

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-318-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico que propuseram reflexões sobre aspectos da Dignidade Humana de setores sociais marginalizados, cuja vulnerabilidade se potencializou em face da pandemia de Covid-19, como por exemplo: catadores de material reciclado; pessoas idosas; pessoas com deficiência, para além dos imigrantes que aportaram no Brasil nesse período.

Os trabalhos também tocaram a importância das políticas públicas para a proteção das crianças e adolescentes em face das desigualdades sociais, agravadas em razão da pandemia, onde foram considerados os impactos da interseccionalidade racial, étnica e de gênero. Nesse contexto foram abordadas inclusive as vulnerabilidades específicas das filhas e filhos de imigrantes e refugiados nesse período.

Os artigos apresentados trataram de temas, que nesse momento de pandemia ganharam especial relevância, tais como: Liberdade de Expressão e seus possíveis limites e o Direito ao Esquecimento, cuja utilização equivocada pode ocasionar violência à dignidade pessoal ou coletiva. Em contexto de violência também a violência contra mulher foi objeto de discussão nesses artigos apresentados, demonstrando o seu aumento no espaço doméstico, nesse período de confinamento.

Ressaltamos, com igual relevância os trabalhos que discutiram o papel do Estado Democrático de Direito em face da eficácia material dos Direitos Fundamentais, quer flexibilizando patentes em tempos de pandemia, quer atuando para garantir o Direito Fundamental à Saúde, inclusive considerando os transtornos mentais que emergiram com força nesse período. Também foram colocados em discussão os limites do ativismo judicial.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal De Souza

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

A PROTEÇÃO IMPLÍCITA DOS DADOS PESSOAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

IMPLIED PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC

Rafael Da Cunha Pimenta ¹

Resumo

A rapidez na modificação das formas de interação social, exige do Direito um dinamismo capaz de viabilizar uma proteção dessas relações. Essa necessidade, contudo, não se compatibiliza com alguns procedimentos para a normatização desses cenários. A interpretação constitucional, então, se apresenta como instrumento apto a assegurar um modelo suficiente para respaldar e garantir o acesso à justiça e a proteção dos dados pessoais como elementos do núcleo basilar de intimidade. Assim, pautando-se numa abordagem dedutiva, o presente trabalho objetiva apresentar o adequado manejo dos direitos fundamentais e da interpretação como instrumentos capazes de garantir e almejada proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Intimidade, Dados pessoais, Interpretação constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The speed in the modification of the forms of social interaction, demands from the Law a dynamism capable of making possible the protection of these relationships. This, however, is not compatible with some procedures for the standardization of these scenarios. Constitutional interpretation, then, presents itself as an instrument capable of ensuring a sufficient model to support and guarantee access to justice and the protection of personal data as elements of intimacy. Thus, based on a deductive approach, the present work aims to present the appropriate handling of fundamental rights and interpretation as instruments capable of guaranteeing data protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Intimacy, Personal data, Constitutional interpretation

¹ Mestrando em Direito no PPGD/UFRN. Advogado. Servidor Público Federal.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, como mecanismo científico responsável pela tutela e harmonização dos interesses da coletividade, possui um dinamismo que lhe é indissociável. A progressão histórica da sociedade determina a evolução da Ciência Jurídica. E embora não se consiga, como regra, acompanhar, instantaneamente, as mudanças na forma como são travadas as relações sociais, é imperiosa a necessidade de adaptação do sistema a fim de conferir uma conformação jurídica aos objetos pretensamente resguardados.

O século XXI tem sido bastante fértil quanto às inovações. O avanço da tecnologia parece não conhecer limites e a velocidade de implementação das mudanças é cada vez menor¹. As relações interpessoais são a cada dia menos pessoais, passando por um processo de “virtualização”. A presença física é cada vez menos exigida e/ou menos necessária e a praticidade parece ter se transformado em dogma.

Essas aparentes benesses, todavia, não são imunes a consequências. E desse cenário decorreu um considerável incremento do fluxo de dados em trânsito, sobretudo nas redes informacionais, como consequência prática da própria forma de interação, resultando em situações juridicamente relevantes.

Atualmente, a circulação de informações na rede compreende o fluxo de dados (estritamente) pessoais, seja de forma voluntária, consentida, velada ou desconhecida. O fato é que a circulação virtual de dados parece ser um processo histórico-social irreversível. Todavia, o acesso a tais dados não pode ser, como regra, irrestrito e ilimitado, sob pena de atingir frontalmente uma vasta gama de direitos inerentes aos seus titulares.

É nesse ponto que o Direito precisa ter o protagonismo esperado de um mecanismo de proteção dos interesses da sociedade, sobretudo de indivíduos relacionalmente hipossuficientes, pessoalmente considerados. Antes, porém, é importante perquirir o alcance possível dessa proteção, resguardando a dignidade pessoal, sem inviabilizar o desenvolvimento.

Desse modo, pautando-se, inicialmente em uma perspectiva instrumental, pretende-se partir das concepções de liberdade, intimidade, privacidade e personalidade, analisando sob o ponto de vista hermenêutico e por meio de uma abordagem dedutiva, o alcance conceitual das

¹ O economista Joseph Alois Schumpeter (1982), pautando-se no conceito de destruição criativa (processo que se aproxima do que, hodiernamente, se entende como tecnologia disruptiva), propõe que os ciclos econômicos se manifestem graficamente como ondas cujas variáveis sejam o intervalo de tempo (eixo horizontal) e nível de inovação (eixo vertical). Nessa perspectiva, observou que ao longo dos ciclos econômicos pelos quais passou a humanidade, a ruptura entre um modelo e seu subsequente vem ocorrendo de forma cada vez mais célere (com intervalos temporais sucessivamente menores entre cada marco de inovação produtiva), ao passo que o nível de evolução é crescente.

expressões e dos direitos relacionados, como forma de assegurar a tutela constitucional dos dados pessoais.

Para tanto, a pesquisa aplicada foi realizada por meio de uma abordagem qualitativa do tema proposto, contando com um objetivo eminentemente exploratório e tendo sido tecnicamente viabilizada pela pesquisa da bibliografia pertinente ao objeto do presente estudo.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO E PROBLEMÁTICA

A natureza social do homem² torna o Direito um instrumento essencial à convivência harmônica em sociedade, estabelecendo regramentos capazes de instituir limites à liberdade individual, em prol dos interesses da coletividade. A atuação do indivíduo deve possuir, simultaneamente, um grau de liberdade que lhe assegure a plena possibilidade de manifestar suas opiniões pessoais, ao mesmo tempo em que não incida de forma a causar prejuízos sobre a esfera jurídica de terceiros.

Os direitos individuais, portanto, apresentam uma conformação segundo a qual são delineados, *prima facie*, pelos próprios direitos dos indivíduos que os reclamam. Ou seja, diante de um ordenamento posto, os cidadãos podem, com respaldo na segurança jurídica que o sistema preconiza, prever, minimamente, os direitos, as liberdades e as garantias que lhes são assegurados. Com isso, em um Estado de Direito, é capaz de exigir do Poder Público, por meio do manejo dos instrumentos adequados, o cumprimento de tais prerrogativas.

Por outro lado, contudo, tais direitos individuais são necessariamente lapidados pelos (mesmos) direitos dos demais cidadãos. Ora, em termos pragmáticos, pode-se afirmar que a liberdade de cada um dos indivíduos é amplamente garantida até o limite de confrontação com os direitos de terceiros. Isso porque, em situações jurídicas equivalentes, todos são iguais perante a lei (art. 5º, CRFB), e essa isonomia assegura uma proteção bidimensional, apta, portanto, a tutelar, igualmente, os interesses de todos os cidadãos que se relacionam em sociedade, de forma a assegurar uma harmonia social pautada, exatamente, na igualdade entre todos os seus indivíduos. A teoria do limite dos limites, propugnada pela doutrina alemã, aborda esse viés de concessões e restrições recíprocas cuja finalidade última é estabelecer um equilíbrio dinâmico na relação entre os cidadãos, estabelecendo um núcleo essencial de proteção jurídica fundamental, irredutível, inegociável e inafastável. (DIMOULIS; MARTINS, 2008)

² Sobre o caráter de sociabilidade humana, é relevante atentar para a natureza social do homem apontada por Aristóteles (2011), em sua obra “Política”.

Em última análise, de forma bastante sucinta e sem adentrar no mérito do conteúdo normativo do instituto, pode-se conceber o postulado da igualdade como fundamento basilar da dignidade inerente a todo e qualquer ser humano, sendo apontada como fundamento (art. 1º, III, CRFB) – e até pressuposto³ – do próprio Estado Democrático de Direito.

Ocorre que o Direito, tendo em vista a forma normativa por meio da qual se manifesta socialmente não consegue prever – por motivos óbvios – todas as formas presentes e futuras de interação social. As vicissitudes sociais ostentam um dinamismo que é sempre perseguido pelo Direito. Em regra, a sociedade se transforma e – como consequência lógica necessária à integridade do sistema jurídico – o Direito também se aperfeiçoa, por intermédio de transformações potencialmente aptas à regulamentação efetiva das (novas) interações sociais.

Inegavelmente, o Direito precisa evoluir, sob pena de tornar-se um instrumento totalmente inócuo para a finalidade a que se propõe, a qual pode ser sucintamente apresentada como: a conformação entre os interesses e a tutela do Estado e os direitos dos cidadãos, na busca pelo equilíbrio harmônico da sociedade.

A técnica jurídica preconiza que, no intuito de alcançar a maior quantidade de situações possíveis, e devendo ser direcionada a todas as pessoas numa mesma situação de Direito, as normas precisam ser editadas em atenção aos caracteres da generalidade e abstratividade (NADER, 1998). Ainda assim, por mais abstratas e genéricas que sejam as normas, o legislador sempre esteve, pelo menos, um passo atrás da dinâmica social, e isso precisa ser interiorizado pelo sistema jurídico da forma menos onerosa possível, notadamente quando se pensa em âmbito constitucional.

Se essa conjuntura, embora não seja ideal, é exatamente a forma por meio da qual o Direito se exterioriza socialmente, não parece razoável se exigir previsões específicas capazes de inviabilizar a tutela jurídica de toda e qualquer modificação socialmente relevante.

Pretender que a cada nova forma supostamente inédita de interação haja um dispositivo constitucional específico tutelando exatamente a relação da forma como fora travada é exigir do sistema uma complexidade intangível e incompatível com a necessidade de operacionalização prática do Direito.

³ A tese argumentativa fundamental encampada pelo presente trabalho é a de que não há como se falar em dignidade sem que a igualdade esteja previamente assegurada. Entende-se que a igualdade é o alicerce teórico da dignidade da pessoa humana, pois comporia o núcleo mínimo de direitos intangíveis, que não comportam maiores discussões ou mesmo relativização. Isso porque mesmo quando a solução isonômica se revele com a faceta de um tratamento desigual, reflexamente, a pretensão do sistema é exatamente assegurar uma igualdade material. Ou seja, a aparente desigualdade tem, mais propriamente, o escopo de impedir uma desigualdade.

Ao contrário do que possa parecer, a hipertrofia normativa⁴ não carrega benefícios ao sistema jurídico (GONÇALVES, 2013). Numa perspectiva formal, a pretensão de certeza e perenidade do Direito por intermédio de uma previsão minuciosa da infinidade de interações interpessoais recai, exatamente, no paradoxo da incerteza da tutela jurídica de toda e qualquer relação que extrapole a expressa previsão normativa, sobretudo em âmbito constitucional.

Ora, se a pretensão do Estado é fundada no pressuposto de um sistema jurídico com vocação de definitividade⁵ e segurança para os jurisdicionados, não parece razoável a busca incessante por minúcias inalcançáveis face às vicissitudes sociais.

Partindo dessa premissa, o presente trabalho tem o escopo de apresentar a hermenêutica constitucional como mecanismo suficientemente apto a viabilizar – para o objeto abordado no trabalho – a evolução do sistema jurídico, partindo de conceitos de maior amplitude, cuja incidência seja expansível às novas formas de interação social.

Isso porque, atualmente, o processo de virtualização das relações – hoje, cada vez menos presenciais e pessoais – desvelou uma nova forma de interação intersubjetiva carecedora de eficaz proteção jurídica. Essa nova vertente relacional, todavia, não parece impor, necessariamente, o esforço do constituinte para a implementação de uma reforma constitucional prévia, sobretudo quando o legislador ordinário poderia, de forma satisfatória, regulamentar a matéria, por meio de um menor esforço legislativo.

A Constituição da República de 1988 já parece ter sido razoavelmente pródiga quanto a sua extensão e alcance, tratando de matérias muito além da organização estatal; chegando,

⁴ A hipertrofia ou hiperinflação normativa é concebida, no presente trabalho, como um processo nocivo de excesso de produção legislativa, fundado na pretensão de minuciosa regulamentação positiva para a máxima garantia da tutela jurídica efetiva. Entretanto, a *contrario sensu*, o resultado desse excesso de normatização, via de regra, parece revelar, com muito mais propriedade, a constatação empírica da impossibilidade de o Direito prever com a exatidão pretendida, todas as formas de interação entre os indivíduos. Evidentemente, porém, diante do crescimento exponencial de tecnologias disruptivas (NOGAMI, 2019), tem-se a necessidade de uma colmatação do sistema jurídico, de forma a fazer frente à necessidade de tutela dessas novas interações. Nessa perspectiva, não se pode abrir mão da regulamentação infraconstitucional para tais objetos. E nesse caso específico, é possível que o próprio procedimento legislativo ordinário revele-se insuficiente para atender o dinamismo inerente à área. Logo, com muito mais rigor, não deve a Constituição – norma mais solene do ordenamento – se ater a especificidades pouco proveitosas nesse âmbito constitucional, sob pena, inclusive, de reflexa fragilização da pretensa proteção, uma vez que deve merecer reformas constantes.

⁵ Evidentemente, pontue-se que a vocação de definitividade não se confunde com qualquer pretensão de imutabilidade, a qual é veementemente contrária a qualquer aspiração de um sistema jurídico minimamente coerente em si mesmo. Parafraçando o discurso de Ulysses Guimarães (disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>), proferido por ocasião da promulgação da vigente Constituição da República, em 1988: a Lei Fundamental não é perfeita; e isso ela própria reconhece ao admitir, em suas disposições normativas, mecanismos de reforma.

inclusive, a minudenciar muitas estipulações geralmente afetas aos diplomas infraconstitucionais⁶. Por óbvio, tal peculiaridade não a torna menos valiosa.

Contrariamente, a pretensão era exatamente a construção de um Estado alvissareiro⁷, cuja Lei Fundamental garantisse aos cidadãos um vasto rol de direitos amparados pelo mais forte texto jurídico estatal. E isso parece ser suficiente para assegurar um fundamento consistente para amparar a proteção individual.

É, pois, a partir de tal perspectiva, que na presente pesquisa aplicada, proceder-se-á a uma abordagem qualitativa do tema, pautando-se em um objetivo hermenêutico-exploratório, desenvolvendo a análise, eminentemente, por meio do manejo do método dedutivo, na tentativa de demonstrar a suficiência do conteúdo constitucional posto para uma proteção efetiva da intimidade, sobretudo na perspectiva dos dados pessoais, sendo necessária, a princípio, apenas a regulamentação infraconstitucional⁸, para melhor sistematizar e otimizar essa tutela jurídica.

Ressalve-se, oportunamente, que a pretensão ora deduzida não retira a inegável relevância de uma previsão constitucional específica para a tutela dos dados pessoais. A intenção, contudo, é demonstrar que o atual arcabouço jurídico do ordenamento pátrio já alberga meios suficientemente capazes para a proteção pretendida, viabilizando plenamente o acesso à justiça para a tutela desses “novos direitos”.

3 A NATUREZA ANALÍTICA DA CONSTITUIÇÃO E O ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O sistema jurídico brasileiro é fulcrado em dois pressupostos constitucionais fundamentais: a rigidez e a supremacia da Constituição (BARROSO, 2008).

Como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, a Constituição necessita ocupar a mais alta posição na hierarquia do paradigma de normatividade estatal,

⁶ O Poder Constituinte Originário fixou uma série de datas, percentuais, quantidades, atribuições, alíquotas e elementos cuja regulamentação poderia, perfeitamente, ter ficado a cargo do Poder Legislativo. No entanto, a opção do Constituinte manifestou-se no sentido de abranger uma ampla gama de previsões dotadas de força e hierarquia constitucional.

⁷ Era essa, ao menos, a vontade expressamente manifestada no discurso da promulgação da Constituição da República de 1988.

⁸ Veja-se, inclusive, que dada a fragmentariedade da matéria, a enorme multidisciplinariedade do tema e, sobretudo, a ausência de certeza ou razoável previsibilidade científica diante da absurda velocidade do avanço das novas tecnologias, tem sido cada vez mais recorrente a preocupação da doutrina com a forma de regulação estatal do tema. Isso porque o próprio procedimento legiferante ordinário parece ser incompatível com a velocidade exigida no trato da temática (SANTOS; MARCO e MÖLLER, 2019).

detendo a estatura de maior proeminência dentre as espécies legislativas – lato senso – existentes, condição que caracteriza sua supremacia.

Outrossim, para conferir a segurança e a estabilidade esperada pela ordem constitucional, a norma fundamental do Estado deve se revestir de considerável rigor formal, destacando-se, desde a sua gênese, das demais normas. Esse formalismo diferenciado é operacionalizado por meio de um processo mais solene de reforma dos dispositivos em âmbito constitucional.

Essa característica, no Direito Brasileiro, é concretizada pela necessidade de discussão e aprovação, em cada uma das casas legislativas federais⁹, pelo voto de três quintos de seus membros, em dois turnos de deliberação, a teor do art. 60, § 2º, da Constituição da República, para que seja viabilizada a alteração, por meio da promulgação de emenda constitucional¹⁰.

A definição do conteúdo da Constituição pelo Poder Constituinte Originário sinaliza a opção política do Estado, bem como, em tese, as próprias pretensões do povo como legítimo titular desse Poder Constituinte.

Em linhas gerais, em uma abordagem extremamente sucinta, os movimentos constitucionais¹¹, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, são fundados, sobretudo, na organização e limitação do poder estatal, aliados à previsão de um rol de direitos e garantias voltados à proteção dos cidadãos.

Todavia, há atributos não tão comuns que acabam por conferir a cada Constituição particularidades que identificam determinada nação.

Em muitos Estados, como forma de maximizar a estabilidade do ordenamento constitucional, prefere-se um texto mais conciso, sintético, que trate, basicamente, da organização estatal. Nesse particular, ganha-se perenidade (não imutabilidade, saliente-se), visto que o arcabouço teórico fundamental sob o qual se instaura determinado Estado tende a permanecer bem sedimentado. A dinâmica social, como regra, impõe a realização de emendas pontuais e até marginais nesses ditos aspectos mais voltados à organização estrutural estatal. A rigor, os processos de ruptura, nesses cenários demandam processos revolucionários mais robustos.

⁹ O Poder Legislativo brasileiro, em âmbito federal é formado por órgão bicameral. Nos termos do art. 44 da Constituição da República, tem-se que: “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

¹⁰ Sobre o tema do presente trabalho, destaque-se que já tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019, a qual acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais expressos do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

¹¹ Expressão cunhada pelo professor Canotilho (2003) para melhor representar a diversidade de “constitucionalismos” existentes nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo e ao longo das eras.

Por outro lado, em teoria, privilegiando a extensão do conteúdo constitucional como forma de instituir padrões mínimos de garantias não sujeitos a maiorias parlamentares eventuais que distorçam a pretensão do titular do Poder Constituinte, tem-se normas fundamentais prolixas, cuja abrangência perpassa inúmeras matérias que “passam a ter” *status* constitucional, embora, em essência, seja possível adotar a concepção que encerram esse viés apenas sob o ponto de vista formal. Evidentemente, esse não seria o caso da proteção dos dados pessoais, os quais são dotados de relevância concreta e, portanto, potencialmente materialmente constitucionais.

Mas o modelo constitucional brasileiro ostenta essa natureza analítica, aspecto que o torna ímpar, ainda que o texto de países – como Portugal (FIUZA, 1993) – também apresente esse caráter de analiticidade. Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é bastante pródiga em seu conteúdo, tratando das mais diversas matérias e, em muitas delas, descendo a minúcias incomuns em sede constitucional (SARMENTO, 2012).

Nessa perspectiva expansiva, o rol de direitos e garantias fundamentais também é bastante vasto. Para os professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012), tem-se o sistema de direitos fundamentais como uma espécie de elemento crucial da Constituição, sendo, também, possível observar uma certa preocupação com a efetiva concretização de tais previsões normativas.

Dentre os elementos mais relevantes para o presente estudo, merecem destaque, notadamente, as previsões contidas nos incisos X e XII, do art. 5º do vigente texto Constitucional.

Tais dispositivos apresentam vocábulos repletos de significado, tais como: intimidade, vida privada, honra, imagem, dados etc., os quais apresentam amplo espectro interpretativo e não podem ser simplesmente diminuídos em seu conteúdo normativo, principalmente pela topografia normativa constitucional que ostentam.

Há, pois, que se levar em consideração a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais. Afinal, se “não se presumem, na lei, palavras inúteis¹²” (MAXIMILIANO, 2006, p.204); com muito mais rigor, não parece concebível admitir no texto constitucional a existência de palavras e/ou expressões vazias e destituídas de conteúdo normativo¹³.

¹² *Verba cum effectu, sunt accipienda.*

¹³ No julgamento do RE nº 197.917/SP, em 2002, o Min. Maurício Correa, relator do caso à época, reiterou, corroborando a nível de Lei Fundamental a máxima referida pelo professor Carlos Maximiliano, que “[...] a Constituição não contém palavras ou expressões vazias, sem nenhum sentido”, logo não é razoável ou mesmo aceitável desconsiderar verbetes cunhados a nível constitucional.

Igualmente, portanto, não parece haver autorização constitucional para reduzir o alcance das ditas disposições, ao ponto de não as considerar plenamente aplicáveis às novas formas de interação social, as quais foram viabilizadas pelas novas tecnologias. Se há um regime jurídico vigente, válido e aplicável, não há razão para afastar sua aplicação, ainda que se entenda insuficiente ou implícita.

Ademais, se a interpretação constitucional deve, também, ser pautada pelo princípio da máxima efetividade (COELHO, 2002), corolário da própria força normativa da Constituição (HESSE, 1991), exige-se do operador do Direito a busca por uma leitura ampliativa dos direitos fundamentais instituídos pela dita norma fundamental, temperando tal exegese, todavia, com o menor sacrifício possível a direitos de terceiros.

Os limites à aplicação dos direitos fundamentais não podem ser simplesmente supostos pelo hermenêuta. A rigor, para serem válidos, devem estar consubstanciados na norma ou decorrer da análise sistêmica do ordenamento (DIMOULIS; MARTINS, 2008). No caso da proteção à intimidade e à privacidade – ainda que em se tratando de uma aplicação voltada à proteção de dados pessoais – não parece haver nenhum óbice razoável à adoção do regime de proteção já consagrado pela Constituição.

Dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição (GARCIA, 2018), por meio de um prudente manejo hermenêutico, entende-se que é plenamente possível extrair uma satisfatória proteção constitucional da intimidade e dos dados pessoais, sendo, contudo, imprescindível, a regulamentação infraconstitucional (e/ou, quiçá, infralegal) da matéria, observadas as peculiaridades já destacadas quanto à rapidez com que temas relacionados direta ou indiretamente às novas tecnologias colocam-se à disposição da sociedade, exigindo do Direito uma proteção concreta e efetiva, bem como a garantia do acesso à justiça.

Considerar insuficiente a regulamentação posta ou questionar sua possível incidência sobre as relações “virtuais” (ou não estritamente presenciais) parece ser um risco maior do que o de aplicar as disposições já vigentes, sob pena de se criar um vácuo normativo, a rigor, inexistente, apenas no afã de uma intangível regulamentação ótima.

Outrossim, além de vigentes e válidos, há que se salientar que ditos dispositivos têm aplicabilidade indiscutível, com eficácia plena, integral e imediata (SILVA, 2007), produzindo, dessa forma, todos os efeitos jurídicos que o ordenamento lhes assegura, dentre os quais a garantia de invocação para a tutela de pretensões legitimamente amparadas pelo Estado.

4 CONTEÚDO E ALCANCE HERMENÊUTICO DA PROTEÇÃO À INTIMIDADE E DOS DADOS PESSOAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Desde os fundamentos da Constituição de 1988 é possível extrair elementos que, devidamente associados, viabilizam a concepção de uma base constitucional apta a instituir um razoável regime de proteção aos dados pessoais, à intimidade e à privacidade dos titulares dessas manifestações de personalidade jurídica individual.

Os conceitos de cidadania e de dignidade da pessoa humana, por exemplo, ambos fundamentos constitucionais expressos do Estado Democrático de Direito brasileiro podem ser facilmente interpretados como detentores de um alcance incidente sobre a própria individualidade dos cidadãos. Isso porque o exercício pleno da cidadania pressupõe uma esfera jurídica individual isenta de ingerências externas, sejam elas de natureza pública ou privada¹⁴. E a dignidade, por seu turno, já pressupõe, em sua própria essência, a preocupação com a intimidade do indivíduo, concebendo-o não apenas como um mero sujeito de direitos, mas como um ser dotado de necessidades vitais básicas mínimas, sem as quais é inviabilizada sua existência como ser social. E sua intimidade, certamente, ostenta esse caráter.

Ainda que à época, evidentemente, não houvesse como antever a exponencial velocidade com que a ciência foi capaz de instrumentalizar novos mecanismos de interação social, a redação do dispositivo e a natureza dos direitos fundamentais ora destacados como base de tal proteção parecem, pois, aptas a compor um fundamento institucional minimamente satisfatório de proteção estatal dos dados pessoais.

4.1 PRIVACIDADE E INTIMIDADE

Embora hodiernamente fragilizado pela evolução científica e complexidade dos métodos hermenêuticos contemporâneos, o critério gramatical ainda pode ser adotado como um bom ponto de partida para a análise das questões inerentes à interpretação. Afinal, por mais complexo que seja um enunciado, certamente ele foi concebido a partir de uma relação entre elementos linguísticos dentre os quais há uma relação sintático-semântica.

Mesmo sem qualquer pretensão de exaurir as nuances distintivas entre os conceitos de privacidade e de intimidade (e tendo ciência dos vários pontos de intercessão entre tais

¹⁴ O direito ao voto secreto, instituído, inclusive, como cláusula constitucional pétrea (art. 60, §4º, da Constituição da República) é um claro exemplo de manifestação da cidadania – resguardada de influências externas – por meio da soberania popular exercida pelo sufrágio universal, nos termos do art. 14 da Constituição da República.

institutos), é relevante perpassar, ainda que superficialmente, por esses termos, estabelecendo uma diferenciação mínima, mesmo que incipiente, de seus significados.

Da etimologia¹⁵ de tais vocábulos (NASCENTES, 1955), depreende-se que o termo privacidade é decorrente da palavra latina “privatus”, cujo significado diz respeito àquilo que é pertencente a si mesmo, colocado à parte, fora do coletivo ou grupo. Ou seja, o conceito de vida privada relaciona-se à esfera individual do titular do direito. Ele deve ter ingerência e controle daquilo que integra essa vertente de sua personalidade, podendo opor essa realidade a terceiros, exigindo-lhes a observância dos limites que ele próprio estabelece como razoáveis para uso e gozo de tal prerrogativa. A privacidade, portanto, contrapõem-se à publicidade (ao que é público, acessível a todos) e manifesta-se, inclusive, na seara patrimonial, quando, por exemplo, determinado sujeito – proprietário de um objeto – impede, legitimamente, que terceiros usem-no sem sua autorização¹⁶. Essa barreira é estabelecida exatamente pelo direito à vida privada que o constituinte instituiu.

A intimidade, por seu turno, é oriunda do latim “intimus”, referindo-se ao interior, àquilo que é de dentro. Nesse caso, o conceito parece ter um viés mais imaterial, sem uma incidência patrimonial direta. Essa natureza mais abstrata parece sinalizar a necessidade de um nível ainda mais profundo de proteção estatal. Isso porque, para além daquilo que simplesmente não é público, a intimidade pressupõe um juízo de valor pessoal acerca do que é mais caro ao indivíduo. Trata-se de um núcleo intangível de proteção pessoal que merece, necessariamente, ampla atenção do Estado. Ou seja, a intimidade está além da privacidade e, conseqüentemente, é carecedora de uma tutela jurídica ainda mais efetiva, por ter incidência concreta, exatamente, no fundamento estatal da dignidade da pessoa humana¹⁷.

Desconsiderar tais nuances e, principalmente, a possibilidade concreta de aplicação delas no âmbito das novas tecnologias são medidas das quais não decorrem benefício algum para o Estado. Pelo contrário, é plenamente possível, a partir de tais ponderações buscar a construção de um arcabouço hermenêutico-constitucional apto a respaldar a proteção dos indivíduos face à nova realidade social. E tudo isso, sem a necessidade de um esforço específico, e pouco proveitoso sob o ponto de vista pragmático, por parte do Poder Constituinte Reformador, o qual teria, unicamente, o intuito de especificar e robustecer a previsão

¹⁵ NASCENTES, Antenor de Veras. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1955.

¹⁶ Esse viés patrimonial, inclusive, está no cerne da tutela inicial da privacidade, historicamente (GARCIA, 2018).

¹⁷ O conceito, o alcance e o conteúdo do direito à intimidade e à vida privada, atualmente, carecem de uma releitura contemporânea, apta a viabilizar uma conformação jurídica mais adequada, sobretudo ao novo contexto informacional e virtual da sociedade (BRANDÃO; MENDOZA, 2016).

constitucional de uma tutela já assegurada por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento.

Ainda que se entenda que a proteção aos dados pessoais encerre um direito autônomo (ZANON, 2013) e englobe prerrogativas de outras ordens, tais como o direito à informação, abstenção, controle e até à proteção em âmbito consumerista¹⁸, é imperioso, inicialmente, partir de uma interpretação sistemática do ordenamento para identificar, se no Estado vigente, já não há mecanismos capazes de assegurar – ainda que minimamente ou de forma mais generalista – essa proteção, sob pena de incutir na própria sociedade, dúvidas inconciliáveis com o sistema vigente, tais como a possibilidade de acesso indiscriminado a dados de terceiros, maculando toda a axiologia constitucional (GARCIA, 2018).

Por óbvio, não se vislumbra prejuízo algum na previsão constitucional expressa da proteção dos dados pessoais como direito fundamental. É até louvável que o Constituinte Reformador pretenda destacar a relevância da matéria, atribuindo-lhe *status* constitucional e fortalecendo seu conteúdo. Certamente, diante do cenário atual, essa iniciativa é extremamente benéfica, inclusive para respaldar o Brasil no contexto internacional. Esse interesse, no entanto, que mais parece ter um relevo destacadamente político, não pode sobrepujar a realidade jurídica posta, fulcrada na suficiência da regulamentação constitucional vigente, capaz de assegurar o pleno acesso à justiça voltado à proteção desses direitos de cunho pessoal-informacional.

4.2 A NECESSIDADE DE UM ARCABOUÇO HERMENÊUTICO DE PROTEÇÃO E O EXEMPLO PRÁTICO DAS REDES SOCIAIS

A inviolabilidade da intimidade, preconizada pelo art. 5º, inc. X, da Constituição demonstra a preocupação do Constituinte com a seara jurídica pessoal dos indivíduos, a qual não pode, simplesmente, ser desconsiderada pelos demais, sob pena de responsabilização civil.

O ordenamento pátrio ampara a pretensão de reparação de danos causados à honra e à imagem das pessoas, sobretudo quando decorrentes da prática de atos ilegítimos, desarrazoados e ofensivos à reputação de quem quer que seja, ainda que se trate de pessoa pública¹⁹.

¹⁸ A defesa do consumidor já possui *status* de direito fundamental (art. 5º, XXXII) na vigente Constituição da República, além de ostentar a natureza de princípio da ordem econômica (art. 170, V), circunstâncias que não permitem a identificação de uma omissão constitucional quanto à proteção consumerista, ainda que os contratos tenham sido eventualmente firmados em um ambiente digital ou pactuados com o uso de novas tecnologias. O fundamento basilar da relação permanece inalterado; e, como tal, também são mantidos os princípios básicos do Direito do Consumidor.

¹⁹ Considere-se como pessoa pública aquela que, em decorrência de seu ofício e/ou profissão é reconhecida publicamente por parcela significativa da população.

Não há qualquer limitação expressa (ou implícita) dessa tutela às interações presenciais. Esse silêncio eloquente, no entanto, não pode ser interpretado em prejuízo dos jurisdicionados. Dessa forma, se a Constituição assenta a proteção da intimidade, de forma genérica, com muito mais propriedade essa proteção deve se manifestar quando a violação ocorre por meio das relações virtuais, cujo alcance é indeterminado e ilimitado²⁰.

Ora, se uma violação presencial já é capaz de ocasionar danos consideráveis à vítima da ofensa, parece razoável inferir que a lesão é sobretudo agravada quando o alcance dessa transgressão é potencializado em decorrência do meio pelo qual o dano foi praticado. Assim, uma violação da intimidade praticada em nível virtual é tão ou mais grave do que a ofensa física ou presencial.

Reitere-se que as interações sociais são extremamente dinâmicas e, partindo dessa concepção, algumas relações até então inimagináveis são, hoje, facilmente travadas por meio de instrumentos remotos. A título de recorte exemplificativo, veja-se o que ocorre com as diversas redes sociais atualmente existentes.

Essas plataformas de interação social diminuíram, por um lado, distâncias geográficas e facilitaram a comunicação rápida entre pessoas de todos os lugares do mundo e não apenas com uma finalidade de proporcionar entretenimento. Há aplicativos especializados em relacionamentos amorosos; ou voltados ao gerenciamento de contatos profissionais; ou, ainda, com temáticas educacionais, tais como o aprendizado de idiomas etc.

Por outro lado, contudo, parece ter havido um esvaziamento da essência dessas interações. E isso tem ocasionado problemas significativos, revelando-se como um potencial desafio, inclusive para o Poder Judiciário.

Os usuários de redes sociais parecem se achar protegidos pelo fato de se encontrarem sob um aparente “véu” de um ambiente virtual e passam a praticar atos, proferir pensamentos e externar concepções extremamente agressivas e comprometedoras, adotando comportamentos que nunca seriam cogitados em uma interação real, concreta e pessoal (SARMENTO, 2009).

A necessidade de uma tutela e um regulamento específicos, contudo, não significa, necessariamente, a constatação de uma omissão constitucional. Menos ainda significa uma inexistência de proteção constitucional.

²⁰ É tema cada vez mais recorrente na doutrina e na jurisprudência pátrias, o direito ao esquecimento, fundado exatamente na pretensão de reparação de fatos de outrora que continuem a repercutir negativamente – mesmo após considerável lapso temporal – na esfera jurídica de determinado indivíduo. E a relevância de tal proteção ganha contornos bastante vultosos quando a divulgação dos ditos fatos se dá por meios digitais, porque a dificuldade de extrair integralmente o conteúdo da rede mundial de computadores é, basicamente, incalculável. Merece destaque, contudo, a tese de repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em 2021, segundo a qual o chamado direito ao esquecimento seria incompatível com a Constituição da República (STF RE nº 1.010.606).

Se o Estado tutela as interações interpessoais reais e concretas, não pode deixar de fazê-lo para os casos virtuais, sob pena de um esvaziamento da própria sistemática jurisdicional. Evidentemente, são necessárias adaptações na operacionalização das atuações estatais, tendo em vista as diferenças existentes nas formas de interação. Isso, todavia, não autoriza a inação estatal.

Se assim ocorresse, considerando a velocidade de disseminação dessas redes, a tendência seria uma impunidade geral. Todas as pessoas poderiam agredir e denegrir publicamente a imagem, honra, vida privada e intimidade das outras, sem qualquer sanção estatal, em um manifesto retrocesso jurídico, social e do próprio Estado.

Além disso, é preciso reiterar que embora se achem aparentemente protegidos pelo ambiente virtual, essas espécies de atos possuem uma repercussão imensamente maior que as relações reais e concretas, uma vez que seu alcance é indeterminado e ilimitado.

Seria, então, um contrassenso, admitir a legitimidade de uma pretensão reparatória para determinada violação, mas negá-la para outro cuja repercussão e alcance são infinitamente superiores.

A rigor, ainda que haja a necessidade de uma regulamentação infraconstitucional específica para a proteção da intimidade e do fluxo de dados pessoais, é prudente observar que o arcabouço constitucional já institui, inclusive, a responsabilidade incidente sobre os praticantes desses atos ilícitos.

E ainda que sejam concebidos como direito autônomo (ZANON, 2013) e especial, dadas as suas peculiaridades, os dados pessoais não podem ser afastados de seus titulares, podendo, perfeitamente, ser designados como uma extensão da personalidade do indivíduo e, como tal, são dignos da mesma tutela protetiva estatal.

A legislação infraconstitucional – ou o modelo alternativo infralegal adotado para fazer frente às nuances dessa nova faceta jurídica – apenas irá melhor regulamentar o tema, dadas as especificidades inatas às relações virtuais.

Veja-se que a densificação dos conceitos jurídicos ocorre exatamente por ocasião da atividade interpretativa (LARENZ, 1997) e a hermenêutica pressupõe a aplicação do Direito (GADAMER, 1999), circunstâncias que permitem a ampliação razoável e científica do alcance do sistema jurídico, tal como se propõe no presente escrito.

5 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA E A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA PARA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS

A análise do conteúdo material da Constituição revela, portanto, a existência de um sistema apto a tutelar de forma suficiente – considerando a finalidade constitucional – a intimidade, a vida privada, a honra e, conseqüentemente, os dados pessoais. Há, desse modo, no âmbito da Constituição da República, um núcleo essencial de direitos afetos à proteção específica da esfera jurídica individual mais íntima de cada sujeito (DONEDA, 2014).

A necessidade de uma regulamentação infraconstitucional mais específica não pode desencadear um movimento de reforma obrigatória da Constituição e, sobretudo, conceber tal procedimento constituinte reformador como condição de garantia do acesso à justiça, com vistas à proteção dos dados pessoais, principalmente quando a analiticidade da norma fundamental já alberga essa perspectiva ampla de proteção.

A pretensão de prever minuciosamente, em sede constitucional, todas as nuances e minúcias sociais, pode ensejar, obliquamente, um risco de enfraquecimento do próprio texto constitucional. Como se todo e qualquer direito individual devesse ter assento no texto da Constituição para que, só então, sua proteção fosse efetivamente assegurada. Essa exigência desmedida pode, em última análise, retirar um *status* constitucional já existente (mesmo que implícito) de relevantes institutos jurídicos e sociais em virtude de aspectos meramente formais, circunstância que pode ocasionar incontáveis prejuízos para os jurisdicionados, notadamente quanto à exigibilidade de alguns direitos.

É relevante assentar que o intuito de densificar a proteção dos dados pessoais não pode descaracterizar a finalidade precípua da sua tutela jurídica.

Ademais, o respaldo da Constituição, ainda que implícito – com o conteúdo material de direitos e/ou garantias extraído da interpretação do texto constitucional – é plenamente suficiente para a garantia não apenas do acesso à justiça, mas sobretudo, para assegurar a efetiva proteção dos direitos dela decorrentes.

Ratificando tal concepção, é salutar referenciar, de forma análoga, 2 (duas) garantias extremamente relevantes para a manutenção do Estado Democrático de Direito, as quais a despeito de não possuírem uma previsão constitucional expressa, são plena e integralmente incorporadas no ordenamento jurídico pátrio, sem que essa suposta omissão tenha ocasionado qualquer tipo de dano à sua plena concretização material.

O primeiro exemplo pode ser extraído do postulado sobre o qual se alicerça toda a sistemática processual brasileira: o princípio do duplo grau de jurisdição. Embora não detenha

previsão constitucional expressa²¹, nenhum operador do direito é capaz de negar sua existência ou, mais propriamente, sua plena aplicabilidade. Nunca se cogitou que a inexistência de previsão constitucional expressa fosse um pressuposto extrínseco de admissibilidade recursal. E isso porque tal discussão é superada pela interpretação sistemática da própria Constituição da República. Além disso, há todo um arcabouço infraconstitucional que confere o devido suporte às pretensões recursais. Ou seja, o duplo grau de jurisdição é plenamente garantido e assegurado no ordenamento brasileiro e isso ocorre com fundamento na interpretação constitucional e na previsão legislativa ordinária.

Um segundo exemplo digno de destaque e capaz de corroborar o entendimento preconizado no presente texto envolve a discussão sobre o poder de investigação do Ministério Público²². Nesse caso, pautando-se doutrinariamente na chamada “teoria dos poderes implícitos”, restou consolidado pela Suprema Corte brasileira (STF), o entendimento segundo o qual é possível extrair de forma indireta, do art. 129 e incisos, da Constituição da República, a possibilidade jurídica concreta de o *parquet* proceder, por si só, a atos investigatórios como titular da ação penal pública. Outrossim, deve-se apontar a existência de fundamento infraconstitucional apto a reforçar essa possibilidade concreta, também de forma implícita, no art. 8º da Lei Complementar nº 75/1993.

O mais contundente aspecto a ser extraído de tais contextos é o fato de a inexistência de previsão constitucional expressa não desencadear nenhum tipo de fragilidade ao direito em si ou prejuízo à tutela jurídica dele decorrente. Veja-se que essa realidade fundada em uma previsão oblíqua não torna os referidos institutos elementos não reconhecidos juridicamente nem os atribui como expressões de menor importância para o ordenamento. Os casos pinçados da realidade jurídica brasileira, contrariamente, encerram direitos amplamente aplicados no cotidiano do Direito brasileiro.

Com escopo conclusivo, é imprescindível destacar recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), tratando exatamente da utilização de dados pessoais, no caso específico, por parte de uma fundação pública. O julgamento teve como objeto a Medida Provisória (MP) nº 954/2020, a qual previa o compartilhamento de dados de usuários de

²¹ A operacionalização prática do duplo grau de jurisdição é viabilizada pela interpretação sistemática da Constituição, a partir da conjugação do art. 5º, LV, com as previsões de competência dos Tribunais para o julgamento de processos em grau de recurso. Para além disso, há toda uma estrutura legal ordinária, consolidada no Código de Processo Civil, que estabelece diretrizes específicas de aplicabilidade e manejo.

²² O STF, no ano de 2015, no julgamento do RE nº 593.727, com repercussão geral reconhecida, consolidou tese no sentido de reconhecer o poder de investigação do Ministério Público, a despeito da inexistência de previsão constitucional expressa.

sistemas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para produção de estatística oficial durante a pandemia causada pelo vírus Sars-Cov2 (COVID-19)²³.

A despeito de um contexto permeado de excepcionalidades, em face do cenário pandêmico instalado em todo o território mundial, o STF suspendeu a eficácia da dita MP, perpassando exatamente pelos argumentos ora desenvolvidos, os quais amparam a possibilidade de tutela dos dados pessoais com fundamento na dignidade da pessoa humana, na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Ainda que reflexamente, também foram ponderados argumentos contidos em previsões expressas na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD), sobretudo quanto aos princípios da finalidade, necessidade e transparência (art. 6º), bem como quanto ao respeito à privacidade (art. 2º), todos dispositivos da Lei nº 13.709/2018.

Ora, em um julgamento histórico para o contexto da proteção dos dados pessoais, a Suprema Corte brasileira assegurou a proteção dos dados pessoais, buscando respaldo na interpretação sistemática da Constituição e robustecendo o núcleo de proteção individual essencial para além das relações físicas e/ou presenciais. Ou seja, há, de fato, um arcabouço protetivo apto a garantir não apenas o acesso à justiça, mas a efetiva tutela dos dados pessoais, com fundamento nos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

A rigor, portanto, tem-se a necessidade de uma leitura atual dos conceitos e direitos fundamentais já consagrados na Constituição, mediante um manejo hermenêutico sensato, sobretudo porque é muito mais contraproducente um esforço do legislador constituinte em detrimento do esforço legislativo ordinário regulamentar²⁴.

Reitere-se, finalmente, que a concepção ora apresentada não tem a pretensão de esvaziar a importância de uma previsão constitucional específica acerca da proteção dos dados pessoais (tal como é o objeto da PEC nº 17/2019), sobretudo porque essa opção – ao que parece – manifestaria de forma mais evidente a opção legislativa pela natureza da proteção aos dados pessoais como direito autônomo e conferiria um *status* de maior relevo a tal matéria (inclusive no cenário internacional).

²³ Questionando o ato, foram ajuizadas 5 (cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), tendo sido protocoladas pelos seguintes entes: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI 6387); Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB (ADI 6388); Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI 6389); Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADI 6390) e Partido Comunista do Brasil – PCdoB (ADI 6393).

²⁴ Ao mesmo tempo em que tramita Projeto de Emenda Constitucional com o escopo de tornar a proteção de dados um direito fundamental – o que, em última análise, já o é, ainda que não expressamente – discutia-se há até bem pouco tempo, a possibilidade de estender a *vacatio legis* da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), cenário que parece reforçar o caráter inócuo do esforço de reforma constitucional em detrimento do necessário esforço legislativo ordinário.

Não parece prudente, todavia, desprestigiar toda a sistemática de proteção individual já vigente no Estado brasileiro. Afinal, garantido o acesso à justiça e viabilizada uma interpretação satisfatória das disposições constitucionais, tem-se a garantia de uma tutela efetiva da matéria. Que a futura promulgação de Emenda Constitucional, portanto, traga tão somente maior relevância jurídica internacional e densidade normativa à proteção dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. 5ª edição. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha; MENDOZA, Melanie Claire Fonseca. Do direito à proteção de dados: das teorias de suporte e a exigência de contextualização. Cinthia O. A. Freitas e José Renato Gaziero Cella (Coord.). **Direito, governança e novas tecnologias**. Conpedi/UnB/UCB/IDP/UDF. Florianópolis: Conpedi, 2016

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, p. 163-186, out./dez. 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro: da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. **Portal Âmbito Jurídico**. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/privacidade-vida-privada-e-intimidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-da-emergencia-de-uma-revisao-conceitual-e-da-tutela-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 23/09/2020

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. A revisão na constituição da república portuguesa. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. nº 15. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro. 1993.

GADAMER, Hans-Geor. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCIA, Rafael de Deus. Os direitos à privacidade e à intimidade: origem, distinção e dimensões. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1:1-26, jan./jun. 2018.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HESSE, Konrad. **Força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NASCENTES, Antenor de Veras. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1955.

NOGAMI, Vitor Koki da Costa. Destruição criativa, inovação disruptiva e economia compartilhada: uma análise evolucionista e comparativa. **suma neg.**, Bogotá, v.10, n.21, p.9-16, June 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-910X2019000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10/09/2020.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MARCO, Crithian Magnus de; MÖLLER, Gabriela Samrsla. Tecnologia disruptiva e Direito disruptivo: compreensão do direito em um cenário de novas tecnologias. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.10, n.4, p.3056-3091. 2019.

SARMENTO, Daniel; SOUSA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"**. In: Cristiano Chaves. (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 39-96.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.