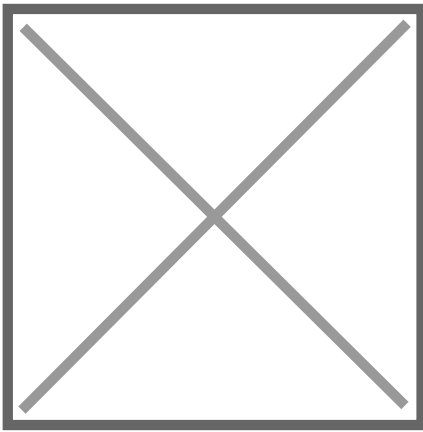


Proteção de dados pessoais e deveres de proteção estatais

27/08/2021

O "descobrimento" e o desenvolvimento da assim chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais — como já é de amplo conhecimento — pode ser reconduzido ao labor da doutrina e da jurisprudência constitucional alemã, notadamente a partir da década de 1950. Nesse contexto, sempre é recordada a paradigmática afirmação do Tribunal Constitucional Federal, no sentido de que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos [1].



Todavia, também convém lembrar que a perspectiva objetiva

dos direitos fundamentais não representa um mero "reverso da medalha" da perspectiva subjetiva, mas, sim, significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva e que [2], além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais [3], que, por sua vez, também se manifestam no concernente ao direito fundamental à proteção de dados pessoais.

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

A primeira — embora as críticas endereçadas especialmente à terminologia utilizada — diz com o assim chamado efeito (eficácia irradiante — *ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que esses, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do Direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada — ainda que com restrições — como modalidade semelhante à

difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição [4].

Associado a tal efeito, encontra-se o assim chamado fenômeno da constitucionalização do Direito, incluindo o Direito Privado, o que também remete à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também abordada sob a denominação de eficácia horizontal, ou *drittwirkung* (eficácia em relação a terceiros).

Nesse contexto, é de sublinhar que a ideia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Sem que se vá aqui adentrar a matéria de modo mais detalhado, registra-se que, para além da disputa entre as teorias que sustentam uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, existe estreita relação entre esse ponto e os deveres de proteção estatais, a seguir versados.

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*schutzpfllichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados [5].

Assim, se é correto — como leciona Dieter Grimm — que os deveres de proteção, por exigirem intervenções por parte dos órgãos estatais, resultam em restrições de direitos, acarretando, nessa perspectiva uma redução do âmbito de liberdade individual, tais restrições, vinculadas precisamente à necessidade de proteção de bens fundamentais (além de sujeitas, convém acrescentar, ao regime dos limites dos limites dos direitos fundamentais, nomeadamente, o respeito às exigências da proporcionalidade e da garantia do núcleo essencial), têm sempre por escopo a maximização dos direitos fundamentais, visto que as restrições objetivam, no plano geral, mais proteção da liberdade e dos direitos fundamentais das pessoas no âmbito da comunidade estatal [6]. Assim, os deveres de proteção não constituem — na dicção de Gomes Canotilho — *"um simples dever de ação do Estado para proteger bens ou promover fins constitucionais, mas de um dever de acção para 'segurar' direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais"* [7].

Importa agregar, outrossim, que uma das peculiaridades dos deveres de proteção reside no fato de que são múltiplos os modos de sua realização, que pode se dar, por meio de normas penais, do estabelecimento da responsabilidade civil, de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos [8]. Por outro lado, a forma como o Estado assume os seus deveres de proteção e os efetiva permanece, em primeira linha, no âmbito de seu próprio arbítrio, levando-se em conta, nesse contexto, a existência de diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração de interesses colidentes e a necessidade de estabelecer prioridades, de tal sorte que não se poderia, em princípio, falar de um dever específico de agir por parte do Estado [9].

Como último importante desdobramento da perspectiva objetiva — a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Nesse contexto, há de considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais [10].

Tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispondo sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela da criação de órgãos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais [11]. Além disso, a exemplo do que tem sustentado a doutrina, indispensável criar e assegurar um procedimento ordenado e justo para a efetivação ou garantia eficaz dos direitos fundamentais [12].

Ainda no que diz com a perspectiva procedimental (de que a proteção dos direitos fundamentais depende de estruturas organizacionais e de procedimentos adequados), há de sublinhar a necessidade de utilização e otimização de técnicas processuais que assegurem, com o maior nível possível de eficácia, a proteção dos direitos fundamentais, o que, dada a natureza/função dos direitos e das circunstâncias que envolvem a sua incidência em casos concretos, pode implicar técnicas distintas para direitos distintos, mas também técnicas diversas para a proteção do mesmo direito fundamental [13].

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

Ainda nessa quadra, é de se enfatizar que o Estado dispõe de várias alternativas para dar conta dos seus deveres de proteção, que vão desde a criminalização de ações e omissões, responsabilidade civil, instituição de mecanismos processuais, como é o caso, no Brasil, da ação de habeas data, até a criação de órgãos (organismos) público e/ou privados encarregados de levar a efeito os deveres de proteção, designadamente, no que interessa aqui, a criação e estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) (artigos 55-A - 55-L, da LGPD), a exemplo do que se deu em outros lugares.

Por derradeiro, como já adiantado, considerando que os dados se tornaram um dos bens mais preciosos na atualidade (chegam a ser equiparados ao petróleo) e sua relevância para todas as esferas da vida social, econômica, política, cultural, ambiental e jurídica, a necessidade de assegurar a eficácia do direito fundamental à proteção de dados pessoais também na esfera das relações privadas é premente, em especial quando se trata de atores privados dotados de elevado poder econômico e social.

Além disso, uma regulação adequada e eficaz no plano nacional deve ser acompanhada de estruturas regulatórias e cooperativas transnacionais, porquanto — a exemplo do que se dá em outros setores (terrorismo, crime organizado, ambiente, regulação de conteúdo na internet etc.) — sem isso o direito fundamental à proteção de dados pessoais pouco mais será do que um "tigre sem dentes".

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

[2] Cf., dentre tantos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 143.

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

[4] V., dentre outros, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 11. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995. p. 23. No direito lusitano estes efeitos da dimensão objetiva encontram-se arrolados de forma clara e didática na obra de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., p. 168-9, que, neste contexto, além da necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, aponta, ainda, para a existência de uma obrigação geral de respeito vigente também na esfera privada e que identifica como um efeito externo deles. Neste sentido, entendemos que este dever geral de respeito tanto diz respeito à necessidade de uma hermenêutica vinculada aos direitos fundamentais, quanto à problemática de sua eficácia privada.

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

[6] Cf. GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. A. *Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 160.

[7] Cf. 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. p. 113.

[8] Cf., novamente, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1994. p. 410.

[9] Neste sentido, representando a posição majoritária na doutrina, as lições de MANSSEN, Gerrit. *Staatsrecht I Grundrechtsdogmatik*. München: Verlag Franz Vahlen, 1995. p. 18, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II, op. cit., p. 27, bem como de HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 156.

[10] Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 160-1.

[11] Cf, por todos, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II, op. cit., p. 27.

[12] Na literatura brasileira, remetemos às formulações de SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-ago-27/direitos-fundamentais-protecao-dados-pessoais-deveres-protecao-estatais/>