

Mônia Clarissa Hennig Leal* (Brasil)
Dérique Soares Crestane** (Brasil)

O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas repercussões no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados***

RESUMO

A partir da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF, bem como dos deveres estatais decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em especial o dever de proteção estatal, questiona-se quais foram os fundamentos

* Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls-Universität-Heidelberg e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora do Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. moniah@unisc.br / código orcid: [0000-0002-3446-1302](https://orcid.org/0000-0002-3446-1302).

** Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista Prosuc/Capes. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa Prosuc/Capes, processo nº 88887.603542/2021-00. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1933600559383294>. dscrestane@gmail.com / código orcid: [0000-0002-6331-2648](https://orcid.org/0000-0002-6331-2648).

*** Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “‘Teoria da essencialidade’ (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo Finep e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul

utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais e quais os deveres estatais decorrentes desta interpretação, com especial enfoque na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Pode-se afirmar que o tribunal brasileiro reconheceu o direito fundamental à proteção de dados pessoais como decorrência de uma interpretação sistêmica da Constituição Federal de 1988, entendendo ainda que dele decorrem deveres de proteção estatal, como a necessidade de uma legislação clara acerca de eventuais relativizações.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; direito fundamental à proteção de dados pessoais; dever de proteção estatal.

The recognition of a fundamental right to data protection by the Brazilian Federal Supreme Court: an analysis in the light of the objective dimension of fundamental rights and their repercussions within the scope of the General Data Protection Law

ABSTRACT

From the analysis of the Direct Action of Unconstitutionality nº 6.387/DF, as well as the state duties arising from the objective dimension of fundamental rights, in particular the duty of state protection, it is questioned what were the grounds used by the Federal Supreme Court for the recognition of an autonomous fundamental right to the protection of personal data and what are the state duties arising from this interpretation, with a special focus on the General Data Protection Law (LGPD). It can be said that the Brazilian court recognized the fundamental right to the protection of personal data as a result of a systemic interpretation of the Federal Constitution of 1988, also understanding that state protection duties derive from it, such as the need for clear legislation about possible relativizations.

Keywords: Federal Supreme Court; fundamental right to the protection of personal data; duty of state protection.

– Unisc). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGCI 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

Die Anerkennung des Grundrechts auf den Schutz personenbezogener Daten durch das Oberste Bundesgericht Brasiliens: eine Analyse im Lichte der objektiven Dimension der Grundrechte und ihres Einflusses auf das allgemeine Datenschutzgesetz

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von der Analyse der direkten Verfassungswidrigkeitsklage Nr. 6.387/DF und der aus der objektiven Dimension der Grundrechte abgeleiteten staatlichen Pflichten, insbesondere der staatlichen Schutzpflicht, wird der Frage nachgegangen, worauf sich das Oberste Bundesgericht bei seiner Anerkennung eines eigenständigen Grundrechts auf den Schutz personenbezogener Daten stützte und welche staatlichen Verpflichtungen sich aus dieser Interpretation ergeben, insbesondere hinsichtlich des allgemeinen Datenschutzgesetzes (LGPD). Dabei lässt sich feststellen, dass das brasilianische Gericht das Grundrecht auf den Schutz personenbezogener Daten als Folge einer systemischen Interpretation der Bundesverfassung von 1988 anerkennt und darüberhinaus festgestellt hat, dass daraus staatliche Schutzpflichten wie etwa die Notwendigkeit einer klaren Gesetzgebung über mögliche Relativierungen folgen.

Schlagwörter: Oberstes Bundesgericht; Grundrecht auf den Schutz personenbezogener Daten; staatliche Schutzpflicht.

Introdução

No contexto pós Segunda Guerra Mundial, o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi um grande avanço na concretização e no fortalecimento destes direitos. Aquilo que apenas podia ser exigido em face do Estado passa, neste novo paradigma, a ser garantido também por meio dele, que possui o dever de criar mecanismos suficientes e condições adequadas para viabilizar o exercício dos direitos fundamentais. Durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF, que analisou a constitucionalidade da medida provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020, que dispôs acerca do compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a fim de produzir a estatística oficial durante a pandemia ocasionada pela covid-19, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, a partir de uma leitura sistemática da Constituição Federal de 1988, reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, bem como a existência de um dever de proteção estatal em relação a ele.

Neste contexto, pretende-se enfrentar o seguinte questionamento de pesquisa: quais foram os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais e quais os deveres estatais decorrentes desta interpretação, com especial enfoque na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)? Para tanto, primeiramente é elaborado um

estudo acerca da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de suas decorrências doutrinárias. Em um segundo momento, são analisados os deveres de proteção estatal originados a partir dos conceitos de “proibição de proteção insuficiente” e de “proibição de excesso”. Por fim, é analisado o inteiro teor da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF, de onde são retirados os fundamentos utilizados para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados, bem como suas repercussões no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico, na medida em que é analisada a decisão objeto da pesquisa e extraídos os fundamentos da declaração de um direito fundamental autônomo de proteção de dados pessoais, bem como os deveres estatais existentes na concepção do Supremo Tribunal Federal. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, especialmente no que se refere às teorias que sustentam a análise da decisão.

1. A noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Aspectos conceituais

O resgate do desdobramento do conteúdo jurídico objetivo dos direitos fundamentais é uma das inovações de maiores consequências do período pós Segunda Guerra. Fala-se em resgate pois, de acordo com Grimm,¹ apesar da difundida ideia de que a primeira dimensão dos direitos fundamentais foi a subjetiva, os elementos históricos apontam o contrário. Isso porque essa concepção está ligada à revolução americana. Os colonos americanos possuíam déficits nos direitos de liberdade a eles previstos pela lei infraconstitucional inglesa, sendo constantemente violados a partir de atos normativos do parlamento inglês, local em que não possuíam representatividade. Nesse contexto de déficit de direitos, os americanos foram forçados a romper com a metrópole inglesa e construir um poder estatal próprio, onde os direitos à liberdade foram elevados a normas constitucionais. Neste momento histórico, surge a concepção de que os direitos fundamentais surgiram em sua face subjetiva, por meio da defesa dos indivíduos frente a intervenções estatais.

Na França, país europeu de surgimento dos direitos fundamentais, o contexto é diferente, uma vez que a revolução francesa se diferencia da revolução americana tanto no ponto de partida, quanto no objetivo. Enquanto as colônias americanas já desfrutavam de uma ordem social considerada liberal no século XVIII, a França não se caracterizava nem pela liberdade, nem pela igualdade, mas apenas por deveres e obrigações, e privilégios de determinadas classes. Por esta razão, a revolução americana teve por objetivo trocar o poder estatal, para outro, baseado em uma

¹ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. por Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón (Madrid: Trotta, 2006), 155-16.

Constituição escrita, com a previsão da legitimidade do poder estatal, bem como seus limites. Para a revolução francesa, a troca do poder estatal constituía apenas um meio para a posterior concretização do objetivo: a reforma da ordem social, em torno das máximas de liberdade e igualdade. Neste contexto, o primeiro passo da Assembleia Nacional Francesa foi elaborar um catálogo de direitos fundamentais para, apenas após, substituir o *Ancien Régime*, por um Estado liberal-burguês:²

Essa seqüência revela por si só que os direitos fundamentais não podem ser concebidos aqui como direitos subjetivos de proteção: essa função teria sido contrária ao objetivo da Revolução, imunizando justamente contra a transformação em sentido liberal da velha ordem jurídica considerada injusta. Em tais circunstâncias, os direitos fundamentais funcionaram mais como os princípios orientadores supremos da ordem social, chamados a dar firmeza e continuidade à laboriosa e complicada reforma legal. Por conseguinte, e sobretudo, não indicavam limites ao Estado, mas sim a ele com um mandato de atuação. Os direitos fundamentais foram definição, guias para o legislador realizar a reforma da lei comum de acordo com eles: mas isso nada mais é do que o objetivo legal de tais direitos. (Tradução nossa)³

Ao inserir um catálogo de direitos fundamentais no ordenamento jurídico francês, a Assembleia Nacional Francesa pretendeu estabelecer valores que influenciariam as reformas que precisariam ocorrer para a encerrada do *Ancien Régime*, externaram, portanto, os seus efeitos objetivos. Apenas após a consolidação do Estado liberal francês que os efeitos objetivos dos direitos fundamentais foram contidos, para dar espaço à dimensão subjetiva, caracterizada por direitos negativos.

O resgate do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais dá-se a partir da doutrina e jurisprudências alemãs, que, no cenário pós Segunda Grande Guerra evoluem o entendimento no sentido de ampliar o escopo de incidência dos direitos fundamentais. O precedente histórico do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a decisão do Tribunal Constitucional alemão (*Bunderverfassungsgericht*) no caso *Lüth*. A referida corte analisou a possibilidade de incitação de boicote a um filme considerado antisemita, em face

² Grimm, *Constitucionalismo...*, 156-157.

³ Grimm, *Constitucionalismo...*, 159. “Esta secuencia revela por si sola que los derechos fundamentales no pueden concebirse aquí como derechos subjetivos de protección: esta función habría sido contraria a la meta de la Revolución, inmunizando precisamente contra la transformación en sentido liberal al viejo orden jurídico considerado injusto. En tales circunstancias, los derechos fundamentales hicieron más bien las veces de principios supremos conductores del orden social, llamados a dar firmeza y continuidad a la trabajosa y complicada reforma del derecho. Por consiguiente y ante todo, no señalaban límites al Estado sino que se dirigían a él con un mandato de actuación. Los derechos fundamentales eran, por definición, guías para que el legislador llevase a cabo la reforma del derecho ordinario conforme a ellos: pero esto no es otra cosa que la función jurídico-objetiva de tales derechos”.

do direito fundamental de liberdade de expressão. De um lado do processo estava Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa da Cidade de Hamburgo, e do outro, estava Veit Harlan, cineasta produtor do filme “*Unsterbliche Geliebte*”, em português “Amada Imortal”. Contextualizando, Lüth, em 1950, realizou um boicote público ao referido filme, em face do conteúdo notoriamente antissemita.⁴

Primeiro ao analisar a matéria, o Tribunal de Justiça de Hamburgo determinou, com base no Código Civil Alemão, que Lüth deveria se abster do boicote, devendo indenizar Harlan pelos prejuízos havidos. Em face desta decisão, Lüth ingressou perante o Tribunal Constitucional Alemão (*Bunderverfassungsgericht*), que reverteu a sentença, entendendo estar o boicote inserido no âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade de expressão, devendo este ser protegido frente aos demais particulares, inclusive nas relações privadas. O Tribunal Constitucional expõe duas linhas dos direitos fundamentais. Na primeira, são direitos de defesa dos cidadãos frente ao Estado (*Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat*), reportando a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Na segunda, os direitos fundamentais estabelecem uma ordem objetiva de valores (*Wertordnung oder Wertsystem*), valores estes que devem orientar a interpretação de todos os outros ramos do direito.⁵ Por fim, fica reconhecido pelo Tribunal que a norma que consagra direitos fundamentais não é neutra, tampouco sem valor, ela sempre terá conteúdo, e projeta este conteúdo em todos os ramos do direito, havendo, por conseguinte, incidência nas relações entre particulares (*Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht*).⁶

Deve-se ter o cuidado, porém, de deixar claro que, com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, há um ganho em qualidade, isto é, trata-se de mais duma função atribuída a esses direitos (dupla dimensão), de maneira que a dimensão subjetiva não vem a ser excluída. Nessa linha, os direitos de defesa, característicos da dimensão subjetiva, como direitos de uma postura negativa, vem resguardar o direito de igualdade e liberdade frente ao Estado e continuam sendo garantias dos cidadãos. O que ocorre é que, com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, dá-se aos direitos fundamentais uma mais-valia, visto que decorre da ideia de que os direitos fundamentais incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais à comunidade, sendo que a relação estabelecida é de cidadão-Estado-comunidade, e não mais de cidadão-Estado, ultrapassando, assim, a questão meramente individual para

⁴ Hennig Leal y Rosana Helena Maas, “*Dever de proteção estatal*”, “*proibição de proteção insuficiente*” e controle jurisdicional de políticas públicas (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020), 51-52.

⁵ Dieter Grimm, “A função protetiva do Estado”. Trad. por Eduardo Mendonça, em *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, coordenado por Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), 155.

⁶ Hennig Leal y Maas, “*Dever de proteção estatal*”..., 53.

alcançar uma noção de comunidade, devendo esta também respeitar, em suas relações os direitos fundamentais.⁷

Em outras palavras, no contexto pós Segunda Guerra Mundial, há um resgate da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que outrora auxiliou a França a estabelecer um novo regime estatal, para, ao lado de uma dimensão subjetiva, formar um sistema de diretivas e impulsos, vinculante a todos os Poderes, do qual decorre um dever de (re)adequação do ordenamento jurídico, no sentido de possibilitar o pleno exercício dos direitos fundamentais.⁸ Os direitos fundamentais passam, novamente,⁹ a estabelecer princípios superiores do ordenamento jurídico, devendo ser considerados, conjuntamente, como componentes estruturais da ordem jurídica-constitucional. A perspectiva axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais determina que sua eficácia não deve ser valorada sob o ponto de vista meramente individual, e sim coletivo, já que representam fins que a sociedade deve respeitar e concretizar. A dimensão objetiva auxilia a determinar o alcance e o conteúdo dos direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva, bem como é o que legitima eventuais restrições em benefício do interesse público. Essas restrições devem sempre observar e preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.¹⁰

Na perspectiva da mais-valia jurídica, decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), a eficácia horizontal (*Drittwirkung*) e o “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*). Os direitos fundamentais contêm uma ordem dirigida ao Estado, e aos seus órgãos, de obrigação de concretização e realização permanente. Trata-se do fenômeno denominado eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), por meio do qual os direitos fundamentais impõem ao legislador, em sua atividade legiferante; ao judiciário, em sua atividade judicante; e ao executivo, em sua atividade administrativa, a realização de determinados fins, programas e tarefas. Os direitos fundamentais na condição de normas que incorporam valores essenciais ao ordenamento jurídico¹¹ servem de parâmetro

⁷ Hennig Leal y Maas, “Dever de proteção estatal”..., 58-59.

⁸ Douglas Matheus De Azevedo y Mônia Clarissa Hennig Leal, “A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Noções de ‘dever de proteção’ do Estado como fundamento para a utilização das ‘sentenças estruturantes’”, *Novos Estudos Jurídicos* 21 (2016), 447.

⁹ Grimm, *Constitucionalismo...*, 155-156.

¹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018), 151.

¹¹ Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade, volume II*. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003), 320-324. Habermas critica esta identificação entre normas e valores, na medida em que na realidade americana, o outro foco de seu estudo, não se visualiza a distinção entre dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, sendo a discussão travada em um nível mais politológico, e não metodológico. Para o filósofo alemão, se os princípios estabelecem um valor a ser ótimo e não há, na mesma norma, o estabelecimento da medida, a aplicação principiológica conduz a um

para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, independentemente de sua dimensão subjetiva. Em outras palavras, um determinado valor jurídico pode estar contido no ordenamento jurídico apenas como direito objetivo e ainda assim poderá ser utilizado como paradigma de constitucionalidade.¹²

O ordenamento jurídico passa a estar submerso nos conteúdos fundantes dos direitos fundamentais, motivo pelo qual estes condicionam a atuação dos três poderes estatais. Há uma humanização da ordem jurídica “ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social”.¹³ Também associada à eficácia de irradiação, está a interpretação conforme à Constituição. Por meio desta técnica hermenêutica é possível que o Estado concretize os valores fundamentais expressos nos documentos constitucionais.

A perspectiva axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais determina que a eficácia dos mesmos não deve ser valorada sob o ponto de vista meramente individual, e sim coletivo, já que representam fins que a sociedade deve respeitar e concretizar. Logo, a dimensão objetiva auxilia a delimitar o alcance e o conteúdo dos direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva, bem como legítima eventuais restrições em prestígio ao interesse público, restrições essas que sempre devem observar e preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.¹⁴

No contexto da Constituição como sistema aberto de regras e princípios, direitos subjetivos individuais ou obrigações objetivas endereçadas ao poder público podem ser consagradas tanto por meio de princípios quanto por meio de regras, sendo impossível a criação de paralelismos, como, por exemplo, a relação entre princípios e a perspectiva objetiva de direitos ou regras e a perspectiva subjetiva.¹⁵ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se restringe apenas às relações Estado-indivíduo, alcançando também as relações entre indivíduos (sendo este fenômeno denominado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), a partir da qual os indivíduos encontram-se protegidos contra abusos praticados por outros indivíduos.¹⁶

sopesamento de caráter teleológico, orientado pelos fins a serem alcançados. Entretanto, aprioristicamente não existem valores superiores perante os demais, de modo que o sopesamento acaba transmutando a interpretação de direito válido em um mero negócio jurisprudencial de concretização e realização destes valores.

¹² Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana* (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007), 66.

¹³ Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas* (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004), 154-155.

¹⁴ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 151.

¹⁵ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 148-151.

¹⁶ De Azevedo y Hennig Leal, “A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, 448.

Conforme referido, decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o dever de proteção estatal, que será tratado no próximo tópico.

2. A “proibição de proteção insuficiente” e a “proibição de excesso” como desdobramentos do dever de proteção estatal

A questão dos desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se extinguiu em Lüth. Neste caso, “a Corte Constitucional precisou da noção de valores objetivos a fim de demonstrar que os direitos fundamentais não estavam confinados à aplicação vertical”.¹⁷ Com esta base formada, logo a Corte construiu o desdobramento mais importante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, qual seja: o dever de proteção (*Schutzpflicht*). Foi no julgamento do Primeiro Caso do Aborto, de 1975, que o Tribunal Constitucional Alemão cunhou esta expressão. Contextualizando, no Primeiro Caso do Aborto foram questionados, pela primeira vez, os arts. 2 II 1 e 1 I 2, da Lei Fundamental Alemã, que tinham por objetivo proibir o aborto. Na oportunidade, o Tribunal Constitucional afirmou ser dever do Estado proteger a vida de todas as pessoas, bem como sua dignidade inerente, motivo pelo qual ficou estabelecido o dever do Estado de proteger o nascituro.¹⁸

Em 1993, chegou ao Tribunal Constitucional Alemão nova impugnação, referente aos mesmos artigos da Lei Fundamental. Nesta oportunidade, com o intuito de permitir a prática abortiva, a Corte trouxe o conceito de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermassverbot*), de forma que ao Estado incumbe adotar medidas suficientes e efetivas para proteger os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana. Logo, para a referida Corte a proibição de proteção insuficiente não implicaria, necessariamente na proibição do aborto, podendo haver outros meios de se proteger o feto. Neste contexto, destaca-se a importância do legislador, uma vez que a ele é outorgada a tarefa de proteger, em primeiro plano, os direitos fundamentais, sendo necessária a criação de leis e atos normativos que cumpram com os deveres propostos por aqueles direitos.¹⁹

Após a Segunda Decisão do Aborto, a maioria dos casos entregues ao *Bundeverfassungsgericht* se referiram a bens e interesses constitucionalmente protegidos e os riscos produzidos pelo advento de novas tecnologias e seu uso comercial: “energia atômica, manipulação genética de alimentos, ruído dos aviões e seu impacto na vida e na saúde, processamento eletrônico de dados e suas ameaças ao livre desenvolvimento pessoal (...)”.²⁰ Naquelas oportunidades, “(...) a questão não era saber se

¹⁷ Grimm, “A função protetiva do Estado”, 156.

¹⁸ Grimm, “A função protetiva do Estado”, 157.

¹⁹ Hennig Leal y Maas, “Dever de proteção estatal” ..., 76-77.

²⁰ Grimm, “A função protetiva do Estado”, 158.

o legislador, ao regular atividades privadas, tinha ultrapassado os limites impostos pelos direitos fundamentais, mas sim se ele havia fornecido proteção suficiente contra riscos recém surgidos”.²¹ O espectro de proteção dos direitos fundamentais passa a alcançar as relações entre indivíduos, de forma que o dever de proteção deve ser interpretado como um dever estatal tanto em suas relações com os cidadãos quanto nas relações entre particulares, de modo que, independentemente da matéria que se esteja a tratar, sempre haverá a necessidade de o Estado agir no sentido de proteger suficientemente os direitos fundamentais.²² Configura-se um duplo dever estatal (*doppelte Schutzpflicht des Staates*), uma vez que

Enquanto os direitos fundamentais como direitos negativos protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas sim de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal.²³

A palavra de ordem passa a ser segurança dos direitos fundamentais, uma vez que, forte no dever de proteção estatal, passa a ser insuficiente a postura negativa do Estado, devendo este adotar uma postura concretizadora dos direitos, criando condições legislativas, institucionais e estruturais para o seu exercício. Neste contexto, é possível dividir o dever de proteção estatal em três espécies: a) “dever de proibição” (*Verbotspflicht*); b) “dever de segurança” (*Sicherheitspflicht*) e; “dever de evitar riscos” (*Risikopflicht*). A primeira significa o dever imposto ao Estado de, eventualmente, proibir determinado comportamento, em nome da proteção de algum direito fundamental; o segundo, consiste no dever estatal de proteção aos direitos fundamentais de seus cidadãos em face de ataques de terceiros; por fim, o terceiro, refere-se ao dever estatal de proteger os cidadãos dos riscos de violação dos direitos fundamentais, inclusive nos âmbitos técnicos e tecnológicos que, no cenário da sociedade da informação, possuem o risco de lesão agravado.²⁴

Os três Poderes devem direcionar suas atividades, em conjunto, ao cumprimento do dever de proteção estatal. Ao Poder Legislativo, além da tarefa de determinar deveres estatais após a violação de um direito fundamental, cabe adotar uma postura preventiva, em defesa destes mesmos direitos, ao passo que ao Poder Executivo incumbe a concretização dos direitos fundamentais por meio das normas programadas, restando ao Poder Judiciário o controle dos atos praticados pelos demais Poderes e a sua efetivação, tendo o Estado o dever de proteger todas as dimensões

²¹ Grimm, “A função protetiva do Estado”, 158.

²² Hennig Leal y Maas, “Dever de proteção estatal”..., 81.

²³ Grimm, “A função protetiva do Estado”, 156.

²⁴ Hennig Leal y Maas, “Dever de proteção estatal”..., 81-82.

dos derechos fundamentales.²⁵ Em alguns casos este aspecto é densificado, em face da eventual falta de habilidade e de conhecimento técnico necessário ao legislador, para fornecer a proteção adequada e suficiente aos direitos fundamentais, de modo que “mais e mais leis regulando o uso comercial de novas tecnologias são inaptas para determinar claramente os padrões de segurança. Isso é particularmente verdadeiro em relação a tecnologias complexas ou em rápida evolução”.²⁶

Nesta perspectiva, surgem as noções de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermassverbot*) e de “proibição de excesso” (*Übermassverbot*), como parâmetros de controle do dever de proteção estatal. Estes conceitos encontram-se estreitamente relacionados ao princípio da proporcionalidade e apresentam-se em duas dimensões, insuficiência e excesso. A partir do pressuposto de que a proteção da Constituição é uma meta, ao legislador é imposta a tarefa de detalhar o tipo e a extensão desta proteção, devendo observar a proibição de insuficiência,²⁷ que pode ser conceituada como um mínimo exigido pela Constituição para a concretização dos direitos fundamentais. Portanto, é necessário que a efetividade do dever de proteção seja ponderada entre as balizas da proteção insuficiente e da proibição de excesso, de modo que seja possível determinar o mínimo de garantias exigidas constitucionalmente para um determinado direito fundamental.²⁸

Ainda que ao legislador seja atribuída a tarefa primeira de proteger os direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem um papel relevante, na medida que a ele incumbe a construção jurisprudencial da proteção dos direitos fundamentais. Por meio da interpretação dos Tribunais que os direitos fundamentais são atualizados e se mantêm eficazes, independentemente do transcurso temporal e das inovações tecnológicas. Logo, é relevante verificar “se” um direito fundamental possui proteção decorrente de uma violação e “como” deve se realizar a sua proteção, na perspectiva do parâmetro da proibição de insuficiência.²⁹

Demonstrado o dever do Estado na proteção dos direitos fundamentais, por meio da implementação das medidas necessárias legislativas ou regulamentares para o seu exercício, será analisada, no próximo tópico, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF, de modo a verificar os fundamentos utilizados para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados, bem como seus impactos na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), decorrentes dos deveres inerentes ao dever de proteção estatal.

²⁵ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 155.

²⁶ Grimm, “A função protetiva do Estado”, 158.

²⁷ Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta*, 37-38.

²⁸ Hennig Leal y Maas, “*Dever de proteção estatal*”..., 92-97.

²⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. por Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto (Coimbra: Almedina, 2009), 122.

3. ADI 6387/DF e os contornos do direito fundamental à proteção de dados pessoais: Algumas considerações acerca dos impactos na Lei Geral de Proteção de Dados

No combate à pandemia ocasionada pelo vírus da covid-19, foi editada, pelo Presidente da República, a Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020,³⁰ que dispôs acerca do “compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações (...) com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência”.³¹ De fato, havia um interesse do Poder Executivo em substituir a habitual colheita de dados presencial pelo IBGE, onde o agente público saía à rua visitando as residências familiares e realizava diversos questionamentos, por uma captação de dados em massa a partir do fornecimento de informações pelas empresas de telecomunicação fixa e móvel. Esta medida despertou a desconfiança do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que propôs, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.387/DF, distribuída sob a relatoria da ministra Rosa Weber. Esta mesma Medida Provisória foi objeto, ainda, de outras quatro ADIs, propostas, respectivamente pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), todas distribuídas por dependência à primeira, uma vez que mais abrangente, e julgadas em conjunto.

A ministra Rosa Weber deferiu a medida cautelar pleiteada nos autos, nos termos do artigo 21, incisos IV e V, do Regimento Interno do STF,³² e submeteu a matéria ao referendo do Plenário, referendo este que passará a ser analisado à luz da dimensão

³⁰ Considerando o contexto pandêmico oriundo da Covid-19, o governo brasileiro editou a Medida Provisória n.º 954/2020 a fim de proporcionar a realização do censo pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Historicamente, o censo ou recenseamento brasileiro é um ato por meio do qual diversas pessoas, exercendo uma função pública, deslocam-se de residência em residência com o objetivo de realizar um estudo estatístico da população brasileira. Inviabilizado o contato humano durante a pandemia, a tentativa por meio da MP foi a de realizar este censo por meio da coleta de dados diretamente nos bancos de dados das companhias telefônicas.

³¹ Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020, dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n.º 13.973, de 6 de fevereiro de 2020 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm).

³² Regimento interno do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, atualizado até a Emenda Regimental n.º 57/2020 (<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>).

Art. 21. São atribuições do Relator:
[...]

objetiva dos direitos fundamentais, em específico no que se refere ao dever de proteção estatal. Registre-se que, quando da propositura das ADIs, bem como da decisão do STF, a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), não estava em vigor, uma vez que teve o prazo de *vacatio legis* expandido pela Medida Provisória n.º 959, de 29 de abril de 2020.³³

Contextualizando, a OAB questionou a constitucionalidade da referida Medida Provisória tanto sob o aspecto formal quanto material. No que concerne ao aspecto formal, que nesta pesquisa não será abordado de maneira robusta, sustentou que, na matéria, não estavam presentes os requisitos de relevância e de urgência impostos pelo art. 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,³⁴ necessários à edição dessa espécie normativa. Já no que tange à questão material, argumentou que o diploma atentava contra o postulado fundamental da dignidade da pessoa humana,³⁵ bem como violava as cláusulas assecuratórias da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assim como o sigilo de dados e a autodeterminação informativa.³⁶

A primeira a se pronunciar foi a ministra Rosa Weber, que, na introdução de seu voto, contextualizou o seu entendimento jurídico sobre a matéria com preocupação, entendendo que “as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados por agentes públicos ou privados consiste em um dos maiores desafios

iv – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

v – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, ad referendum do Plenário ou da Turma;

³³ Art. 4º A Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 65. [...]

II - em 3 de maio de 2021, quanto aos demais artigos.” (NR)

³⁴ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

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;

contemporâneos do direito à privacidade”;³⁷ motivo pelo qual o “direito à privacidade (*right to privacy*) e os seus consectários direitos à intimidade, à honra e à imagem emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações”.³⁸ Em outras palavras, no cenário da sociedade da informação, onde os dados pessoais circulam como outrora circulou o ouro, os valores constitucionais da privacidade, da honra e da imagem devem permear essas relações, visando a proteger o indivíduo.

Por isso, entendeu a ministra que os dispositivos jurídicos tendentes a relativizar o direito à privacidade, mesmo no âmbito digital, não podem ser editados de “uma forma que não garanta mecanismos de proteção compatíveis com as cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (...), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade”.³⁹ Trata-se, de fato, de uma decorrência da dupla dimensão dos direitos fundamentais, na medida em que, em face destes direitos, deve o legislador buscar, sempre, em sua atividade legiferante, a concretização de direitos fundamentais, e não a sua restrição irrazoável.

Prosseguindo no julgamento, para o ministro Alexandre de Moraes, “a inviolabilidade do sigilo de dados complementa a previsão do direito à intimidade e vida privada”.⁴⁰ Neste sentido, entende ele que a legislação tendente a regular ou restringi-lo necessita de uma análise acerca de sua abrangência e amplitude, “pois toda a proclamação de direitos individuais nasceu para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição”.⁴¹ Os direitos à personalidade e à proteção de dados não são absolutos, encontrando-se limitados pelos limites impostos por outros direitos fundamentais, sendo indispensável a ponderação no caso concreto:

(...) todas as limitações, a direitos e garantias individuais precisam seguir os parâmetros constitucionais de excepcionalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Além desses parâmetros constitucionais, precisam atentar para a finalidade de satisfação a justas exigências de moral, ordem pública e bem-estar de uma sociedade democrática (...).⁴²

Pode-se afirmar, pois, que, de maneira implícita, o ministro Alexandre de Moraes reconhece uma dimensão objetiva ao direito à proteção de dados, que resulta em um ônus jurídico objetivo em face do Estado, que deve observar as limitações constitucionais para a sua regulamentação. Já o ministro Edson Fachin ressaltou a necessidade de, mesmo em tempos de grave crise, como o vivido em decorrência

³⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, Relatora ministra Rosa Weber, julgado em 07 mai. 2020, 20.

³⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 20.

³⁹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*.

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 35.

⁴¹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 35.

⁴² Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 35.

da covid-19, devem os direitos fundamentais manter-se fortes, já que “a situação de emergência, por mais penosa que seja sua natureza, não pode gerar um regime de incompatibilidade com a proteção de direitos fundamentais”,⁴³ pois eles possuem um núcleo mínimo de eficácia que deve permanecer irradiando seus efeitos inclusive em momentos de crise.

Para o ministro Luís Roberto Barroso, “os dados são, possivelmente, o principal ativo da nossa época, ou um dos principais ativos da nossa época, junto com a tecnologia”.⁴⁴ Por isso, segundo ele, é necessário ponderar o direito fundamental à vida privada e a obtenção de dados com fins estatísticos, que, em que pese não seja um fim em si mesma, é uma importante ferramenta no desenvolvimento das mais variadas políticas públicas. A conclusão da ponderação foi assim proposta em seu voto:

Compartilhamento de dados pessoais para fins de produção de estatísticas somente será compatível com o direito à privacidade se:

- 1) a finalidade da pesquisa for precisamente delimitada;
- 2) o acesso for permitido na extensão mínima necessária para a realização dos seus objetivos;
- 3) forem adotados procedimentos de segurança suficientes para prevenir riscos de acesso desautorizado, vazamentos acidentais ou utilização indevida.⁴⁵

Verifica-se, portanto, pelo exarado até aqui, que os ministros discorreram apenas implicitamente acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo que nenhum deles reconheceu o direito à proteção de dados como um direito autônomo, antes pelo contrário, outorgaram-lhe proteção em face da dimensão objetiva dos direitos fundamentais à privacidade e à vida privada. O primeiro ministro, na ordem em que os votos encontram-se organizados no julgamento, a afirmar a existência de um direito à proteção de dados como um direito fundamental autônomo foi o ministro Luiz Fux, para quem “a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos”.⁴⁶

Ao analisar a finalidade do compartilhamento de dados proposta pela MP 954/2020, o ministro Luiz Fux afirma que, mesmo havendo permissivo legal no art. 7º, inciso III, da Lei Geral de Proteção de Dados⁴⁷ – o qual não poderia incidir no caso concreto em face da *vacatio legis* referida outrora – no sentido de permitir

⁴³ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 44.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 47.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 50.

⁴⁶ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 65.

⁴⁷ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em

o uso, pela administração pública, dos dados necessários à execução de políticas públicas previstas em lei ou regulamentos, “tais procedimentos devem obedecer os princípios constitucionais e legais ínsitos à matéria”,⁴⁸ ou seja, sobre eles incide o dever de proteção estatal. Isso porque nem sempre o legislador consegue prever uma lei protetora dos direitos fundamentais em face de terceiros, motivo pelo qual devem as salvaguardas constitucionais intervir antes de eventuais violações.⁴⁹ O contexto atual demonstra uma digitalização dos direitos fundamentais, ou de uma dimensão digital dos direitos fundamentais,⁵⁰ neste contexto, o reconhecimento da autonomia e da dupla dimensão de um direito à proteção de dados pessoais traz, à LGPD, todos os caracteres inerentes a isto.

O ministro Ricardo Lewandowski, da mesma forma, ratificou a cautela concedida pela ministra relatora, entretanto, destaca-se seu voto pela importância, por ele atribuída, às informações e aos dados pessoais. Para ele, “o maior perigo para a democracia nos dias atuais não é mais representado por golpes de Estado tradicionais, perpetrados com fuzis, tanques ou canhões, mas pelo progressivo controle da vida privada dos cidadãos”.⁵¹ O processamento massivo de dados permite, quando mal utilizado, a manipulação de informações falsas com o intuito de redução do poder de escolha dos cidadãos, cenário prejudicial às democracias como um todo. Assim, preocupou-se o ministro com a vagueza e indeterminação dos limites da MP 954/2020, que poderia possibilitar, a atores mal-intencionados, a oportunidade de realizar diversas fraudes.

O segundo ministro a declarar, expressamente, um direito fundamental à proteção de dados pessoais foi, por sua vez, o ministro Gilmar Mendes, para quem

A afirmação de um direito fundamental à privacidade à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do *Habeas Data* enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.⁵²

contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

⁴⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 74.

⁴⁹ Grimm, “A função protetiva do Estado”, 158.

⁵⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, “Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988”, *Direitos Fundamentais & Justiça* 14 (2020), 180.

⁵¹ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 79.

⁵² Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 109.

Portanto, a partir de uma leitura sistemática da CRFB/88, retirou fundamentos necessários à criação de um direito fundamental autônomo de proteção de dados pessoais. Na sequência, em que pese os demais ministros já terem reconhecido, de maneira implícita, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção de dados, foi o ministro Gilmar Mendes o primeiro a explicitá-la: “a partir desses três elementos, valorização da dignidade humana, proteção constitucional à intimidade e vitalização do *habeas data*, é possível identificar dupla dimensão do âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados”.⁵³

Quanto à dimensão objetiva, “a afirmação do direito fundamental à proteção de dados pessoais impõe ao legislador um verdadeiro dever de proteção (*Schutzpflicht*) do direito à autodeterminação informacional”,⁵⁴ devendo ser “colmatado a partir da previsão de mecanismos institucionais de salvaguarda traduzidos em normas de organização e procedimento (...) e normas de proteção”,⁵⁵ Logo, verifica-se que o Estado não possui um papel meramente negativo na proteção de dados pessoais, devendo adotar um comportamento positivo, prevendo normas de organização, procedimento e proteção da matéria.

Essas normas “devem ser positivadas justamente para garantir o controle efetivo e transparente do indivíduo relativamente à circulação de seus dados, tendo como chave-interpretativa da juridicidade desse controle a noção de consentimento”,⁵⁶ de modo que o titular deve ter informação plena acerca do tratamento que será dado aos seus dados pessoais.

A ministra Carmem Lúcia, por seu turno, traz um voto permeado de valores internacionais, determinando que “há de ser garantido que os governos ou empresas não abusem dessas medidas para coletar informações privadas de caráter confidencial para fins não relacionados a crise de saúde pública vigente”,⁵⁷ Isso porque, conforme referido, mesmo durante as maiores crises, os direitos fundamentais não podem ser tolhidos de uma maneira desproporcional.

Os ministros Celso de Mello e Dias Toffoli apenas acompanharam a relatora, sem apresentar maiores argumentos, ao passo que o ministro Marco Aurélio teve seu voto vencido, na medida em que foi o único a defender a proporcionalidade das medidas impostas pela MP 954/2020 e sua consequente constitucionalidade. Para este ministro, esta medida provisória não deveria ser objeto de judicialização, uma vez que, em sua leitura, gozava ela de todos os atributos inerentes a relativização de um direito fundamental, já que traria o procedimento definido, as finalidades, bem como o prazo de duração da medida. Outrossim, entendeu ele que, pela natureza

⁵³ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 112.

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 115.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 79.

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 116.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 79.

temporária da medida provisória, deveria sua eventual inconstitucionalidade ser debatida nas casas legislativas.⁵⁸

A partir da análise da decisão do STF nos autos da ADI n.º 6387/DF, é possível afirmar que, com o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, bem como o reconhecimento de sua dupla dimensão (objetiva e subjetiva), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) entra em vigor como balizadora do exercício de um direito fundamental. Aliás, tal cenário já foi destacado pelo ministro Fux, em seu voto, na medida em que ele informa a necessidade de alguns dos dispositivos legais da LGPD serem interpretados de uma maneira teleológica, em especial o tratamento diferenciado dos dados sensíveis previsto nos arts. 11 e seguintes da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como o tratamento de dados realizado pelo Poder Público, previsto nos arts. 23 e seguintes do mesmo dispositivo legal.

Em decorrência da paradigmática decisão aqui analisada, em conjunto com a importância do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o legislador brasileiro, incluiu este direito expressamente, no art. 5º, LXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁹ por meio da Emenda Constitucional n.º 115 de 2022. Ainda que esta medida legislativa não corresponda, necessariamente, a um maior grau de concretização do direito fundamental à proteção de dados, de acordo Gargarella,⁶⁰ a menção expressa a um direito no texto constitucional é de extrema relevância para clarificar os objetivos nacionais que deverão ser perseguidos. Portanto, pode-se afirmar que a inclusão do direito à proteção de dados pessoais no catálogo de direitos fundamentais brasileiro, ratifica a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e, ingressa no ordenamento jurídica com a dúplici natureza, subjetiva e objetiva, as quais já haviam sido reconhecidas previamente pela Corte Constitucional, motivo pelo qual incidirá a teoria do dever de proteção estatal, de forma que o Estado brasileiro passa a estar ainda mais obrigado a adotar um comportamento positivo no sentido de concretizar este direito.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF*, 155-157.

⁵⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 115, de 2022).

⁶⁰ Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The engine Room of the Constitution* (New York: Oxford University Press, 2013), 157.

Conclusão

Apresentada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas decorrências doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se visualizar que com o reconhecimento desta dupla dimensão dos direitos fundamentais implica numa evolução do paradigma pautado na lógica dos direitos fundamentais dirigidos “contra” o Estado para uma noção de direitos “através” do Estado. Nesta perspectiva, os direitos que outrora eram oponíveis apenas ao Estado agora permeiam também as relações privadas, bem como impõem um dever de proteção estatal efetivo e de observância obrigatória por todos os poderes.

Deste “dever de proteção estatal” decorrem, por sua vez, duas balizas: a “proibição de proteção insuficiente” e a “proibição de excesso”. Assim, o Estado deve, através do teste de proporcionalidade, guiar o seu agir entre esses dois parâmetros de validade, sendo que suas medidas devem ser suficientes para proteger os direitos fundamentais, bem como não podem implicar em restrições demasiadas, sob pena de se configurar o excesso.

Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF foi consagrado, pelo Supremo Tribunal Federal, um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, a partir de uma interpretação sistêmica da CRFB/88, em especial do postulado fundamental à dignidade da pessoa humana, e dos direitos fundamentais à privacidade e ao *habeas data*. Nesta oportunidade, foi reconhecida a dupla dimensão deste novo direito, impondo ao Estado o dever de regulá-lo de forma eficiente, a fim de proteger eventuais ingerências arbitrárias, tanto públicas quanto privadas.

Considerando-se que a decisão foi proferida antes da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), pode-se afirmar que ela será diretamente impactada por esta construção, na medida em que deverá ser interpretada com todos os atributos inerentes aos direitos fundamentais e à sua dimensão objetiva, em especial na questão relativa à proteção dos dados pessoais denominados de sensíveis, assim considerados aqueles que versam acerca de origem racial ou étnica, convicção religiosa, dados referente à saúde, entre outros, bem como na provável interpretação restritiva da Lei no que tange ao compartilhamento de dados lícitamente coletados.

Por fim, importante registrar que, em sequência ao reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, no dia 10 de fevereiro de 2022, foi promulgada, pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a Emenda Constitucional 115, que incluiu, expressamente, no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.⁶¹

⁶¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 115, de 2022).

Bibliografia

- ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.
- DE AZEVEDO, Douglas Matheus y Mônia Clarissa HENNIG LEAL. “A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Noções de ‘dever de proteção’ do Estado como fundamento para a utilização das ‘sentenças estruturantes’”. *Novos Estudos Jurídicos* 21 (2016): 442-461.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.
- GRIMM, Dieter. “A função protetiva do Estado”. Traduzido por Eduardo Mendonça. En Cláudio PEREIRA SOUZA Neto e Daniel SARMENTO. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 149-166.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traduzido Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade, volume II*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa y Rosana Helena MAAS. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Secretária-geral. Brasil. *Medida Provisória n.º 957, de 17 de abril de 2020*. Acesso el 01 de julio. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988”. *Direitos Fundamentais & Justiça* 14 (2020): 179-218.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF*. Relatora ministra Rosa Weber, julgado em 07 mai. 2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.