



Editora Fundação Fênix

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA INTERAMERICANA**

**Elena Alvites  
Gina Marcilio Pompeu  
Ingo Sarlet  
Orgs**

Elena Alvites  
Gina Marcilio Pompeu  
Ingo Wolfgang Sarlet

(Organizadores)

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA  
DA DEMOCRACIA INTERAMERICANA 2020/2021**



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2021



Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet  
Diagramação: Editora Fundação Fênix  
Capa: ISMAEL NERY (1900-1934)  
Casal, Circa 1926  
óleo sobre cartão, 37x 29cm

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –

[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)

Este livro foi editado com o apoio da CAPES/PROEX no âmbito do Projeto 23038.000972/2018-18



*Série Direito – 25*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

ALVITES, Elena; POMPEU, Gina Marcilio; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs).

*Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana 2020/2021.* ALVITES, Elena; POMPEU, Gina Marcilio; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

448p.

ISBN – 978-65-87424-94-1



<https://doi.org/10.36592/9786587424941>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD – 340

---

1. Direitos Fundamentais. 2. Constitucionalidade. 3. Democracia. 4. Direitos Sociais. 5. Direitos de Personalidade.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

### 3. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988<sup>1</sup>



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-03>

*Ingo Wolfgang Sarlet<sup>2</sup>*

#### 1 Introdução

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

No que diz respeito à esfera do Direito, que tem sido convocado a regular também essa matéria, a despeito de a instituição e subsequente ampliação em termos quantitativos e qualitativos da proteção jurídica de dados pessoais ter iniciado no limiar da Década de 1970, reconhecimento de um direito humano e fundamental à proteção dos dados pessoais, contudo, teve de esperar ainda um tempo considerável para ser incorporado de modo abrangente à gramática jurídico-constitucional, à exceção dos paradigmáticos exemplos da Constituição da República Portuguesa de 1976<sup>3</sup> e da Constituição Espanhola de 1978<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde à versão reduzida e ajustada do artigo publicado sob o título Proteção de dados como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988, Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 175-214, jan./jun. 2020.

<sup>2</sup> Professor Titular de Direito Constitucional e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, ambos da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Advogado e parecerista.

<sup>3</sup> A proteção dos direitos fundamentais no campo da informática está detalhadamente previsto no artigo 35 da Constituição Portuguesa, aqui transcrito na sua versão inicial: "(utilização da informática) 1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização. 2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos. 3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos". Note-se que tal dispositivo foi alterado três vezes por leis de revisão constitucional de 1982, 1989 e 1997, tendo sido substancialmente atualizado e ampliado.

<sup>4</sup> Art. 18, nº 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Cuida-se aqui, na versão original de 1978, de uma proteção indireta dos dados pessoais, visto que não há menção expressa aos mesmos.

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

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

Todavia, como já amplamente difundido e sabido, também no Brasil um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais foi objeto de reconhecimento pelo Poder Judiciário, designadamente pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de um direito fundamental implicitamente positivado.

À vista disso, o que aqui se pretende, é precisamente tecer algumas considerações acerca dos fundamentos e do conteúdo, na condição de direito fundamental autônomo, do direito à proteção de dados pessoais na ordem constitucional brasileira, de modo a demonstrar o acerto da tese de que o âmbito de proteção de tal direito vai além da proteção à vida privada e mesmo da livre autodeterminação informacional.

## **2 O direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988 e seus fundamentos**

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

Ao nível do direito internacional público, tanto no âmbito do sistema universal de proteção da ONU, quanto na esfera do direito europeu, um direito à proteção de dados tem sido deduzido em especial do direito à privacidade, embora com este não

se confunda. Nesse sentido, a orientação adotada pela Comissão da ONU para Direitos Humanos, interpretando o alcance do artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim como a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), forte no artigo 8º da Convenção Europeia<sup>5</sup>.

Foi somente na Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (1981)<sup>6</sup>, comumente intitulada de Convenção de Estrasburgo, bem como, quase vinte anos mais tarde, no artigo 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE), do ano 2000<sup>7</sup> - que o direito à proteção de dados finalmente alçou a condição de direito fundamental de natureza autônoma, mas vinculando, como tal, apenas os estados integrantes da União Europeia, o que se deu apenas com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009<sup>8</sup>.

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

A proteção dos dados pessoais, por outro lado – para além da referência ao sigilo da comunicação de dados – também encontra salvaguarda parcial e indireta mediante a previsão da ação de *habeas data* (art. 5.º, LXXII, da CF), ação constitucional, com *status* de direito-garantia fundamental autônomo, que precisamente busca assegurar ao indivíduo o conhecimento e mesmo a

---

<sup>5</sup> Cf., por todos, SCHIEDERMAIR, Stephanie. Einleitung. In: SIMITIS, Spiros; HORNUNG, Gerrit; SPIECKER GENANT DÖHMANN, Indra (Coord.). *Datenschutzrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 201.

<sup>6</sup> CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais*, de 28 de janeiro de 1981. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

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

<sup>8</sup> DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Joaçaba, Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 15 nov. 2019.

possibilidade de buscar a retificação de dados constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ao mesmo tempo em que se trata de uma garantia procedimental do exercício da autodeterminação informacional<sup>9</sup>.

Com relação ao sigilo da comunicação de dados, contudo, há que ter cautela, razão pela qual se impõe o registro, com base na lição de Danilo Doneda, de que não se trata, neste caso, do direito à proteção de dados pessoais em si e nem de seu fundamento direto. Para melhor compreensão da assertiva, valemo-nos aqui da própria fala do autor:

[Se,] por um lado, a privacidade é encarada como um direito fundamental, as informações pessoais em si parecem, a uma parte da doutrina, serem protegidas somente em relação à sua "comunicação", conforme art. 5, XII, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados. Tal interpretação traz consigo o risco de sugerir uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais. Nesse sentido, uma decisão do STF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu expressamente a inexistência de uma garantia de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador com fulcro em garantias constitucionais...O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade.... Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica... A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho... A decisão tem sido, desde então, constantemente mencionada como precedente em julgados nos quais o STF identifica que a natureza fundamental da proteção aos dados está restrita ao momento de sua comunicação<sup>10</sup>.

À míngua, portanto, de expressa previsão de tal direito, pelo menos na

---

<sup>9</sup> MENDES, Laura Schertel. Habeas Data e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

<sup>10</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 262

condição de direito fundamental explicitamente autônomo, no texto da CF, e a exemplo do que ocorreu em outras ordens constitucionais, o direito à proteção dos dados pessoais pode (e mesmo deve!) ser associado e reconduzido a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental (também implicitamente positivado) ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade mais relevantes no contexto, quais sejam – aqui nos termos da CF – os direitos à privacidade e à intimidade<sup>11</sup>, no sentido do que alguns também chamam de uma “intimidade informática”<sup>12</sup>.

Mas, possivelmente, o fundamento constitucional direto mais próximo de um direito fundamental à proteção de dados seja mesmo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, radicado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, o qual também assume a condição de uma cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana<sup>13</sup>, que, de acordo com tradição jurídica já consolidada no direito constitucional estrangeiro e no direito internacional (universal e regional) dos direitos humanos, inclui o (mas não se limita ao!) direito à livre disposição sobre os dados pessoais, o assim designado direito à livre autodeterminação informativa<sup>14</sup>.

À vista do exposto e como ponto de partida para os desenvolvimentos supervenientes, há, pois, como aderir ao entendimento – hoje consagrado na literatura jurídica brasileira – de que, mediante uma leitura harmônica e sistemática do texto constitucional, a CF consagrou um direito fundamental autônomo implicitamente positivado à proteção de dados pessoais<sup>15</sup>, o que veio a ser

---

<sup>11</sup> Cf. por todos DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>12</sup> Cf., por exemplo, entre nós, SAMPAIO, José Adércio Leite. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531 e ss.

<sup>13</sup> Cf. por todos, MOTA PINTO, Paulo. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*: Estudos, Coimbra: Gestlegal, 2018, em especial, p. 33 e ss.

<sup>14</sup> MOTA PINTO, Paulo. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*: Estudos, op. cit., p. 642 e ss.

<sup>15</sup> Cf., em especial, o já referido DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*, op. cit., 2006, mas também, na sequência, entre outros, LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era*



confirmado recentemente (maio de 2020) pelo Supremo Tribunal Federal, em histórico e paradigmático julgado.

Isso se deu em especial no julgamento da Medida Cautelar na ADI 6387, DF, Relatora Rosa Weber, onde se discute a constitucionalidade da Medida Provisória 954, de 17.04.20, da Presidência da República, que atribuiu às empresas de telecomunicações (fixas e móveis) o dever de disponibilizar os nomes completos, endereços e números de telefone dos usuários PN e PJ para o IBGE durante a pandemia do COVID 19 para efeitos de uso direto e exclusivo de produção de estatísticas oficiais mediante entrevistas domiciliares. No caso, a justificação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, na condição de direito autônomo implicitamente positivado, seguiu a linha geral protagonizada pela doutrina jurídica acima referida.

Além disso, é de sublinhar que apenas em 2020, o Supremo Tribunal Federal proferiu quatro decisões relevantes relativas à proteção de dados pessoais. Para além do caso do IBGE, o tema foi tratado na ADPF 695 (Caso Abin/Denatran), na ADI 656 (Cadastros de dependentes químicos) e na ADI 6.529 (Caso Sisbin). Nesse último caso, a Corte decidiu que os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à Agência Brasileira de Inteligência (Abin) quando for comprovado o interesse público da medida, afastando qualquer possibilidade desses dados atenderem a interesses pessoais ou privados

À vista disso, é de se acompanhar o entendimento de Carlos Alberto Molinaro e Gabrielle Bezerra S. Sarlet, de que a proteção de dados pessoais – e o reconhecimento de um direito fundamental correspondente –, de certo modo, “confere um novo e atual sentido à proteção da pessoa humana e da dignidade, da

---

*da Informática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. *Direito, Estado Sociedade*, n. 36, jan/jun. 2010, MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013, BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 90 e ss. Por último, v. SARLET, Proteção de dados como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988, *Direitos Fundamentais & Justiça* | Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 175-214, jan/jun. 2020.

autonomia e das esferas de liberdade que lhes são inerentes”<sup>16</sup>.

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

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

Art. 5º .....

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; ..... (NR).

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

<sup>16</sup> MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. *Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data*. Direitos Fundamentais & Justiça, a. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.

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

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

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

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

Para encerrar essa primeira etapa do texto e dada a sua relevância não apenas para a compreensão do conteúdo e alcance do direito fundamental à proteção de dados na CF, mas também para efeitos de seu diálogo com a legislação,

jurisprudência e mesmo doutrina sobre o tema, importa sublinhar que diversos diplomas legais em vigor já dispõe sobre aspectos relevantes da proteção de dados, destacando-se aqui a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e o assim chamado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e o respectivo Decreto que o regulamentou (Decreto 8.771/2016), mas especialmente a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709, de 2018).

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

### **3 Âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais - para além da privacidade e da autodeterminação informativa**

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

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

sociedade de informação, notadamente pelo fato de que, sendo os dados projeções da personalidade, o seu tratamento, seja qual for, potencialmente pode violar direitos fundamentais<sup>18</sup>.

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

Pela sua relevância para o desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais, calha retomar, em rápidas pinceladas, o caso da Alemanha, porquanto é lá que se costuma situar o reconhecimento, pela primeira vez, do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não no texto constitucional, mas por conta de paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal, de 15.12.1983, sobre a constitucionalidade de aspectos da lei do censo aprovado pelo Parlamento Federal, cuja realização foi suspensa liminarmente pela Corte em 13.04.1983, muito embora a existência de decisões anteriores envolvendo, ao fim e ao cabo, a proteção de dados pessoais<sup>19</sup>.

Na sua multicitada decisão, o Tribunal Constitucional Federal alemão, contudo, não reconheceu diretamente um direito fundamental à proteção de dados pessoais, mas sim, deduziu, numa leitura conjugada do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito fundamental implícito à autodeterminação informativa, que, consiste, em suma e de acordo com o Tribunal, na prerrogativa de cada indivíduo decidir em princípio e substancialmente sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais<sup>20</sup>.

O próprio Tribunal Constitucional, contudo, na mesma decisão, alertou para o fato de que o direito à autodeterminação informativa não assegura a cada cidadão

---

<sup>18</sup> Cf., por todos, MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): O Novo Paradigma da Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov./dez. 2018. p. 22. Para maior desenvolvimento, v., em especial, BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*, op. cit., p. 59 e ss.

<sup>19</sup> Aqui costuma ser referida, dentre outras, decisão de 16.07.1969 ("Mikrozensus-Entscheidung"), na qual o Tribunal Constitucional assentou que a Lei Fundamental proíbe que o ser humano tenha sua inteira personalidade registrada e catalogada compulsoriamente (v. *BVerfGE* 27, p. 6).

<sup>20</sup> Cf., *BVerfG* 65, p. 42 e ss.



um controle absoluto sobre os seus dados, visto que, dada a inserção e responsabilidade comunitária e social do ser humano, este deve tolerar eventuais limitações do direito quando em prol do interesse geral<sup>21</sup>.

De acordo com Hans-Peter Bull, primeiro encarregado da agência federal de proteção de dados alemã, o cerne moral e político das preocupações do Tribunal Constitucional foi (e é) o da garantia da liberdade dos cidadãos em face da repressão por parte do Estado, de modo que a argumentação deduzida na decisão foi orientada de acordo com o objetivo da proteção da liberdade de ação do ser humano, sendo a transparência da coleta de informações um meio para alcançar tal finalidade<sup>22</sup>.

Na condição de direito de defesa (direito à não intervenção arbitrária) o direito à autodeterminação informativa consiste em um direito individual de decisão, cujo objeto (da decisão) são dados e informações relacionados a determinada pessoa-indivíduo<sup>23</sup>.

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

Não há sobreposição, contudo, entre autodeterminação informativa e proteção de dados, nem privacidade e outros direitos de personalidade. Isso já se dá – mas não exclusivamente – pelo fato de o direito à autodeterminação informativa apresentar uma dupla dimensão individual e coletiva, no sentido de que garantida constitucionalmente não é apenas (embora possa ser, como direito subjetivo individual, o mais importante) a possibilidade de cada um decidir sobre o acesso, uso e difusão dos seus dados pessoais, mas também – e aqui a dimensão metaindividual

---

<sup>21</sup> Cf. BVerfGE 65, p. 44.

<sup>22</sup> Sobre a dedução interpretativa do direito pelo Tribunal Constitucional, v., por todos, a síntese de BULL, Hans-Peter. *Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 29 e ss.

<sup>23</sup> Cf. ALBERS, Marion. Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten. In: HOFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andrea (Coord.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2012. v. 2. p. 146-47.

(coletiva) – se trata de destacar que a autodeterminação informativa constitui precondição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, nessa medida, de uma concepção de privacidade individualista e mesmo isolacionista à feição de um direito a estar só (*right to be alone*)<sup>24</sup>.

Dito de outro modo, “a proteção de dados é, enquanto proteção de direitos fundamentais, espinha dorsal de uma democracia liberal”<sup>25</sup>.

No concernente às suas interfaces com o direito à privacidade, também inexistente, como já adiantado, superposição completa dos respectivos âmbitos de proteção. Proteção de dados pessoais e, da mesma forma, autodeterminação informativa, vão além da privacidade e de sua proteção, ao menos no sentido tradicional do termo, caracterizado por uma lógica de “recolhimento” e “exposição”<sup>26</sup>.

Nessa perspectiva, é crucial que se tenha presente, que embora a proteção de dados tenha sido deduzida (associada), em diversos casos, do direito à privacidade (v.g., nos EUA, o conceito de *informational privacy*) ou, pelo menos, também do direito à privacidade, como no caso da Convenção Europeia de Direitos Humanos (nos termos da exegese do artigo 8º levada a efeito pela CEDH), o fato é que o objeto (âmbito de proteção) do direito à proteção de dados pessoais é mais amplo, porquanto, com base num conceito ampliado de informação, abarca todos os dados que dizem respeito a uma determinada pessoa natural, sendo irrelevante à qual esfera da vida pessoal se referem (íntima, privada, familiar, social), descabida qualquer tentativa de delimitação temática<sup>27</sup>.

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

---

<sup>24</sup> Cf. HORNING, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The populational census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, i. 1, 2009. p. 85-86.

<sup>25</sup> Cf. SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen (1. Referat). *VVDStRL*. Berlin: De Gruyter, 2018. v. 77. p. 55-56.

<sup>26</sup> RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação, op. cit., p. 189.

<sup>27</sup> Cf., por todos, KARG, Moritz. Artikel 4, Nr. 1. In: SIMITIS, Spiros; HORNING, SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. *Datenschutzgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 287-290.

de que o direito fundamental à proteção de dados consiste em mera evolução do direito à privacidade, é uma “construção dogmática falha”<sup>28</sup>.

### **Considerações finais**

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

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

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

### **Referências bibliográficas**

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

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a aplicabilidade dos direitos da personalidade à pessoa jurídica como evolução da dogmática civil. *RJLB*, a. 4, n. 5, p. 806-837, 2018.

---

<sup>28</sup> Cf. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*, op. cit., p. 95.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. La noção de "state action" en la jurisprudencia norteamericana. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BULL, Hans-Peter. *Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no Sistema de Direito Privado. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, a. 7, n. 22, jan./mar. 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

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

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

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

DREIER, Horst. Art. 2 I – allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: DREIER, Horst (Coord.). *Grundgesetz Kommentar*. 3. Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

DREIER, Horst. Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte. *JURA*, 1994.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição*. Drittwirkung dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

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

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

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

HILGENDORF, Eric; FELDLE, Jochen (Ed.). *Digitalization and the Law*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

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

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

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

IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II – Grundrechte*. 17. Auf. Vahlen, 2014.

JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. München: C. H. Beck. 13. Auf. 2014.

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



KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II*. München: C. H. Beck. 13. Auf. 2010.

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

LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MANSSEN, Gerrit. *Staatsrecht I Grundrechtsdogmatik*. München: Verlag Franz Vahlen, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): O Novo Paradigma da Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov./dez. 2018.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

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

MOTA PINTO, Paulo. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Coimbra: Gestlegal, 2018.

MURSWIEK, Dietrich; RIXEN, Stephan. Persönliche Freiheitsrechte. In: SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. 8. ed. München: C.H.Beck, 2018.

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

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 11. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

REINHARDT, Jörn. Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados: "efeitos horizontais indiretos" e pressupostos de proteção de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 13, n. 41, p. 59-91, jul./dez. 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luís. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: GEN, 2019.

ROSSNAGEL, Alexander; WEDDE, Peter; HAMMER, Volker; PORDESCH, Ulrich. *Digitalisierung der Grundrechte? Zur Verfassungsverträglichkeit der Informations- und Kommunikationstechnik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990.

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

RUFFERT, Matthias. Privatrechtswirkung der Grundrechte. Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?. n. 1, Jus 2020.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988, *Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte*, ano 14, n. 42, p. 175-214, jan./jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O Direito ao "Esquecimento" na Sociedade de Informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHIEDERMAIR, Stephanie. Einleitung. In: SIMITIS, Spiros; HORNUNG, Gerrit; SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra (Coord.). *Datenschutzrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

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

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

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

\_\_\_\_\_. O direito à proteção de dados na internet em casos de colisão, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 12, n. 38, p. 17-33, jan/jun. 2018.

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

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

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

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