIN; STARCK. *Grundgesetz Kommentar*. 7. Auf. München: C. H. Beck, 2018. v. 1.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: KIRCHHOF, J. Isensee-P. (Coord.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1992. v. 5.

VESTING, Thomas. §20 Information und Kommunikation. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andreas (Coord.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. München: C.H. Beck, 2012. v. 2.

WOLFF, Heinrich Amadeus. Schutz personenbezogener Daten. In: PECHSTEIN, Matthias; NOWAK, Carsten; HÄDE, Ulrich (Coord.). *Frankfurter Kommentar EUV – GRC – AEUV*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. v. 1.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

Recebido em: 01.05.2020

Pareceres: 05.05.2020, 18.05.2020, 21.05.2020

Aprovado em: 21.05.2020