



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE
DADOS: APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL**

Carlos Eduardo Ribeiro Pugliezi¹

Isabela Maria Rosal Santos²

RESUMO

O presente trabalho resgata a origem e evolução do Direito à Proteção de Dados, expondo o processo brasileiro de reconhecimento como direito fundamental autônomo e posterior inclusão na Carta Magna, a partir de Emenda Constitucional. Partindo dessas premissas, questiona-se a aplicação da teoria da eficácia horizontal e o dever do Estado em concretizar o direito, especialmente diante da necessidade de se assegurar a eficácia do direito fundamental à proteção de dados pessoais também nas relações privadas. Ao se valer de pesquisa exploratória e descritiva, por meio da metodologia bibliográfica e documental, com análise doutrinária, jurisprudencial e estudo comparado, conclui-se que a aplicabilidade da eficácia vertical e horizontal restam claramente evidenciadas pela sistemática atualmente adotada, assegurando a efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais por meio da jurisprudência, bem como pela sua normatização infraconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados pessoais; Constitucionalismo; Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

O surgimento de novas plataformas de acesso à informação, a expansão de novas redes, a hiperconectividade, a facilitação dos meios de comunicação, a digitalização da indústria (tendência *paperless*) e a evolução da inteligência artificial, são sinais e consequências da transformação digital ocorrida nas últimas décadas. Vivenciamos a era dos dados. O mercado e a sociedade foram fortemente influenciados pela transformação digital, que acabou por transformar os dados no recurso mais valioso do planeta³, inclusive vindo a ser reconhecido como o novo petróleo⁴.

¹ Aluno, advogado, Bacharel em Direito, especializando em Direito Digital e Proteção de Dados, <http://lattes.cnpq.br/0295246292364659>, carlospugliezi@outlook.com.

² Pesquisadora na imec – KU Leuven – CiTiP. Advogada, bacharel e mestre em Direito pela Universidade de Brasília. isabelamrosal@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7277106691707675>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1604-7105>.

³ THE ECONOMIST. *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 11 set. 2022.

⁴ Segundo o ex-CEO da Intel Brian Krzanich “Data, I look at it as the new oil. It’s going to change most industries across the board.” FORTUNE. *Intel CEO Says Data is the New Oil*. Disponível em <https://fortune.com/2018/06/07/intel-ceo-brian-krzanich-data/>. Acesso em 05 set. 2022.



Ao mesmo passo em que a Sociedade Industrial avança, a privacidade e os direitos individuais retomam os holofotes, fazendo com que repensemos estes fenômenos a partir do novo cenário econômico-social.

Diante desse contexto, propõe-se o presente artigo exploratório e descritivo, produzido por meio de metodologia bibliográfica e documental, com revisão doutrinária, jurisprudencial e estudo comparado, em que se pretende o aprofundamento na análise do direito de proteção de dados pessoais no cenário brasileiro, e a eventual aplicação da teoria da eficácia horizontal.

Com o objetivo de discutir o tema, a pesquisa será desenvolvida em dois capítulos, iniciando-se com uma exposição conceitual e histórica do direito de proteção de dados pessoais, discorrendo acerca de sua constitucionalização, para em um segundo momento refletir-se quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o dever de proteção estatal, bem como tais institutos impactam no âmbito das relações privadas.

DESENVOLVIMENTO

1. O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A discussão acerca da proteção de dados pessoais inicia-se muito antes da definição de tal instituto como um direito, tendo como evento primordial o reconhecimento da privacidade e a necessidade de organização e estabelecimento de determinadas garantias individuais aos cidadãos.

A privacidade tem como marco inicial o ensaio *The Right to Privacy* apresentado pelos professores Samuel Warren e Louis Brandeis, em 1890, em que se defendeu “um direito de ser deixado só” (*right to be let alone*). Para Warren e Brandeis, o espírito da privacidade é a inviolabilidade da personalidade, e não a propriedade privada; seu ânimo não está no direito de ser indenizado em decorrência do fato de se tornar público, mas sim na tranquilidade assegurada pela capacidade de impedir a própria publicação (apud LEONARDI, 2011).

O artigo abriu novos horizontes, tendo consolidado o reconhecimento judicial de um direito à privacidade, ainda sendo utilizado como base para a evolução de conceitos mais avançados de privacidade.

A evolução das tecnologias e dos meios de coleta e tratamento de informações, que acompanharam o surgimento da sociedade moderna, permitiu que o tema privacidade retomasse a atenção do Estado e das instituições, ocasionando uma nova discussão com



ênfoque no viés coletivo e na necessidade de equilíbrio sociopolítico, levando em conta o próprio poder estatal e de determinados grupos econômicos.

Muito embora o avanço da sociedade, inclusive diante do progresso da produção industrial e das relações negociais, tornasse necessário o aumento de registro de informações e dados, fazia-se imprescindível a definição de meios de gestão e controle capazes de efetivar as liberdades individuais já consolidadas. Assim, a temática da privacidade passou a se fundamentar, essencialmente, a partir da informação, e especificamente dos dados pessoais.

Nesse sentido, é possível notar que paralelamente à privacidade surge a necessidade de proteção aos dados pessoais, antes mesmo do auge dos meios eletrônicos. Veiga (2007) sustenta que até mesmo o direito à intimidade já poderia ser referido como uma noção pré-informática.

Partindo destes princípios é que se evoluiu o entendimento de que um indivíduo teria o direito de decidir sobre a utilização de dados importantes sobre sua pessoa. Trata-se do que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1983, resolveu conceituar como o direito à autodeterminação informativa, figura jurídica até hoje utilizada nas legislações que envolvem privacidade e proteção de dados.

Segundo os ensinamentos de Stefano Rodotà (1995), o direito à privacidade deixou de se estabelecer em torno do eixo "pessoa-informação-segredo", no paradigma da *zero relationship*, passando a estruturar no eixo "pessoa-informação-circulação-controle".

Tais acontecimentos tornam patente a carência de criação de novas fronteiras, agora adequadas à realidade digital (DONEDA, 2006, p. 13). Diante desse cenário apresenta-se como imprescindível a análise do tema da proteção dos dados pessoais.

Genérica e implicitamente, o direito à proteção de dados encontrava previsão na Declaração Universal de Direito Humanos; pelo Pacto San José da Costa Rica, no contexto americano; e pela Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, no contexto europeu.

Uma das primeiras aparições em matéria de proteção de dados como direito positivado expresso ocorreu em 1995 por meio da Diretiva 95⁵, em um momento ainda incipiente de internet, impulsionada pelas mudanças decorrentes da queda do muro de Berlim

⁵ Diretiva XXX, relativa à proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Foi publicada em 24 de outubro de 1995 e possuía 72 justificativas e 34 artigos. Disponível em: <https://bit.ly/2RpASUa>. Acesso em: 10 set. 2022.



(1989), que originou a formação do bloco europeu e revelou a necessidade de revisão de inúmeros procedimentos nas relações entre os países, especificamente nas trocas de informações realizadas no mercado, entre pessoas, órgãos de segurança pública e Estado.

Posteriormente, em meados de 2014, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia iniciaram novas discussões objetivando o aprimoramento da normativa, tendo em 18 de maio de 2018 dado vigor ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados⁶ (RGPD) ou *General Data Protection Regulation* (GPDR), tornando-se referência internacional no tratamento de dados pessoais. O regulamento influenciou a criação de leis em diversos países, inclusive, o Brasil, com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), de 14 de agosto de 2018.

1.1. NORMATIZAÇÃO E FUNDAMENTOS NO BRASIL

No contexto brasileiro, a proteção de dados vem com atraso, ganhando relevo apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, especialmente pelas previsões do artigo 5º que a apresentava de forma implícita, sendo aplicável de forma meramente interpretativa e sem qualquer autonomia:

“Art. 5º – (...) 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;” (Constituição Federal do Brasil, 1988)

Ainda em 2013, surge a Lei nº 12.965/2014 - que ficou conhecida como Marco Civil da Internet - regulando o uso da internet em âmbito nacional e assegurando direitos e garantias dos usuários, além de estabelecer princípios basilares como a liberdade de expressão, a neutralidade de rede e a privacidade.

Inobstante tais previsões, apenas em 2018 é que foi aprovada uma lei específica regulamentando a proteção de dados no Brasil, oriunda da junção do Projeto de Lei nº 4.060/2012 com o Projeto de Lei nº 5.276/2016, vindo a ser oficialmente nomeada Lei nº 13.709/2018, mas amplamente conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

⁶ O Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho foi publicado em 27 de abril de 2016 com uma *Vacatio Legis* de dois anos, entrando em vigor em 18 de maio de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2NAs24R>. Acesso em: 10 set. 2022.



(LGPD), que, após muita polêmica e diversos debates de cunho político e jurídico, passou a ter vigência parcial imediata em 18 de setembro, haja visto que diversas disposições passaram a vigorar somente em momentos posteriores, como no que se refere às penalidades.

Em síntese, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira almeja proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, estabelecendo um ambiente jurídico seguro com a criação de regulamentos e práticas que garantam a proteção dos dados pessoais de todos os cidadãos que se encontram no território brasileiro, com base em padrões internacionalmente reconhecidos.

1.2. RECONHECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

Na concepção liberal, os direitos fundamentais são considerados como garantias da autonomia individual, uma vez que estão associados diretamente às liberdades puras e simples, sem importar os motivos ou fins pelos quais são exercidos. Neste sentido, segundo a lição de Perez Luño:

“Os direitos fundamentais, como todos os demais direitos, são uma criação tecno-jurídica que opera como garantias formais do funcionamento do sistema político do Estado de Direito. Os direitos fundamentais atuam como garantias da autonomia individual, é dizer, como direitos destinados a maximizar e otimizar o desfrute da liberdade pessoal, assim como instrumentos de defesa frente às ingerências dos poderes públicos na esfera privada” (LUÑO, 1995, p. 121).

Ocorre que a teoria liberal dos direitos fundamentais garantiu aos indivíduos uma liberdade abstrata, uma vez que de certo modo preocupava apenas com a formalização do direito, não cuidando da efetivação destes. Por sua vez, a teoria do estado social preocupa-se com a dimensão concreta dos direitos fundamentais, assumindo a missão de ir além da positivação dos direitos, envidando esforços na sua efetivação. Em outros termos, não se contenta com a declaração, mas exige a concretização dos direitos fundamentais declarados.

Segundo José Carlos Vieira de Andrade (1998), as liberdades têm de existir de modo concreto, não de modo a se eliminar a dimensão subjetiva das liberdades, mas de, forma complementar, impor ao Estado o papel de interventor, para que as liberdades e direitos fundamentais se efetivem na prática.

Nesse sentido, os direitos de liberdade são então chamados de negativos, ao passo que os de igualdade são denominados positivos.



“Os direitos negativos excluem e afastam o Estado; os positivos o incluem e o exigem. Para que existam os primeiros, as autoridades públicas devem se abster de agir; para que existam os segundos, devem intervir ativamente. Os direitos negativos, em regra, protegem a liberdade; os positivos promovem a igualdade. (...) Os direitos negativos nos protegem do Estado, os positivos nos concedem serviços do Estado” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 27).

Independente da teoria adotada, os direitos fundamentais assumem função primordial no ordenamento jurídico e beneficiam de regime jurídico próprio, desfrutando de sua dupla fundamentação: material e formal.

De acordo com a doutrina, é possível distinguir a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, a qual se relaciona com a sua previsão constitucional, conferindo-lhes superioridade em relação às demais normas do ordenamento jurídico, além de limitar o poder constituinte de reforma. A sua efetivação independe de regulamentação, já que as normas que os instituem têm aplicação direta e obrigatória tanto para entidades públicas quanto privadas. Por outro lado, a fundamentalidade material diz respeito à sua essência e decorre do fato de que os direitos fundamentais são parte constituinte da Constituição material, contendo decisões importantes sobre a estrutura fundamental do Estado e da sociedade (SARLET, 2015, p. 75-76).

No cenário brasileiro, em regra os direitos fundamentais encontram-se explícitos no rol previsto entre os artigos 5º e 17 da Constituição Federal. Excepcionalmente são encontrados dispersos no referido diploma, contudo, em ambos os casos, em sua maioria encontram-se positivados.

A existência de direitos fundamentais implícitos e dispersos em legislações extraconstitucionais, não é alheia ao constitucionalismo. Não dispostos na Constituição, eles podem ser extraídos da sistemática constitucional ou dos princípios constitucionalmente adotados. E em que pese implícitos, também possuem status constitucional, habitando no topo da pirâmide do ordenamento jurídico do Estado.

Diante desse viés, a Constituição garante também os direitos fundamentais implícitos, tais como o direito fundamental de acesso à água potável (FACHIN, SILVA, 2015), o direito fundamental de acesso à internet (GONÇALVES, 2013) e, mais recentemente, o direito fundamental de proteção dos dados pessoais (DONEDA, 2020, p. 33-49) – este último que, embora fosse anteriormente implícito, adquiriu natureza de direito autônomo mediante



decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, atualmente integrando a Constituição Federal de forma expressa.

Mais uma vez é possível notar que o avançar do tempo proporciona o surgimento de novos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos “nascem em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 1992, p. 5). Em outras palavras, as circunstâncias e as necessidades geram direitos fundamentais, que passam a integrar o conjunto normativo já existente.

Partindo dessas premissas, a proteção de dados deixou de ser algo abstrato, passando a tratar diretamente com informações que podem influenciar a vida dos indivíduos. Com efeito, “considerando a amplitude e importância da proteção de dados, este direito é tido em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e é considerado como um direito fundamental” (DONEDA, 2020, p. 34).

Da análise histórica, fica evidente que no Brasil, assim como em grande parte do mundo, o direito à proteção de dados decorre do direito fundamental à privacidade, assegurado pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Entretanto, diante do contexto digital atual, frente aos inúmeros desafios e inovações é inegável que o direito à proteção de dados pessoais enseja uma regulamentação específica sobre o tratamento dos dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor, objetivando o cumprimento do dever de prestação normativa do Estado, antevendo e regulamentando situações que possam ferir os dados pessoais e o direito fundamental à privacidade. Ocorre que, até então, o direito à proteção de dados pessoais ainda se encontrava abarcado pelo direito à privacidade, implicitamente positivado, ou seja, não sendo reconhecido como direito fundamental.

A inclusão do direito à proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais da Carta Magna, em conjunto com a legislação específica sobre a matéria, teria como intuito assegurar o exercício deste, a partir do seu duplo efeito sobre os deveres do Estado - tanto no dever negativo de não interferir indevidamente, como no dever positivo de adotar medidas positivas para a proteção.



Nesse cenário, nasce a discussão sobre a imprescindibilidade de inclusão do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo, o que motivou uma proposta de emenda constitucional (PEC nº 17/2019). Sobre isso, Danilo Doneda, leciona que:

“O reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental, portanto, não deriva de uma dicção explícita e literal, infere-se da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade pessoal humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada.” (DONEDA, 2010, p. 49)

Sucedem que frente aos grandes avanços jurisprudenciais e doutrinários em âmbito nacional, antecipando o movimento pretendido pela PEC nº 17/2019, em maio de 2020, por meio de decisão histórica proferida em julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), de relatoria da Ministra Rosa Weber, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, o direito à proteção de dados foi elevado ao status de direito fundamental autônomo.

O direito fundamental à proteção de dados, segundo posicionamento da Corte, ainda que abrangido pelos direitos à privacidade, intimidade e sigilo de dados (art. 5º, incisos X e XII, CF/88), representa conteúdo autônomo que justifica a sua tutela constitucional. Segundo o ministro Luiz Fux:

“A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem a tutela jurídica e o âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, X), do princípio da dignidade humana (artigo 1º, III) e da garantia processual do habeas data (artigo 5º, LXXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988”. (FUX, 2020, p. 59)

Os fenômenos tecnológicos desafiam o sistema jurídico tradicional, justificando o que atualmente se denomina de processo de digitalização dos direitos fundamentais ou de uma digitalização do próprio Direito. Sarlet (2021) defende que o reconhecimento do direito à proteção de dados como autônomo e fundamental, além de assegurar a força normativa da Constituição, permite uma conexão à legislação infraconstitucional, potencializando eficácia do direito tutelado e superando eventuais contradições internas ao ordenamento.

Por outro lado, embora possível o reconhecimento de um direito fundamental pelo Poder Judiciário, em especial a Corte Suprema, inequívoco que o procedimento mais



conveniente para inserção do direito fundamental se daria a partir da Emenda Constitucional, garantindo-se assento constitucional positivado.

1.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Não se discute que à época de sua promulgação, os constituintes originários da nossa Carta Política pouco trataram a respeito da proteção de dados pessoais, pautando-se em questões econômicas e político-sociais mais relevantes para aquela ocasião. Diante disso, coube ao poder constituinte reformador constitucionalizar o direito à proteção de dados, ante a importância e sensibilidade da questão no momento atual.

Peter Häberle (1975) leciona que uma constituição deve relacionar-se tanto com o passado, como com o futuro, a fim de que se mantenha efetiva, ou seja, afirma a necessidade de conjugação entre a estabilidade do sistema constitucional e a possibilidade de sua atualização em consonância com as mudanças sociais.

Destarte, a decisão proferida pelo Excelso Pretório foi ao encontro da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019 que, objetivando a atualização da Carta Magna, propunha a inclusão da proteção de dados pessoais nos direitos e garantias fundamentais, bem como a fixação de competência privativa da União para legislar sobre o tema, a partir da alteração dos artigos 5º, XII, e 22, XXX, da Constituição Federal⁷.

Cabe destacar que ao justificar a proposta de emenda constitucional, constou que “já se vislumbra, dadas as suas peculiaridades, uma autonomia valorativa em torno da proteção de dados pessoais, de maneira, inclusive, a merecer tornar-se um direito constitucionalmente assegurado”.⁸

Torna-se cada vez mais inequívoco que a proteção de dados pessoais está intrinsecamente relacionada às garantias fundamentais dispostas na constituição acerca da liberdade individual, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade, fazendo-se necessário sua inclusão no ordenamento jurídico nacional a um nível constitucional, buscando maior proteção e servindo como baliza para as legislações ordinárias que venham a tratar sobre a matéria.

⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição, PEC 17/2019. Ofício nº 521/2019 do Senado Federal, 03 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2210757>. Acesso em: 27.out.2022.

⁸ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 43, de 2019. p. 04. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1636396014097&disposition=inlin>. Acesso em 27.fev.2023.



Com a aprovação da PEC nº 17/2019 e posterior promulgação da correspondente Emenda Constitucional nº 115/2022 foram acrescentados ao texto constitucional as seguintes disposições:

“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.

Art. 21. Compete à União: (...) XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

Logo, por meio da Emenda Constitucional, ao direito à proteção de dados torna-se aplicável o integral regime jurídico-constitucional referente a sua natureza de direito fundamental, em sentido material e formal. Nesse sentido, como consequência de sua constitucionalização, o direito à proteção de dados pessoais: (i) passa a possuir status normativo superior em relação ao ordenamento jurídico nacional; (ii) assume a condição de limite material à reforma constitucional, e ainda passa a ser abrangido pelos limites formais, circunstanciais e temporais, ou seja, torna-se uma cláusula pétrea, não podendo ser alterada por emendas constitucionais; (iii) passa a estar submetido a uma expressa reserva legal simples; (iv) supre a lacuna regulatória referente às matérias não contempladas pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Além disso, de acordo com o artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, o arcabouço normativo que estabeleceu a proteção de dados como um direito fundamental também inclui os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, bem como sua interpretação por tribunais judiciais e não judiciais, no contexto do constitucionalismo multinível.

Dessa forma, a interpretação constitucionalmente adequada do direito fundamental à proteção de dados deve ser baseada em uma análise sistemática, que, apesar da natureza autônoma desse direito, não pode ignorar o diálogo e a interação com outros princípios e direitos fundamentais.

Acrescenta-se a estes reflexos - e tema principal objeto do presente artigo - o fato de que a constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais, nos termos do art. 5º, §1º,



da Constituição Federal, implica no reconhecimento da aplicabilidade imediata das normas definidoras da matéria e vinculam diretamente todos os atores públicos e, com as devidas ressalvas, privados.

Portanto, embora não inove normativamente, a constitucionalização em comento não apenas consolidou o status de direito fundamental explícito constitucionalmente, mas destaca a importância do direito à proteção de dados pessoais em âmbito global e sua crescente presença nas relações sociais.

2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É consabido que a doutrina moderna do Direito Constitucional adota duas correntes principais no tocante à eficácia dos direitos fundamentais, sendo elas: (i) eficácia vertical, entendida como a vinculação dos Poderes estatais aos direitos fundamentais, podendo os particulares exigí-los diretamente do Estado; (ii) eficácia horizontal, ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, haja vista que as normas sobre direitos fundamentais apresentam comando de proteção que obriga o Estado a também impedir que esses direitos sejam vulnerados nas relações particulares.

Em geral, os direitos fundamentais desempenham um papel essencial na proteção dos indivíduos em relação ao Estado. No entanto, a noção de eficácia horizontal surge em resposta ao fato de que o direito privado pode ultrapassar as fronteiras do respeito, resultando em violações também no âmbito privado (DIMOULIS e MARTINS, 2009, p. 106).

Atualmente a discussão a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – *Drittwirkung* - de certo modo, já se encontra consolidada, no sentido de se entender pela sua possibilidade. Para Daniel Sarmento (2006, p. 323):

“O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.” (SARMENTO, 2006, p.323).

A relação entre particulares e os direitos fundamentais podem ser explicadas por diversas teorias, possuindo destaque: (i) a Teoria da Ineficácia Horizontal (Teoria da Negação); (ii) a Teoria da Eficácia Horizontal Indireta (Mediata); e, (iii) a Teoria da Eficácia Horizontal Direta (Imediata).



Adotada nos Estados Unidos, a Teoria da Ineficácia Horizontal, originariamente conhecida como doutrina da *State Action*, nega a interferência dos direitos fundamentais no meio privado, havendo assim uma radicalização desse argumento para defender que direitos fundamentais são, única e exclusivamente, direitos dos cidadãos contra o Estado, consequentemente não produzindo efeitos nas relações privadas (SILVA, 2005, p. 71).

Além da prevalência do individualismo na cultura jurídica estadunidense, o cunho econômico, se diferenciam da realidade brasileira, pelo que notoriamente se verificaria insegurança jurídica na possível aplicação da teoria da negação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que inclusive representaria evidente contrariedade aos direitos fundamentais previstos no Brasil.

No tocante à Teoria da Eficácia Horizontal Indireta, criada pela doutrina alemã, os direitos fundamentais são ponderados sob duas dimensões: (i) dimensão negativa ou proibitiva, que veda ao legislador editar lei que viole direitos fundamentais; (ii) dimensão positiva, impondo um dever para o legislador implementar direitos fundamentais, sopesando aqueles aplicáveis às relações privadas. Contudo, a referida teoria também é apontada com algumas críticas, pois segundo Giovana Meire Polarini a teoria:

“(...) advém de uma concepção na qual o direito privado e o direito público não se comunicam, consubstanciando-se em áreas distintas, invioladas e intocadas, o que vai à contramão da evolução do próprio direito como ciência social aplicada.” (POLARINI, 2012, p. 46).

Por fim, e não menos importante, a Teoria da Eficácia Horizontal Direta, também originária da Alemanha, propõe que alguns direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, ou seja, sem a necessidade da intervenção legislativa (STEINMETZ, 2004).

Ingo Wolfgang Sarlet (2006) enfatiza dois pontos importantes em relação à aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: (i) quando há uma relativa igualdade entre as partes envolvidas na relação jurídica, o princípio da liberdade/autonomia da vontade deve prevalecer, e a eficácia direta dos direitos fundamentais só será admitida em casos de lesão ou ameaça aos direitos da personalidade ou ao princípio da dignidade da pessoa humana; e (ii) quando a relação privada é estabelecida entre um indivíduo (ou grupo de indivíduos) e os detentores de poder econômico ou social, a eficácia



horizontal pode ser aplicada, uma vez que essa relação privada se assemelha àquela entre os particulares e o poder público (eficácia vertical).

Importante consignar a grande diferença entre a aplicabilidade direta e indireta dos direitos fundamentais, nos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva:

“(…) consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si. Essa diferença fica ainda mais clara com a segunda tese que compõe o modelo, que é a que sustenta a desnecessidade de artimanhas interpretativas para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações interprivados.” (SILVA, 2005, p.89)

Na realidade brasileira, onde a desigualdade social é latente, a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares é imprescindível, uma vez que quanto maior a desigualdade nas relações, maior a necessidade de proteção. Por essa razão, é que o Supremo Tribunal Federal tem adotado, de forma sistemática, a Teoria da Eficácia Horizontal Direta, ou seja, a ponderação de valores nas disputas geradas entre particulares, que tenham por objeto direitos fundamentais⁹.

No âmbito privado, é indiscutível a existência de liberdade para se relacionar, contudo deve prevalecer a relativização da autonomia perante seu exercício abusivo capaz de acarretar violações contra direitos de terceiros e o desequilíbrio nas relações interpessoais.

Assim, a eficácia horizontal é necessária com o fito de preservar direitos, garantias e valores passíveis de agressão pelos agentes das relações privadas. Dito de outra forma, a liberdade de regular os próprios interesses é tida como regra, entretanto apenas poderá prevalecer e avançar enquanto não representar a ofensa ao direito alheio.

2.1. O DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL

Muito embora grande parte da doutrina entenda que o dever de proteção estatal decorra da Teoria da Eficácia Indireta, é inevitável assumir que o Estado possui papel fundamental na efetivação dos direitos e garantias assumidos pela Constituição.

Há de se relembrar que os direitos fundamentais não se atêm à função primária de serem direitos subjetivos de proteção do indivíduo contra ação do Estado, entretanto

⁹ Cf. Recurso Extraordinário nº 158.215/RS e Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ.



representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o sistema jurídico e fornecem orientações para os poderes legislativo, judiciário e executivo.

No que diz respeito ao caso em estudo, a constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais não só eleva referido direito a nível de direito fundamental, mas também o faz como uma regra com eficácia limitada e, portanto, depende de leis e infraestrutura que possam lhe dar um verdadeiro alcance.

Em outras palavras, pode-se argumentar que o direito fundamental à proteção de dados abrange tanto um direito subjetivo de defesa do indivíduo (dimensão subjetiva), quanto um dever de proteção estatal (dimensão objetiva) (GRIMM, 1997).

Na dimensão subjetiva, a concessão de um direito subjetivo ao cidadão define uma esfera de liberdade individual que o protege de intervenções indevidas do poder estatal ou privado. A dimensão objetiva implica a necessidade de tornar efetivo e delimitar esse direito por meio da ação estatal, o que implica em deveres de proteção do Estado para assegurar o exercício desse direito nas relações privadas. Isso significa que as ações do Estado podem ser controladas não apenas por suas ações, mas também por suas omissões.

Dessa forma, é importante destacar que é obrigação do Estado garantir a consistência constitucional do quadro normativo, conforme apontado por Sarlet:

“De particular relevância no caso brasileiro — justamente pela existência, além da nova LGPD e de outras leis que versam sobre o tema, é ter sempre presente que, independentemente de sua inclusão no texto da CF, impõe-se ao Estado, por força de seus deveres de proteção, não apenas zelar pela consistência constitucional do marco normativo infraconstitucional (inclusive da LGPD) no tocante aos diplomas legais isoladamente considerados, mas também de promover sua integração e harmonização produtiva, de modo a superar eventuais contradições e assegurar ao direito fundamental à proteção de dados, sua máxima eficácia e efetividade” (SARLET, 2020).

Nas lições de Gilmar Mendes:

“(...) importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados.” (MENDES, 2019, p. 169).

De acordo com a doutrina alemã, a partir do reconhecimento dos deveres de proteção (*schutzpflichten*) do Estado, atribui-se a este a responsabilidade de tutelar pela proteção dos



direitos fundamentais não somente contra atos dos poderes públicos, mas de particulares e, inclusive, de outros Estados (HESSE, 1995).

A propósito inúmeros são os modos de concretização dos deveres de proteção pelo Estado, seja pela criação de normas penais, do estabelecimento da responsabilidade civil, de instituição de instrumentos procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação efetiva dos poderes públicos (ALEXY, 1994).

Logo, cabe ao Estado garantir que ninguém vá ferir esse direito, ao mesmo tempo em que se abstém de invadir a vida privada, alcançando o equilíbrio necessário entre segurança na utilização da tecnologia e viabilidade no tratamento de dados.

2.2. APLICAÇÃO NO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Da leitura da Emenda Constitucional nº 115/2022 é possível notar que o direito fundamental à proteção de dados nasce com eficácia limitada - isso porque a Constituição ao utilizar-se da expressão “nos termos da lei” atribui ao legislador ordinário a competência para regulamentar essa proteção.

Vale destaque o fato de que a atribuição da eficácia limitada não implica reflexo na aplicação, e muito menos na modalidade de eficácia horizontal a ser adotada. Ou seja, plenamente possível que a um direito fundamental de eficácia limitada (no que se refere a sua aplicabilidade) possa ser aplicada a teoria da eficácia horizontal indireta ou direta.

Aos doutrinadores que defendem que o direito à proteção de dados pessoais no Brasil encontra-se sob a ótica da eficácia horizontal indireta, evidente que, por meio da produção de normas infraconstitucionais, bem como pela criação de órgãos, o Brasil já adotou diversas medidas objetivando à efetivação do direito fundamental de proteção de dados pessoais, antes mesmo da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados.

A propósito, inegável que a legislação infraconstitucional já dispunha a respeito da matéria, servindo como exemplo: (i) o Código de Defesa do Consumidor, que regulamentou o cadastro e banco de dados, podendo o consumidor, em caso de informação incorreta, solicitar a sua correção; (ii) a Lei Carolina Dieckmann, que alterou o Código Penal, passando a prever penalidades para invasão em dispositivo informático alheio; (iii) o Marco Civil da Internet, responsável pela regulação do uso da internet no Brasil.

Entretanto, a partir da chegada e entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, restou estabelecida por lei a criação de um órgão encarregado de levar a efeito os deveres de



proteção, designadamente, no tocante à proteção de dados. Assim, restou autorizada e expressamente prevista a criação e estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD (artigos 55-C a 55-M, da LGPD).

A criação de uma autoridade independente era, inclusive, necessária para que aqueles que possuem acesso à informações pessoais cumpram a legislação e possam ser auditados nos casos em que não observarem o devido tratamento destes dados. Não bastasse, a ANPD também é responsável por orientar a respeito da adequação às novidades legais, tendo papel importante na elaboração de guias capazes de aclarar dúvidas sobre o tema, tanto no âmbito de atuação pública como privada.

A legislação é expressa a respeito da necessidade de que todos observem as exigências legais, de modo a atendê-las sob pena de aplicação de sanções para eventuais violações.

Por outro lado, em posicionamento majoritário, inclusive já adotado pelo STF, conforme mencionado anteriormente, tem-se reconhecido a aplicação da eficácia horizontal direta ao direito à proteção de dados pessoais, especialmente sob um olhar protetivo e de equilíbrio social.

Tal entendimento encontra guarida nas decisões proferidas pela Corte Máxima ao assegurar o direito à proteção de dados pessoais, antes mesmo do reconhecimento como direito fundamental autônomo, fundamentando-se no direito à intimidade, honra, imagem, dignidade e vida privada, assim tornando prescindível a regulamentação da aplicação nas relações interprivadas.

Podemos citar como exemplo, o voto do Ministro Carlos Velloso no MS 21729/DF, em que se defende que “o direito à privacidade é inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra no art. 5º, inciso X, além de atender a uma finalidade de ordem pública”¹⁰, o que está em sintonia com a doutrina brasileira sobre o assunto.

Destarte, tendo em vista que os direitos fundamentais foram criados para promover a dignidade das pessoas, oferecendo condições mínimas de subsistência, verificou-se que não apenas o ente estatal deveria ser considerado sujeito passivo dos direitos fundamentais, mas também os particulares.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas tem como consequência a redução do princípio da autonomia da vontade e da liberdade de contratação, que

¹⁰ MS 21729/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, STF, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995.



historicamente foram orientações fundamentais do direito civil (FARIAS e ROSENVALD, 2014).

De acordo com a doutrina e a jurisprudência mais atualizadas, os direitos fundamentais são direitos constitucionais universais e, portanto, não devem ser restritos às relações de direito público. Isso é particularmente importante porque, do contrário, o direito civil seria um ramo da ciência jurídica que não estaria sujeito à norma constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora a atualidade do tema no cenário nacional, foi possível verificar que o direito à proteção de dados pessoais já vinha sendo objeto de debate antes mesmo de sua constitucionalização, em razão dos inegáveis avanços da tecnologia e da sociedade moderna.

Assim, diante do estudo realizado, nota-se que, seja por meio da intervenção estatal, seja pela própria previsão constitucional do direito de proteção de dados como direito fundamental, a aplicabilidade da eficácia vertical e horizontal restam claramente evidenciadas pela sistemática atualmente adotada, que asseguram os limites e a correta interpretação do direito a fim de harmonizar as relações jurídicas e sociais na esfera pública e privada.

A proteção dos dados pessoais no país avançou consideravelmente com medidas que garantem efetivamente a segurança, controle e privacidade dos mesmos. Isso se deve em parte à jurisprudência recente que reconhece a aplicabilidade do direito fundamental em todas as relações, independentemente de regulação legal. Além disso, há um conjunto de normas claras e detalhadas que regulam não apenas o tratamento dos dados, mas também os direitos dos usuários e as medidas a serem tomadas em caso de riscos. Tudo isso representa um grande progresso na segurança dos dados pessoais no país.

Revela-se ainda de suma importância o acompanhamento do posicionamento doutrinário e jurisprudencial pátrio acerca das consequências da constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais, a fim de se averiguar se as finalidades pretendidas com tal medida realmente têm sido plenamente alcançadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1994.



- ALEXY, Robert. **Suporte Fático dos direitos fundamentais e restrições a esses direitos.** In: ALEXY, Robert; Teoria dos direitos fundamentais. 5ª edição. São Paulo. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. 2008. p. 301-332.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27.out.2022.
- BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n. 13.709/2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 27.out.2022.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia.** Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010.
- DONEDA, Danilo. **O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. Direito Digital: direito privado e internet.** 3. ed. Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi (Coords.). Indaiatuba, SP: Foco, 2020, p. 33-49.
- FACHIN, Zulmar. SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão.** 2. ed. Campinas, Millenium, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** Volume I. 12ª edição. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FUX, Luiz. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.930/DF. Supremo Tribunal Federal, 2020.



GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Inclusão Digital como Direito Fundamental**. São Paulo: Delfos, 2013.

GRIMM, Dieter. **Persönlichkeitsschutz im Verfassungsrecht**. In: Karlsruher Forum 1996. *Schutz der Persönlichkeit. Mit Vorträgen von Dieter Grimm und Peter Scherdtner*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 1997, p. 19 a 21.

HÄBERLE, Peter. **Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag Zur Pluralistischen und “Prozessualen” Verfassungsinterpretation**. Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1975, p. 297-305. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes: *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Editora Fabris, Porto Alegre, 1997.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª edición. Madrid: Tecnos, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª edição, São Paulo, Saraiva, 2019.

MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais**. JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 27.out.2022.

POLARINI, Giovana Meire. **A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais**. In: GOZZO, Débora (Coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 392-400.



SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF?** CONJUR, 2020. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protacao-dados-cf>. Acesso em: 27.out.2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como Direito Fundamental I.** CONJUR, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protacao-dados-pessoais-direito-fundamental>. Acesso em: 27.out.2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção de dados pessoais e deveres de proteção estatais.** CONJUR, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/direitos-fundamentais-protacao-dados-pessoais-deveres-protacao-estatais>. Acesso em: 27.out.2022.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

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

VEIGA, Armando; RODRIGUES, Benjamin Silva. **A monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações eletrônicas.** Curitiba: Raízes Jurídicas, v. 3, n. 2, 2007.