



## Considerações sobre o dever estatal de tutela ao direito fundamental de proteção aos dados pessoais

*Considerations on the state's duty to provide the fundamental right to protection to personal data*

 **Pedro Henrique Hermes**

Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS)  
Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul  
Santa Cruz do Sul, RS – Brasil  
pedrohermes.1@hotmail.com

 **Rogério Gesta Leal**

Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS)  
Doutorado em Direito pela Universidade de Santa Catarina  
Santa Cruz do Sul, RS – Brasil  
gestaleal@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo de investigar a construção teórica do dever estatal de proteção aos dados pessoais a partir da dimensão objetiva do direito fundamental respectivo. Utilizou-se como método de abordagem o dedutivo e de procedimento o monográfico. Nesse sentido, constatou-se que o direito fundamental à proteção de dados, no Brasil, apesar de recentemente positivado, ensejando também uma dimensão objetiva de tal direito. Consequentemente, surge um dever estatal de tutela, que se consubstancia através da regulação, políticas públicas, sendo atualmente materializado pelas legislações ordinárias, como a LGPD, uma Autoridade Nacional de Proteção, bem como pela possibilidade de uma futura LGPD-Penal.

**Palavras-chave:** dever estatal; direitos fundamentais; dados pessoais.

**Abstract:** This article aims to investigate the theoretical construction of the state's duty to protect personal data from the objective dimension of the respective fundamental right. The deductive method and the monographic procedure were used as a method of approach. In this sense, it was found that the fundamental right to data protection, in Brazil, despite being recently positive, also giving rise to an objective dimension of such right. Consequently, a state duty of guardianship arises, which is embodied through regulation, public policies, and is currently materialized by ordinary legislation, such as the LGPD, a National Protection Authority, as well as the possibility of a future LGPD-Penal.

**Keywords:** state duty; fundamental rights; personal data.

*Para citar este artigo (ABNT NBR 6023:2018)*

HERMES, Pedro Henrique; LEAL, Rogério Gesta. Considerações sobre o dever estatal de tutela ao direito fundamental de proteção aos dados pessoais. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 242-257, jul./dez. 2022. <http://doi.org/10.5585/r tj.v11i2.20425>

## **Introdução**

No Estado Democrático de Direito, eis que superado o paradigma individualista, marcado pela concepção de dignidade da pessoa humana e por direitos prestacionais de terceira geração, os direitos fundamentais recebem especial enfoque, ultrapassando uma noção meramente subjetiva, vinculada ao Estado Liberal, erigindo a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja observância não deve ser apenas pelo particular, mas também pelo Estado e pelos demais indivíduos. Vale lembrar que é nesse modelo estatal que surge o Constitucionalismo Contemporâneo, marcado pela prevalência dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional.

De outro lado, observa-se que a Internet também trouxe notáveis mudanças nos ordenamentos jurídicos, com novas perspectivas de análises dos direitos, principalmente dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os direitos fundamentais da privacidade e da liberdade na sociedade da informação, tiveram seus âmbitos de proteção e seus limites alargados e diversificados, fenômeno também decorrente dos riscos dessa nova perspectiva de sociedade. Os direitos fundamentais não se comportam da mesma maneira de quando não havia o espaço informacional. Com especial destaque surgiu a disciplina da proteção de dados pessoais, consequência, em um primeiro momento, da proteção da privacidade, assumindo, após, uma maior amplitude, erigindo-se, inclusive, como direito fundamental. Visto o notável crescimento da Internet aliado a possíveis situações de risco, demonstram uma necessária e adequada proteção.

Nesse sentido, impõe-se o seguinte questionamento: a partir do direito fundamental de proteção de dados pessoais, é possível afirmar a existência de um dever estatal de proteção de dados pessoais decorrente de sua dimensão objetiva? Para responder a essa problemática, será utilizado como método de abordagem o dedutivo, tendo em vista que se partirá de uma visão geral sobre o dever de proteção estatal, perpassando sobre o direito fundamental de proteção de dados e, ao final, analisar-se a existência de um possível dever estatal de proteção de dados pessoais. Como método de procedimento utilizar-se-á o monográfico, porquanto a pesquisa será realizada com base em revisão de bibliografia em documentos, artigos científicos e obras jurídicas.

A pesquisa se divide em três tópicos, onde, no primeiro, será apresentado o conceito de dever de proteção estatal, oriundo da concepção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Em um segundo momento, abordar-se-ão as bases doutrinárias para se afirmar a existência do direito fundamental de proteção de dados pessoais, erigido, principalmente, a

partir do fenômeno da sociedade da informação, com âmbito de proteção e limites próprios. Por fim, será apurado se existe, diante das bases teóricas propostas, o dever do Estado de proteger os dados pessoais a partir de uma possível dimensão objetiva desse direito fundamental.

## **1 Breves tópicos sobre os direitos fundamentais e o dever de proteção estatal a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais**

No presente tópico, pretende-se abordar brevemente acerca dos direitos fundamentais e as origens da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever a ela correspondente, bem como verificar de que maneira esse dever estatal se comporta na ordem constitucional brasileira a partir da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, a Constituição expandiu largamente o catálogo de direitos fundamentais, consagrando no país o Estado Democrático de Direito, assentado na noção de dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar tais direitos positivados na Carta. Entretanto, a noção atual de direitos fundamentais passou por gradativas transformações desde a primeira Constituição, em 1824, percorrendo extensas modificações no sistema de direitos fundamentais, que constituem direitos subjetivos e elementos básicos do Estado Democrático de Direito (LEAL, 2000, p. 187). Essa concepção passa pelo conhecido percurso histórico dos diversos modelos de Estado, a partir do Estado Liberal, do Social até o Democrático de Direito, na forma como os direitos fundamentais se perpetuaram em cada um deles, até a atual, onde há a uma predominância dos direitos fundamentais e das normas constitucionais sobre as normas ordinárias.

Para se compreender adequadamente a noção de dever estatal de proteção, é preciso uma breve imersão sobre a teoria dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais, a partir de uma concepção expansiva proposta por Sarlet são

todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equipadas, tendo, ou não, assento na constituição formal (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 323)

Ou seja, são direitos fundamentais os que se encontram no texto constitucional, obedecendo a uma lógica de forma, bem como os que possuem conteúdo que lhes permite equiparar a direitos fundamentais, não se encontrando, apesar disso, positivados na Constituição, como era o caso, que adiante se verá, da proteção aos dados pessoais até o advento da Emenda Constitucional 115/2022. Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser

analisados a partir de seu âmbito de proteção, que nada mais é que o bem jurídico tutelado por esse direito fundamental (SARLET, 2010, p. 387), ou seja, o objeto que o direito visa assegurar e proteger, ou a partir do que se chama de limites dos direitos fundamentais. Tratam-se das

ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (*aspecto subjetivo*) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (*aspecto objetivo*) que resultem dos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 291).

Além disso, é preciso mencionar que os direitos fundamentais “têm restrições limitadas e, tais limites, conforme a Constituição Federal, se referem tanto à necessidade da proteção de um núcleo essencial de direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas” (LEAL, 2000, p. 187), surgindo o que a doutrina chama de princípio da proteção do núcleo essencial, que objetiva impedir restrições desprovidas e descabidas (LEAL, 2000, p. 187).

Nesse sentido, observa-se que os direitos fundamentais operam a partir de uma dupla perspectiva, ou seja, as dimensões subjetiva e objetiva. Sarlet (2010, p. 152) aduz que a dimensão subjetiva trata da possibilidade de que a um “titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”. Dimoulis e Martins (2018, p. 138) referem, por outro lado, que ela se trata de “um direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual”. Assim, denota-se que a dimensão subjetiva está imbricada com a noção subjetivista oriunda do Estado Liberal, onde se objetivava a resistência e o afastamento da intervenção estatal.

De outro lado, a dimensão objetiva surgiu mais recentemente, a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso *Lüth-Urteil*, que inaugurou a perspectiva dessa dimensão (LEAL, MAAS, 2018, p. 51). A referida dimensão apresenta que “os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos” (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 351), evidenciando que os direitos fundamentais transcenderam a perspectiva subjetiva, meramente relacionada a um caráter individualista, por todos devendo ser observados.

Como dito, a dimensão objetiva foi marcadamente construída a partir do caso *Lüth-Urteil*, cuja breve referência deve ser feita. Tratava o caso, no contexto pós-Segunda Guerra, onde Lüth promoveu boicote a um filme dirigido por Veit Harlan, tendo em vista que possuiria

conteúdo marcadamente antissemita. O Tribunal Constitucional Alemão, na emblemática decisão, referiu que Lüth estaria exercendo seu direito fundamental de liberdade de expressão, sendo necessária a proteção do direito fundamental em relação aos particulares, haja vista que os direitos fundamentais consistiriam em uma ordem objetiva de valores, orientando todos os demais ramos do direito. Nesse sentido, estaria rechaçada a aplicação tão somente do Código Civil no caso concreto, como ocorreu nas instâncias anteriores ao Tribunal Constitucional. Conforme assentam Maas e Leal:

Na prática, o Tribunal Constitucional Alemão implantou a ordem para que, nas relações privadas, entre particulares, seja em uma questão possessória, contratual ou de família, os direitos fundamentais também sejam observados, não se podendo conceber relações jurídicas (de qualquer natureza, e não apenas aquelas que envolvam diretamente os direitos fundamentais), à margem da Constituição, devendo o Estado zelar pela defesa dos direitos fundamentais não só nas relações em que é parte, mas, ainda, nas relações privadas. (LEAL, MAAS, 2018, p. 54-55).

Portanto, trata-se de uma irradiação da Constituição nas relações privadas em geral, que devem ser pautadas pelos direitos fundamentais, que constituem verdadeiro norte na interpretação das normas jurídicas. Dentro da noção de dimensão objetiva é que se insere a questão envolvendo os deveres de proteção do Estado. Apesar da crítica elaborada pelos autores, Dimoulis e Martins (2018, p. 142), que reconhecem somente o Estado como violador de direitos fundamentais, trazem sucinto conceito, declarando que referido dever estatal se trata do “dever do Estado de proteger ativamente o direito fundamental contra ameaças de violação provenientes, sobretudo, de particulares”.

Sarlet acrescenta que se “afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 146). Observa-se ainda que o dever estatal de proteção está agregado “à função dos direitos fundamentais na condição de imperativos de tutela, que, por sua vez, encontra-se associada ao monopólio estatal no que diz com o exercício da força e da consequente genérica vedação da auto-tutela” (SARLET, 2010, p. 149). Conforme aduzem Leal e Maas (2020, p. 53),

O pilar dessa teoria deriva do fato de que é concebido que o Estado de Direito, em um aspecto meramente formal, não é suficiente para assegurar os direitos fundamentais – o que foi comprovado pela ditadura nazista. Nesse olhar, os direitos fundamentais passam a ser inseridos no início da Constituição (na Constituição Brasileira do artigo 5º ao 17), para justamente serem nortes às demais normas constitucionais e ordinárias, pressupondo uma vinculação também material das leis, com forte vinculação com o conteúdo dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, “o dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, e é um dos mais importantes desdobramentos da teoria contemporânea dos direitos fundamentais – dimensão objetiva” (KOHLS, LEAL, 2018 p. 158). Trata-se, então, de um ganho qualitativo aos direitos fundamentais, tendo em vista que “decorre da ideia de que os direitos fundamentais incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais” (LEAL, MAAS, 2020, p. 58), agregando-se aos direitos não apenas a concepção individualista, mas ampliando a esfera de proteção e do dever de observância desses direitos e impondo ao Estado efetiva atuação para que eles sejam assegurados, seja por meio da atividade legislativa, políticas públicas e decisões judiciais. Logo, há uma

conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas a daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço na vida pessoal (SARLET, 2010, p. 151)

Portanto, é da concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que se afirma a existência do dever estatal de proteção, haja vista que a partir de tal dimensão e da observância dos direitos por todos, que o Estado deve garantir efetivos meios de proteção a tais direitos. No Brasil, tal teoria tem sido debatida, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, como no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, onde se debateu os direitos fundamentais do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a livre iniciativa econômica (LEAL, MAAS, 2020, p. 59). Assim, a partir da decisão, aponta-se que

em virtude do aspecto objetivo dos direitos fundamentais, o Estado está obrigado a criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo desses direitos, como possui o dever de não apenas abster-se de intervir no âmbito de proteção a esses direitos, como também de proteger os mesmos contra agressões de terceiros (LEAL, MAAS, 2020, p. 60).

Além disso, o dever estatal também veio afirmado pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgamento onde tratou sobre a proteção de dados pessoais, considerando-o um direito fundamental (BRASIL, 2020). Entendendo, no caso em comento, que determinado ato normativo violava a existência de tal direito, sobretudo a partir de um dever estatal de tutela dos dados pessoais, consolidou uma ampla proteção legislativa sobre os dados. A temática será abordada abaixo, mostrando-se necessário, antes de aprofundar sobre o dever estatal, analisar a existência desse direito na ordem constitucional.

## **2 Da privacidade aos dados pessoais: o direito fundamental de proteção de dados pessoais na era da informação e sociedade de risco**

As transformações econômicas e sociais ligadas ao desenvolvimento da tecnologia, especialmente a Internet, acarretaram transformações jurídicas mediante o aprimoramento e criação de novos direitos, que se ampliam da proteção da liberdade e da privacidade. Os novos delineamentos da privacidade na Era da Informação resultaram em uma disciplina jurídica própria da proteção da privacidade dando ensejo à proteção de dados pessoais, cujo direito fundamental amplia a esfera de proteção individual.

Diversos fatores foram determinantes para a compreensão jurídica relativa aos dados pessoais. Nesse sentido, aponta Zuboff, a partir de seu conceito de capitalismo de vigilância, sérias consequências ao ser humano, haja vista que, nessa forma de capitalismo, a experiência humana é a matéria-prima, permitindo mapeamento de dados comportamentais, ampliação do mercado de comportamentos futuros, bem como a automatização das pessoas (ZUBOFF, 2020, p. 18-19), trazendo inúmeras consequências ao ser humano e a sua liberdade nesse ambiente de vigilância constante.

A autora atribui o surgimento dessa nova forma de capitalismo à empresa Google, eis que foi precursora na utilização dos dados para mapeamento comportamental (ZUBOFF, 2020, p. 81-82). Exemplifica Zuboff (2020, p. 17), com o caso do termostato Nest, capaz de coletar inúmeros dados pessoais de seu usuário a partir de sofisticada inteligência artificial, possibilitando armazenamento de dados, depósitos de conhecimento e poder, assumindo a empresa responsável pouca responsabilidade pela segurança.

Grande parte dos mecanismos de processamento, a exemplo do Nest, são efetivados com o próprio consentimento do usuário, detentor dessas informações, que, na posição de vulnerável, não possui total conhecimento sobre o tratamento dos dados, posto que as ferramentas conexas ao “acesso à internet, telefones móveis, televisão interativa, entre outros, extraem dos cidadãos/usuários uma gama crescente de dados pessoais que são oferecidos ‘gratuitamente’ aos fornecedores de bens e serviços” (BUCHAIN, 2019, p. 210). É dentro desse contexto que se afirma que os novos meios de comunicação oriundos da sociedade em rede vão à contramão da preservação da privacidade das pessoas, que têm obstáculos em assumir o controle das informações que delas são extraídas (RUARO; GLITZ, 2019, p. 342).

Os novos contornos demonstram que o direito à privacidade como direito de ser deixado só, como preceituaram Warreis e Brandeis (1890), é esvaziado frente a esses mecanismos, evidenciando uma necessidade de aprimoramento legislativo. Ressalta-se que “a experiência legislativa segue justamente nessa direção, confirmando como é impossível prescindir de uma

estratégia institucional articulada e integrada” (RODOTÀ, 2008, p. 81), devendo constituir efetiva atuação estatal na gestão e criação dos mecanismos necessários de regulação das práticas do ambiente da informação, que transcendem as fronteiras e a soberania de qualquer Estado. Sendo assim, “[...] a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas – *i.e.* é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos” (RODOTÀ, 2008, p. 17). Nesse sentido, é possível verificar que:

A proteção dos dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da sociedade tecnológica, notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática. [...] 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.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 472).

Nesse ponto, é possível afirmar que, no atual panorama, existe o direito fundamental à proteção de dados pessoais não apenas com a mudança do texto da Constituição com a EC n. 115/2022, mas, antes dela, quando era considerado implicitamente constitucional, em um sentido material. Esse novo “direito fundamental exorbita aquele protegido pelo direito à privacidade, pois não se limita apenas aos dados íntimos ou privados, ao revés, refere-se a qualquer dado que identifique ou possa identificar um indivíduo” (MENDES; FONSECA, 2020, p. 473).

Assim, é possível dizer que o âmbito de proteção de tal direito fundamental de proteção dos dados pessoais engloba o direito de acesso e conhecimento dos dados, possibilidade de não conhecimento e não serem utilizados os dados pelo Estado ou terceiros, conhecimento de quem são os responsáveis pelas operações envolvendo os dados da pessoa, conhecimento da finalidade, direito de retificar e excluir os dados (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 473-474).

Albers (2016, p. 29-30) aduz que a disciplina da proteção de dados não busca proteger tão somente os dados, mas os indivíduos aos quais aqueles dados se referem, não sendo uma concepção isolada apenas dos dados, de caráter individualista. Trata-se, então, de uma necessidade de “compreensão multidimensional de direitos fundamentais; e, em decorrência disso, a proteção de dados inclui um conjunto de direitos que precisam ser descritos de uma maneira nova” (ALBERS, 2016, p. 33), de modo que os indivíduos possam ter conhecimento dos dados, obter a informação, participar e influenciar nas questões relativas aos dados pessoais (ALBERS, 2016, p. 34).

Portanto, o direito relativo aos dados não se trata de um direito instrumental visto tão somente como protetor de outros direitos, mas de “um conjunto complexo de interesses dignos de tutela” (ALBERS, 2016 p. 38), cuja compreensão deve ser “multidimensional de direitos fundamentais e exige descrições inteiramente novas dos interesses protegidos” (ALBERS, 2016, p. 38).

Nesse sentido, foi o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 6387, que tratava sobre a tese de inconstitucionalidade da Medida Provisória 954/2020, eis que violava o sigilo e proteção dos dados. A referida medida dizia respeito a obrigatoriedade de compartilhamento dos dados telefônicos das operadoras ao IBGE durante a pandemia de COVID-19 (BRASIL, 2020, p. 02). Em seu voto, afirmou o Ministro que o direito fundamental à proteção de dados pessoais “não mais se adstringe à demarcação de um espaço privado, mas, antes, afirma-se no direito à governança, transparência e sindicabilidade do tratamento de dados compreendidos em acepção abrangente” (BRASIL, 2020, p. 20). No mesmo sentido, declarou:

A afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais – há de se dizer – não se faz tributária de mero encantamento teórico, mas antes da necessidade inafastável de afirmação de direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas.

Considerando que os espaços digitais são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade (BRASIL, 2020, p. 21).

Trata-se, então, de um alargamento do rol de direitos fundamentais previstos na Constituição. Destaca-se que a separação da privacidade e proteção de dados não é novidade no âmbito global, tendo em vista que, a exemplo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a proteção de dados é tida como direito fundamental apartado dos demais (RODOTÀ, 2008, p. 175).

Tal direito fundamental opera em dupla dimensão: uma dimensão subjetiva, na qual o indivíduo delimita a intervenção estatal; dimensão objetiva, onde há o dever do Estado de promover mecanismos que assegurem esse direito (MENDES; FONSECA, 2020, p. 473-474), o que será adiante abordado com maior profundidade. Essa caracterização da proteção de dados como direito fundamental contribui para o fenômeno da “constitucionalização da pessoa” (RODOTÀ, 2008, p. 17), cuja extensão decorre da própria dignidade da pessoa e da sua liberdade em desenvolver a personalidade humana, posto que a “inviolabilidade da pessoa deve ser reconfigurada e reforçada na dimensão eletrônica” (RODOTÀ, 2008, p. 19).

Nesse contexto que Stefano Rodotà (2008, p. 18) adverte que “proteção de dados é uma expressão de liberdade e dignidade pessoais”. Se não bem protegidos e amparados, os dados pessoais podem constituir instrumento a prejudicar diversos direitos já assentados em favor do indivíduo. Dessa maneira, necessária se faz uma releitura dos direitos de liberdade à luz do arcabouço protetivo de dados pessoais, fundamento e condição o exercício dos direitos fundamentais na rede, como limite ao direito de liberdade e possíveis violações praticados por terceiros. Nesse sentido,

Sinteticamente, pode-se dizer que, por um lado, o respeito ao direito à proteção dos dados pessoais se configura como uma pré-condição para fruição plena dos outros direitos fundamentais; e, por outro lado, impõe uma reconstrução dos direitos fundamentais específicos no novo contexto social delineado pelas tecnologias da informação e da comunicação (RODOTÀ, 2008, p. 200).

Por fim, conferir uma adequada proteção de dados, especialmente pelo seu caráter de direito fundamental, aliado as disposições previstas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais visa deixar clara a proteção constitucional dada ao indivíduo, que deve buscar a efetividade do macroprincípio constitucional, protegendo a personalidade humana “sem que intervenções externas e constitucionalmente ilegítimas comprometam o exercício pelas pessoas de sua liberdade e da possibilidade de terem controle sobre os próprios dados” (SARLET; SAAVEDRA, 2020, p. 53). Logo, a proteção de dados pessoais não se caracteriza pela proteção do dado em si, mas de diversas dimensões do indivíduo e de seus direitos no âmbito da sociedade da informação.

Nesse sentido, importa destacar que tal direito é fruto de construção teórica que antes de sua positivação era visto como direito implícito. Contudo, pendiam críticas à existência de tal direito fundamental para alguns doutrinadores, como Dimoulis e Martins (2018, p. 53) que entendiam não ser concebível que existam direitos fundamentais em sentido material, pois, por mais que o direito tenha caráter fundamental, “eles podem ser modificados sem respeitar os ritos decorrentes da rigidez constitucional. Por isso, os direitos fundamentais devem ser definidos com base em sua força formal decorrente da maneira de sua positivação”. Todavia, fato é que os direitos fundamentais não se excluem no rol taxativo previsto no artigo 5º da Constituição. Em relação aos dados pessoais, antes da Emenda, o Supremo Tribunal Federal, no papel de guardião da Constituição, afirmou a existência de tal direito, sobretudo diante da dificuldade do direito à privacidade nos tempos atuais.

Com a tramitação da PEC 17/2019, junto ao Poder Legislativo Brasileiro, possibilitou-se a emenda à Constituição para acrescentar “o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art.

22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria” (BRASIL, 2019). Contudo, em parecer da comissão de Constituição e Justiça, houve alterações, propondo-se uma nova redação ao artigo XII do artigo 5º da Constituição da República, que assim restou estabelecido pela EC 115/2022:

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. (BRASIL, 2019).

A importância da alteração vem demonstrada já no início da justificação da matéria, onde os autores da proposta apresentam que

A proteção de dados pessoais é fruto da evolução histórica da própria sociedade internacional: diversos são os Países que adotaram leis e regras sobre privacidade e proteção de dados. Isso porque o assunto, cada vez mais, na Era informacional, representa riscos às liberdades e garantias individuais do cidadão (BRASIL, 2019).

Dessa maneira, considerando que tal direito é existente na atual ordem constitucional, é imperioso se analisar a possibilidade de que tal direito opere em uma dimensão objetiva e, conseqüentemente, imponha ao Estado um dever de tutela dos dados pessoais, o que será abordado no próximo tópico.

### **3 O dever estatal de proteção de dados pessoais a partir de sua dimensão objetiva**

Consoante visto, parcela da doutrina afirma a existência do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o que também foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 6.387, com especial destaque ao voto da relatora Ministra Rosa Weber, em sede cautelar, e do Ministro Gilmar Mendes, no referendo à cautelar, sendo recentemente positivado em nossa Constituição. Por vezes a partir de recortes teóricos diferentes, é que se afirma que o direito fundamental à privacidade não vem se demonstrando suficiente para as situações atualmente enfrentadas, sobretudo a partir do surgimento da Internet. Além disso, há que se destacar a necessária proteção do desenvolvimento da pessoa a partir dos meios tecnológicos e de possíveis conflitos que surgem a partir de então, demonstrando a necessidade de uma adequada proteção. Conforme Leal

Nos dias atuais, os aspectos da tutela da privacidade e intimidade encontram-se muito integrados com a proteção de dados pessoais, pelo fato de que tais dados representam pressupostos irrenunciáveis ao desenvolvimento da pessoa humana e, ao mesmo tempo, estão conectados com demandas de mercado, pois alimentam infindáveis segmentos de atividades industriais e comerciais que pagam valores imensos por informações de seus consumidores, formatando-se, neste âmbito, zonas de potenciais conflitos entre interesses distintos (LEAL, 2020, p. 366).

Nesse sentido, afirma-se que o direito fundamental à proteção de dados pessoais possui um âmbito de proteção próprio que também se evidencia na dimensão objetiva, gerando um dever estatal de tutela. Sarlet pontua que “ao Estado incumbe um dever de proteção a ser concretizado mediante prestações normativas e fáticas, notadamente, por meio da regulação infraconstitucional dos diversos aspectos relacionados às posições jusfundamentais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 474).

Dentre as prestações estatais, Sarlet exemplifica a previsão no ordenamento jurídico do *habeas data* e a criação de órgão para vigilância do sistema de proteção de dados (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 474), conforme já previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Nesse sentido, a matéria é fortemente sensível e não se confunde com a proteção já conferida pela privacidade, especialmente pelas legislações privadas. Esse novo panorama, portanto, inovou a ordem constitucional com sua consideração como direito fundamental, como ocorreu com o Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI’s 6.387, 6.389, 6.388, 6.390 e 6.393 (BRASIL, 2020). Dentro desse contexto, a partir do julgado é possível afirmar que

O amplo acesso aos dados pessoais dos cidadãos brasileiros exige, no mínimo, balizas jurídicas claras e seguras quanto a essa coleta ou transferência, a partir da previsão de medidas de segurança e critérios de intervenção proporcionais à gravidade da restrição a esse direito fundamental (MENDES; FONSECA, 2020, p. 474).

Assim, geraram-se iniciativas legislativas no âmbito ordinário, com o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. No Brasil, cite-se com especial ênfase a LGPD, de 2018, que regula “o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado” (BRASIL, 2018), demonstrando que “a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro somente se estruturou em torno de um conjunto normativo unitário muito recentemente” (DONEDA, 2019, p. 259), sendo seu contexto de formação decorrente das disposições de direitos fundamentais previstas na Constituição da República, “cuja relação, propósito e alcance são fornecidos pela leitura da cláusula geral da personalidade” (DONEDA, 2019, p. 259).

Por meio de dez bases legais, que disciplinam a possibilidade de alguém operar com dados pessoais, a legislação pretende regular o tratamento de dados, a fim de se conferir a

adequada proteção às liberdades no ambiente virtual, eis que, dentre seus fundamentos, se encontram as liberdades de expressão, informação, comunicação e opinião, além do livre desenvolvimento da personalidade e dignidade do usuário (BRASIL, 2018).

Dentre as bases legais previstas, há que se conferir especial destaque ao consentimento. Isso porque é ele a expressão da liberdade do indivíduo e tal disciplina “não deve ser tratada sob um perfil negocial e deve ter como orientação a atuação do poder de autodeterminação informativa da pessoa e da consideração dos direitos fundamentais em questão” (DONEDA, 2019, p. 329). Normalmente, as formas de tratamento, coleta e utilização dessas informações são realizadas sob o argumento da utilização para execução contratual ou com o próprio consentimento do usuário, que, para ter acesso ao serviço, acaba aceitando as condições. Todavia, a lição de Rodotà é de que “o problema dos excessos na coleta de informações e dos abusos na sua utilização pode ser enfrentado com técnicas que não confiem somente no consentimento dos interessados.” (RODOTÀ, 2008, p. 81), ou seja, mediante a utilização de instrumentos jurídicos e tecnológicos que efetivamente protejam o usuário, mesmo que este tenha dado seu consentimento.

No mesmo sentido, a legislação prevê a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, que possui um amplo rol de incumbências, a exemplo da elaboração de diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade, atentar para a observância da proteção dos dados pessoais, fiscalizar e sancionar eventuais tratamentos de dados realizados à burla da legislação, entre outros (BRASIL, 2018). Portanto, observa-se que criação da autoridade é fator de suma importância para a proteção dos dados e observância do dever estatal de tutela do direito fundamental.

As iniciativas legislativas auxiliam, justamente, a coibir mecanismos que interfiram no exercício da liberdade do usuário na internet, tolhida por instrumentos como a vigilância, *profiling*, mecanismos que induzam à concordância imediata de políticas de privacidade, limitando o livre acesso do usuário a conteúdos diversos, figurando como verdadeiros limitadores, no aspecto subjetivo dos limites, do exercício do direito fundamental à liberdade. Salienta-se que “assume crescente relevo o problema da colisão de tais direitos com outros direitos fundamentais, notadamente no âmbito da assim chamada ‘sociedade de vigilância’ e no ambiente da internet” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 475).

Outro exemplo de necessário destaque é o relativo a nominada LGPD-Penal, que se trata de anteprojeto de lei. Conforme narrado, o anteprojeto de lei tem o objetivo regular as operações envolvendo dados pessoais “por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de

privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (BRASIL, 2019). Nesse sentido, propõe que o Estado deva observar as normas pertinentes aos dados pessoais tanto durante a persecução penal, a fim de reduzir a vigilância estatal e assegurar direitos ao cidadão, notadamente o investigado. Ponto inovador é a criminalização da transmissão ilegal de dados pessoais, o que evidencia que a tutela penal também é consequência do dever estatal de tutela aos dados pessoais.

### **Conclusao**

A presente pesquisa teve o objetivo de apurar a possibilidade da existência de um dever estatal de proteção aos dados pessoais, a partir da noção do direito fundamental que tutele os dados pessoais, notadamente no âmbito do avanço informacional.

Primeiramente, foi possível averiguar como os direitos fundamentais recebem especial tutela a partir do conceito de dever de proteção estatal, oriundo da sua dimensão objetiva, que se iniciou, principalmente, com o caso *Lüth-Urteil*, julgado em grau de recurso pelo Tribunal Constitucional Alemão. Assim, observou-se como a noção de dever estatal de proteção constitui um ganho qualitativo aos direitos fundamentais, incumbindo o Estado de agir para protegê-los.

Essa proteção ocorreria não somente através da possibilidade do direito fundamental, mas a partir de previsões normativas que operem ativamente na tutela dos direitos, seja mediante a regulação, políticas públicas, entre outros. Desse modo, é a partir dessa noção que o Estado não se deve manter passivo, mas ativamente atuar na tutela dos direitos fundamentais na sociedade, inclusive nas relações entre particulares.

Posteriormente, abordou-se a questão acerca dos direitos fundamentais na Era da Informação, sobretudo quando o modo como vem sendo encarado ambiente virtual pode modificar seriamente a órbita dos direitos fundamentais. Nesse sentido, constatou-se que a privacidade é um direito fundamental relevante, mas, diante do tratamento automatizado de dados, é o direito fundamental à proteção de dados pessoais que se sobressai e assume especial importância.

Dessa maneira, foi possível constatar que, apesar de recentemente positivado no Brasil, o direito fundamental à proteção de dados pessoais é direito de suma importância e de necessária observância. Com isso, observou-se que tal direito, de fato, impõe um dever estatal de observância e de promoção de sua proteção pelo Estado e pelos indivíduos, a partir de uma eficácia horizontal, ensejando legislações no plano ordinário, como é o caso da LGPD e do anteprojeto de lei relativo a LGPD-Penal (ANTEPROJETO, 2018), bem como na formulação de futuras políticas públicas nessa seara, objetivando a ampliação da tutela desse direito.

### Referências

ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 10, n. 35, p. 19-45, jul./dez. 2016.

ANTEPROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS para segurança pública e persecução penal. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/11/DADOS-Anteprojeto-comissao-protacao-dados-seguranca-persecucao-FINAL.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, dec. 15, 1890.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019**. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 24 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6837**. Medida Provisória 954/2020. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relatora: Min. Rosa Weber, 24 de abril de 2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629&prcID=5895165#>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 12 abr. 2021.

BUCHAIN, Luiz Carlos. A Lei Geral de Proteção de Dados: noções gerais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1010, p. 209-229, dez. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

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, 2019.

KOHL, Cleize Carmelinda; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Direitos fundamentais e o dever de proteção: uma análise pautada no sistema constitucional e na decisão do caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 19, n. 1, p. 149–166, 2018. DOI: <https://doi.org/10.18593/ejll.v19i1.6490> Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/6490>. Acesso em: 21 jun. 2021.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. Direito fundamental à proteção de dados em tempos de pandemia: necessárias equações entre segurança pública e privada. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 43, p. 357-374, jul./dez., 2020.

LEAL, Monia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. “**Dever de proteção estatal**”, “**proibição de proteção insuficiente**” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados Comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 130, p. 471-478, jul./ago. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Fundamentos Jusfilosóficos e Âmbito de Proteção do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. **Direito Público**, [S.l.], v. 17, n. 93, jul. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>. Acesso em: 12 abr. 2021.

RUARO, Regina Linden; GLITZ, Gabriela Pandolfo Coelho. Panorama Geral da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil e a inspiração no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais europeu. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 340-356, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/11545/pdf>. Acesso em: 13 jun. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.