VIDERE
V. 14, N. 29, JAN-ABR. 2022
ISSN: 2177-7837

Recebido: 13/02/2022.
Aprovado: 13/03/2022.

Páginas: 298-313.

DOI:
https://doi.org/10.30612/videre.v14i19.15629

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE DA DECISÃO PARADIGMÁTICA DO STF NA ADI 6.387-DF

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PERSONAL DATA PROTECTION: ANALYSIS OF THE PARADIGMATIC DECISION FROM STF IN ADI 6.387-DF

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: ANÁLISIS DE LA DECISIÓN PARADIGMÁTICA DEL STF EN LA ADI 6.387-DF

Zulmar Antonio Fachin*

RESUMO
O tema da pesquisa é o direito fundamental à proteção de dados pessoais. Considera que esse bem jurídico, essencial na vida da sociedade do século XXI, requer proteção específica e qualificada. Tem por objetivo analisar a decisão paradigmática do STF, exarada na ADI 6.387-DF, que reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais. A pesquisa foi desenvolvida a partir das teorias liberal e do estado social sobre direitos fundamentais. Adota-se o método hipotético-dedutivo, com a utilização de livros, artigos científicos e o acórdão proferido pelo STF. O estudo aponta para a existência de legitimidade na criação de um direito fundamental autônomo por decisão do Tribunal, reconhecendo-se, a esse direito, o mesmo regime inerente aos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.
PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Dados pessoais. STF.

ABSTRACT
The research theme is about the fundamental right to personal data. This paper considers that this legal good, essential in society's life in the 21st century, requires a specific and qualified protection. The investigation aims to analyze the paradigmatic decision from Federal Supreme Court (STF), entered in ADI 6.387-DF which recognizes the existence of an autonomous fundamental right in protection of personal data. The research was developed from liberal theories and from the social state about the fundamental rights. It was applied the hypothetical-deductive method dealing with books, papers and the judgment proclaimed by STF. The study points to the existence of legitimacy in the creation of an autonomous fundamental right by the Court's decision, recognizing to this right the same administration inherent to the other fundamental rights expected in the Federal Constitution.

*
Doutor em Direito (UFPR)
Universidade Estadual de Londrina
zulmarfachin@uol.com.br
OrcID: 0000-0001-5514-5547

CC BY NC SA

KEYWORDS: Fundamental rights. Personal data. STF

RESUMEN
El tema de la investigación es el derecho fundamental a la protección de datos personales. Considera que este bien jurídico, esencial en la vida de la sociedad del siglo XXI, requiere una protección específica y cualificada. Se pretende analizar la decisión paradigmática de la Corte Suprema, recogida en la ADI 6.387-DF, que reconoció la existencia de un derecho autónomo fundamental a la protección de datos personales. La investigación se desarrolló en base a la teoría liberal y del estado social sobre los derechos fundamentales. Se adopta el método hipotético-deductivo, con el uso de libros, artículos científicos y la sentencia dictada por el Supremo Tribunal Federal (STF). El estudio señala la existencia de legitimidad en la creación de un derecho fundamental autónomo por decisión del Tribunal, reconociendo, a este derecho, el mismo régimen inherente a los demás derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal.
PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales; datos personales; STF

1 INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais tem recebido atenção especial da doutrina, do legislador e da jurisprudência. Em relação a esses dados, a doutrina tem desempenhado papel importante para a compreensão dos seus múltiplos aspectos, o legislador tem atuado para estabelecer seus contornos normativos, mormente com a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), e o Poder Judiciário, especialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF), tem estabelecido as melhores interpretações sobre o tema, inclusive, reconhecendo a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.

O tema da pesquisa está delimitado. O texto apresenta uma reflexão teórica dos direitos fundamentais e, em seguida, analisa a construção do direito fundamental à proteção de dados pessoais, especialmente, a decisão paradigmática do STF proferida na ADI 6.387-DF.

O problema da pesquisa consiste em saber se, mediante decisão do STF, a proteção de dados pessoais pode ser considerada um direito fundamental autônomo.

Para responder à pergunta formulada no problema, a pesquisa pretende confirmar a hipótese de que a decisão do STF foi suficiente para reconhecer a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, sendo irrelevante, para esse fim, a edição posterior de emenda constitucional, inserindo a proteção de dados pessoais no corpo da Constituição Federal.

O tema estudado neste artigo tem elevada importância e sua justificativa alicerça-se em que o século XXI está sendo marcado pela multiplicação, cada vez mais expressiva, dos volumes de dados pessoais. Na sociedade capitalista digital, os dados são um ativo cada vez mais valioso, que atribuem poder a quem os detém. Tal essencialidade gerou as condições necessárias para reconhecer a existência de um novo direito fundamental. Nesse contexto, está inserida a decisão paradigmática do STF e a subsequente aprovação de emenda constitucional.

A pesquisa aponta para a necessidade de reconhecer a existência de legitimidade na criação de um direito fundamental autônomo por decisão do STF, conferindo-se, a esse direito, o mesmo regime inerente aos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O trabalho está subdivido em três tópicos. No primeiro, resgata fundamentos teóricos dos direitos fundamentais, na perspectiva das teorias liberal e do estado social. No segundo, após discorrer sobre a forma assumida e o lócus dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, identifica a proteção de dados pessoais como um exemplo de direito fundamental. Na terceira, analisa votos dos ministros do STF, proferidos na ADI 6.387-DF, cujo acórdão reconheceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFLEXÕES A PARTIR DAS TEORIAS LIBERAL E DO ESTADO SOCIAL

Os direitos fundamentais, especialmente a partir da segunda guerra mundial, passaram a ocupar espaço privilegiado das reflexões, estudos e pesquisas em diversas áreas do conhecimento humano. Axiologicamente, eles assumiram posição de centralidade no ordenamento jurídico dos países, sobretudo, no mundo ocidental. Em alguns momentos, chegou-se a falar em uma aura mística ou religiosa desses direitos.

> Os Direitos Fundamentais, sobretudo em sua veste de Direitos Humanos, já foram considerados, apenas com um pouco de *grano salis*, como uma nova religião. Tal dimensão, a um tempo sacral e proselítica, que concita a confluência de convicções diversas (sendo, portanto, eclética), dá-lhes uma visibilidade autónoma, guindando-as a uma existência com luz própria no firmamento dos astros jurídicos (CUNHA, 2013, p. 17).

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos a partir de diversas perspectivas. Neste tópico, eles serão estudados com enfoque nas teorias liberal e do estado social. Não se ignora, com isso, que os direitos fundamentais podem ser compreendidos a partir de outras perspectivas (institucional/institucionalista, valorativa, democrática, marxista-leninista), as quais, embora importantes, não serão estudados no âmbito desta pesquisa. Trata-se, apenas, de fazer um corte epistemológico para condensá-los em um espaço delimitado.

A teoria liberal dos direitos fundamentais tem seu momento mais elevado de aceitação os séculos XVII, na Inglaterra, e XVIII, nos Estados Unidos e na França. O ideário liberal de direitos fundamentais pode ser identificado em diversos documentos jurídico-normativos de grande relevância produzidos naquele momento da vida dos povos. A Declaração de Direitos (1689), a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínea (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) foram as principais manifestações de afirmação dos direitos fundamentais, ainda que, em cer-

ta medida, limitados aos planos teórico e normativo. Essas declarações marcam um momento importante do constitucionalismo.

Nesse contexto histórico, a doutrina tem compreendido o constitucionalismo em três perspectivas distintas, porém semelhantes, consubstanciadas nos modelos inglês, norteamericano e francês (MARTÍNEZ, 1995, p. 145-154). Esses modelos contribuíram para a evolução dos direitos fundamentais.

John Locke (1632-1704), pensador do século XVII, mas até hoje reconhecido como um dos mais importantes ideólogos do liberalismo, empenhou-se em elaborar os fundamentos teóricos da liberdade e da propriedade. Em face da liberdade, concebeu-a em três dimensões.

> A *liberdade natural* do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas por regra apenas a lei da natureza. A *liberdade do homem em sociedade* consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, segundo o encargo a este confiado [...]. Mas *a liberdade dos homens sob um governo* consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido (LOCKE, 1998, p. 401-403).

Para José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como liberdades, direitos de *autonomia* individual e de *defesa* contra o Estado, protegendo os indivíduos contra a quase sempre nociva intervenção estatal. Esses direitos realizam uma espécie de repartição de competências entre o Estado e os indivíduos, deixando àquele apenas a garantia externa do uso efetivo das liberdades por parte dos seus titulares (VIEIRA, 1998, p. 56). Nessa perspectiva, os direitos fundamentais limitam o grau de intervenção do Estado, o qual somente poderá atuar no espaço reservado aos indivíduos quando houver fundadas necessidades de protegê-los. Desse modo, a intervenção estatal que deverá ocorrer será sempre em caráter excepcional.

Em face dos direitos fundamentais, na concepção liberal, encontra-se diante de liberdades puras e simples, não havendo qualquer relevância para os motivos ou os fins pelos quais são exercidos, garantindo-se ao indivíduo o poder de escolher sobre como irá decidir o seu uso. Neste sentido, "o único limite ao poder de escolha de cada indivíduo reside no poder de escolha dos outros", reservando-se às instituições o papel de garantir e ampliar as liberdades individuais e de limitar a atuação do poder estatal. Nessa perspectiva, "é a iniciativa de cada cidadão que torna efectivo e garante o conteúdo dos direitos" (VIEIRA, 1998, p. 56-57).

Pode-se afirmar, nessa perspectiva, que os direitos fundamentais são garantias, visto que garantem a liberdade individual de cada pessoa, embora, conceitualmente,

existam distinções entre direito, garantia e liberdade. Em outras palavras, os direitos fundamentais garantem a autonomia individual.

Neste sentido, segundo a lição de Perez Luño:

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

A teoria liberal dos direitos fundamentais garantiu aos indivíduos uma liberdade abstrata, não concreta. Essa teoria deixou, portanto, um espaço aberto a ser preenchido por outra concepção que se ocupasse não apenas com a formalização, mas, sobretudo, com a efetivação desses direitos. Exigia-se menos abstração e mais concretude.

A teoria do estado social preocupa-se com a dimensão concreta dos direitos fundamentais. Assume, então, o desafio de ir além da constitucionalização desses direitos, para concentrar esforços na sua efetivação no grau mais elevado possível. Em outras palavras, não se satisfaz com a declaração, mas exige a concretização dos direitos fundamentais declarados.

Segundo Andrade (1998), esta teoria preocupa-se fundamentalmente em mostrar a insuficiência das liberdades abstratas produzidas pelo liberalismo defendido pela teoria clássica. Por isso, é necessário considerar as condições sociais, na medida em que são pressupostos do exercício dos direitos individuais. Neste sentido, as liberdades têm de existir de modo concreto e, no contexto de uma sociedade de massas, essa garantia só pode ser atribuída e exercida pelos poderes públicos. O autor reconhece que a teoria do estado social, aceitando os direitos de liberdade, não pretende destruir a dimensão subjetiva e pessoal das liberdades, porém, sustenta, em acréscimo, que a sua consagração constitucional exige que o Estado interfira para que tais liberdades se realizem efetivamente na prática cotidiana (VIEIRA, 1998, p. 67-68).

Os direitos de liberdade são também chamados de negativos, ao passo que os de igualdade são denominados positivos. Em regra, aqueles exigem a abstenção do Estado, que deve preservar o espaço da autonomia da vontade individual, e estes carecem da intervenção do poder público, com o objetivo de prover as necessidades básicas das pessoas.

> Os direitos negativos excluem e afastam o Estado; os positivos o incluem e o exigem. Para que existam os primeiros, as autoridades públicas devem se abster de agir; para que existam os segundos, devem intervir ativamente. Os direitos negativos, em regra, protegem a liberdade; os positivos promovem a igualdade. Os primeiros protegem a esfera privada, ao passo que os segundos redistribuem os dólares dos contribuintes. Os primeiros são privativos ou

> obstrutivos, ao passo que os segundos são caritativos e contribuintes. Os direitos negativos nos protegem do Estado, os positivos nos concedem serviços do Estado (HOLMES; SUNSTEINI, 2019, p. 27).

É importante reconhecer que a liberdade e a igualdade não são excludentes entre si. Ao contrário, a convergência de ambas deve ser uma busca permanente. Em outras palavras, o ideal de liberdade igual deve nortear o agir das pessoas, empresas e governos, visto que "Liberdade igual para todos os seres humanos é a essência do significado dos direitos fundamentais" (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 48).

Qualquer que seja a perspectiva (liberal ou social), os direitos fundamentais têm posição de fundamentalidade no ordenamento jurídico e beneficiam do mesmo regime jurídico próprio desses direitos. Esses direitos desfrutam de dupla fundamentalidade: material e formal. A doutrina mostra que a fundamentalidade formal diz respeito ao direito positivado na Constituição. Por esse motivo, os direitos fundamentais situam-se no ápice da pirâmide e desfrutam de superioridade em relação ao restante do ordenamento jurídico; constituem-se em limites (formais e materiais) ao poder constituinte de reforma; não dependem de regulamentação para serem efetivados, visto que as normas que os definem têm aplicação imediata e vinculam entidades privadas e públicas. Já a sua fundamentalidade material está relacionada à ideia de Constituição material, condensadora das decisões mais importantes sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Vale ressaltar que a fundamentalidade formal pode estar (e quase sempre está) vinculada à fundamentalidade material, porém, teoricamente, são duas realidades distintas (SARLET, 2015, p. 75-76).

Conclui-se que tanto a teoria liberal quanto a do estado social apresentam faces importantes para o desenvolvimento e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nessa perspectiva, direitos de liberdade (em regra, negativos) e de igualdade (em regra, positivos) ensejam atuações distintas por parte do Estado.

3 A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

Os direitos fundamentais, componentes do ordenamento jurídico do Estado, têm uma trajetória no tempo. Eles podem apresentar-se de diversas formas. Podem ser explícitos ou implícitos; serem formal ou materialmente constitucionais; estarem no catálogo específico, dispersos ou mesmo fora da Constituição.

Os direitos fundamentais explícitos, como o nome sugere, estão expressamente positivados na Constituição. Em regra, fazem parte do catálogo específico, como, no exemplo brasileiro, aponta o amplo rol previsto entre os artigos 5º e 17. Excepcionalmente, eles estão dispersos ao longo da Constituição, como ocorre, no caso brasileiro, com o direito fundamental ao meio ambiente (art. 225). Em ambas as hipóteses, os

direitos fundamentais encontram-se positivados no plano mais elevado da pirâmide jurídica. Por outro lado, a existência de direitos fundamentais implícitos não é alheia ao constitucionalismo. Não escritos na Constituição, eles podem ser extraídos do regime constitucional ou dos princípios adotados pela Constituição. Embora implícitos, a eles deve ser atribuído o *status* constitucional, residindo, portanto, no plano superior do ordenamento jurídico do Estado.

Há direitos fundamentais que são formalmente constitucionais, ou seja, estão escritos na Constituição do Estado, ainda que não tenham substância própria a esses direitos. Ao reverso, podem ser encontrados direitos fundamentais que não estão escritos na Constituição, sendo, portanto, apenas materialmente fundamentais, como ocorre, no momento atual, com o direito fundamental de acesso à água potável. Contudo – e essa é a regra geral – há direitos fundamentais que são, ao mesmo tempo, formal e materialmente constitucionais, visto que, além de terem assento na Constituição, desfrutam do *status* de direito fundamental.

> No âmbito dos direitos fundamentais, a distinção reconduz-se ao seguinte: há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo fato de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; outros, pelo contrário, além de revestirem a forma constitucional, devem-se considerar materiais quanto à sua natureza intrínseca (direito formal e materialmente constitucionais) (CANOTIULHO, 2003, p. 406).

Por outro lado, os direitos fundamentais podem estar na Constituição ou fora dela. O apropriado é que estejam insculpidos no plano constitucional. Todavia, em situações excepcionais, ainda que de modo temporário, podem não ter assento constitucional, mas constarem em tratados internacionais, em leis e mesmo emergirem de decisões judiciais.

Isto leva à necessidade de identificar quais são as fontes dos direitos fundamentais. A Constituição tem sido indicada, por alguns doutrinadores, "como única fonte dos direitos fundamentais" (CARETI, 2005, p. 140). Contudo, parece não ser possível deixar de reconhecer que são diversas as fontes dos direitos fundamentais.

No corpo da Constituição, os direitos fundamentais têm um lócus específico. Ao reuni-los, as Constituições estabelecem um catálogo destinado exclusivamente a esses direitos. Ressalta-se que as Constituições pós-segunda guerra mundial, como as de Portugal e do Brasil, comportam um amplo rol de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Fazem-no consciente e planejadamente.

Ocorre, todavia, que há direitos fundamentais com assento constitucional, mas que não estão no catálogo específico. São, por isso, chamados de "dispersos". Identificá-los não é tarefa simples, porém, necessária.

> Problema é saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 406).

Nessa perspectiva, a Constituição brasileira protege direitos fundamentais ausentes do catálogo específico, tais como o direito à cultura (art. 215) e o direito ao meio ambiente (art. 225).

Nesse contexto, ainda que em caráter excepcional, pode-se falar em direitos fundamentais fora da Constituição e não é tarefa difícil encontrá-los. Em diversos momentos históricos, tem sido identificados diversos exemplos, tais como o direito fundamental de acesso à água potável (FACHIN, SILVA, 2015), o direito fundamental de acesso à internet (GONÇALVES, 2013) e o direito fundamental de proteção dos dados pessoais (DONEDA, 2020, p. 33-49). É importante ressaltar que, em algum momento temporal, esses direitos deixarão de ser exemplos de direitos fundamentais fora da Constituição, visto que passarão a ter assento no texto constitucional. É o que acaba de ocorrer com o direito fundamental à proteção de dados pessoais, conforme se explicitará no próximo tópico.

Assinala-se que a o nascimento de novos direitos fundamentais é um processo histórico. O passar dos tempos enseja as condições necessárias para o surgimento de novos direitos fundamentais, visto que esses direitos "nascem em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (BOBBIO, 1992, p. 5). Em outras palavras, as circunstâncias e as necessidades geram direitos fundamentais, os quais, ao cabo de determinado espaço temporal, se incorporam no acervo já existente.

Nessa perspectiva, o estudioso precisa estar atento à vida que o cerca. Cientificamente comprometido, sempre atento ao passado e pronto a descortinar o futuro, ele precisa ser fiel intérprete do seu tempo. As inevitáveis circunstâncias da vida cotidiana têm a força suficiente para partejar novos direitos fundamentais, que nascem gradativamente no curso natural do tempo. Esses direitos, partejados por tais circunstâncias, marcados pelas necessidades humanas, passam a compor o patrimônio cultural e histórico da humanidade. O que se tem, então, é o acréscimo de novos direitos fundamentais ao acervo existente (FACHIN; SILVA, 2012, p. 80).

Nesse sentido, nas últimas décadas, tem se desenvolvido um processo – lento, porém, inexorável – de digitalização do direito, especificamente, de direitos fundamentais. Esse processo inclui, dentre outros, "o reconhecimento gradual, na esfera constitucional e no âmbito do direito internacional, de direito humano fundamental

à proteção de dados". Há, nos tempos atuais, uma facilidade cada vez maior de acesso aos dados pessoais em larga escala. Essa facilitação, "somada à velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante o reconhecimento e o controle de informação sobre a vida pessoal, privada e social" (SARLET, 2021, p. 22).

O direito à proteção de dados pessoais foi assumindo enorme importância na sociedade digital. Afirma-se que, nos campos atuais, vem ocorrendo verdadeira transformação digital, o que implica reconhecer que ela "traz consigo oportunidades para melhorar as condições de vida, mas também riscos para o bem-estar dos indivíduos e para a preservação de uma ordem social justa" (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 4). As pessoas usufruem dessas facilidades, mas, ao mesmo tempo, são alvo de violações em seus bens mais elementares.

Em uma perspectiva axiológica, passou a constituir e a se fortalecer um direito tão ou mais importante do que alguns direitos fundamentais formalmente protegidos na Constituição de 1988. Por esta razão, tornou-se imperioso reconhecer a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo, o que vinha sendo feito pela doutrina. Neste sentido, "Considerando a amplitude e importância da proteção de dados, este direito é tido em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e é considerado como um direito fundamental" (DONEDA, 2020, p. 34).

Não será demais lembrar que a emenda constitucional é o procedimento adequado para inserir na Constituição um direito, seja ele fundamental ou não. O direito criado pela emenda passa a ter assento constitucional. Contudo, mesmo que excepcionalmente, não se pode excluir a possibilidade de um direito fundamental ser criado por decisão de órgão do Poder Judiciário, em especial, do Tribunal Constitucional, intérprete derradeiro da Constituição.

4 ANÁLISE DA DECISÃO PARADIGMÁTICA DO STF NA ADI 6.387-DF: O DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Neste item, são examinados votos proferidos pelos ministros na ADI 6.378-DF, consolidando o caminho de construção do direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.

O presidente da República editou a Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020, determinando que as concessionárias de serviços de telefonia (Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e Serviço Móvel Pessoal – SMP) compartilhassem com o IBGE nomes, números de telefones e endereços dos seus consumidores, tanto pessoas físicas como jurídicas. A medida provisória estabeleceu que "As empresas de teleco-

municações prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços dos seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas" (art. 2º).

Contra essa medida provisória, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387, com pedido de medida cautelar. Concomitantemente, tramitaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, todas propostas por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, em observância a preceito constitucional (art. 103, inciso VIII). A Ministra-relatora Rosa Weber entendeu que a ADI ajuizada pelo Conselho Federal OAB era mais ampla, abarcando o objeto das demais, razão pela qual a análise do caso deu-se no bojo da primeira ação.

A inicial apontou inconstitucionalidades formal e material, violadoras de normas constitucionais que protegem diversos direitos fundamentais, entre os quais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem (art. 5º, inciso X) e o sigilo de dados (art. 5º, inciso XXI).

Manifestaram-se nos autos o IBGE (Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), a AGU (Advocacia-Geral da União) e a PGR (Procuradoria-Geral da República). Anexou-se aos autos parecer do jurista André Ramos Tavares.

Foram admitidos na condição de *amici curiae* o Laboratório de Políticas Públicas, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a Associação *Data Privacy* do Brasil e Internet – LAPIN.

A Ministra-relatora Rosa Weber concedeu a medida cautelar, suspendendo a eficácia da Medida Provisória 954/2020, submetendo, porém, sua decisão ao referendo do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

> Nesse contexto, e a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, que suste tal pedido, com imediata comunicação à(s) operadora(s) de telefonia (WEBER, 2020, p. 25).

A medida cautelar concedia pela Ministra-relatora foi submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal que, em decisão paradigmática proferida nos dias 6 e 7 de maio de 2020, por dez votos a um, manteve a suspensão da medida e reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.

Além de inconstitucionalidade formal, por não observância dos requisitos específicos do art. 62 da Constituição Federal, os ministros também reconheceram a existência de inconstitucionalidade material, por violação a diversos normas constitucionais que protegem a dignidade da pessoa humana (art. 5º, inciso III), a liberdade individual (art. 5º, *caput*), a intimidade, a vida provada, a honra e a imagem (art. 5º, inciso X), o sigilo de dados (art. 5º, inciso XII), o devido processo legal em sua dimensão substantiva (art. 5º, inciso LIV), o *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII) e o estado democrático de direito (at. 1º). Identificou-se, ainda, violação dos princípios da autodeterminação informativa e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (LGPD, art. 2º, incisos, II e VII), da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e da razoabilidade.

Do voto da Ministra-relatora Rosa Weber podem ser extraídos os argumentos centrais para a concessão da medida liminar contra a medida provisória impugnada:

a) a medida provisória não delimita o objeto, a finalidade e a amplitude da estatística a ser produzida, bem como não esclarece se há necessidade de disponibilizar os dados e como estes serão efetivamente utilizados;

b) a medida provisória não deixa claro se a estatística a ser produzida tem relação com a situação de pandemia invocada como fundamento para sua edição, embora disponha que o ato normativo terá aplicação durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional acarretada pela Covid-19;

c) não se identifica, na medida provisória, a existência de interesse público legítimo no propósito de compartilhar os dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, havendo omissão quanto à necessidade, à adequação e à proporcionalidade da medida;

d) a medida provisória atribui ao presidente da Fundação IBGE a possibilidade de praticar atos relativos ao procedimento para compartilhar dados, sem apresentar mecanismo técnico ou legislativo capaz de proteger os dados pessoais diante do risco de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida dos dados coletados;

e) embora preveja exclusividade do uso dos dados coletados pela Fundação IBGE, a medida provisória não oferece garantia de que os dados coletados receberão tratamento seguro.

Conforme é possível observar, a pandemia do coronavírus (Covid-19) gerou profunda crise sanitária, com graves consequências não apenas de saúde pública, mas também sociais e econômicas. Nesse contexto, a importância dos dados pessoais foi destacada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Para ele, os dados pessoais servem como chave de identificação e de acesso a um universo de plataformas eletrônicas, as quais detêm uma pluralidade de informações sobre o titular da linha telefônica.

> É preciso ficar claro, portanto, que não se está a falar de informações insignificantes, mas da chave de acesso a dados de milhões de pessoas, com alto valor para a execução de políticas públicas, é verdade, mas também com provável risco de adoção de expedientes, por vezes, dissimulados, obscuros, que possam causa desassossego na vida diária do indivíduo (LEWANDOWSKI, 2020, p. 83).

A situação grave descrita na medida provisória e exigente de tratamento específico de governos, empresas e indivíduos não justifica a violação de direitos fundamentais. Ao contrário, deve ensejar a reafirmação destes. Nessa perspectiva, o voto Ministro Edson Fachin sustenta que "a situação de emergência, por mais penosa que seja sua natureza, não pode gerar um regime de incompatibilidade com a proteção de direitos fundamentais" (FACHIN, 2020, p. 45).

Vale ressaltar que, desde a edição da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), o desiderato de compartilhar informações sobre dados pessoais deve ser precedido da explicitação de todos os aspectos que o ato pode gerar. Embora, no caso sob análise, se estiver diante de situação excepcional e grave, não há autorização constitucional para sacrificar direitos fundamentais da pessoa humana.

Esta preocupação está contida também no voto do Ministro Luiz Fux (2020, p. 72):

> Ocorre que, mesmo em cenário de crise, o uso compartilhado de dados deve seguir os mandamentos constitucionais e legais, observando a estrita relação entre necessidade e adequação. Situações de emergência não são, de forma alguma, uma carta em branco para emprego irrestrito de dados pessoais. O tratamento e compartilhamento de informações devem respeitar direitos e garantias individuais, sendo precedidos de uma adequada especificação das finalidades e medidas de segurança.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, sustentou que o direito fundamental à proteção de dados pessoais já encontrava fundamento em diversos dispositivos constitucionais, entre os quais, os que protegem a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X), o sigilo das comunicações (art. 5ªº, inciso XII) e o *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII). Segundo seu entendimento, para além disso, "A autonomia do direito fundamental em jogo nessa ADI exorbita, em essência, de sua mera equiparação com o conteúdo normativo da cláusula de proteção de sigilo" (MENDES, 2020, p. 109).

Neste sentido, sustentou a necessidade de atualizar e reconceitualizar a força normativa da Constituição: "A força normativa da constituição pode e deve ser atualizada e reconceitualizada para preservar garantias individuais que constituem a base da democracia constitucional e que hoje são diretamente ameaçadas pelo descompasso entre o poder de vigilância e a proteção da intimidade" (MENDES, 2020, p. 98).

Ao final, o Plenário do STF, por maior de dez votos a um, afirmou a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais. Deve-se reconhecer que esse qualificativo atribuído pela Corte Constitucional é suficiente para que o direito à proteção de dados seja, efetivamente, tratado como fundamental. A edição subsequente de emenda constitucional apenas eleva o direito a *status* formalmente constitucional.

Em face da decisão do STF, a doutrina reconhece a importância de proteger esse bem jurídico:

> A disciplina da proteção de dados é extremamente relevante para conferir segurança jurídica aos diversos setores da economia envolvidos e para tratamento de dados pelo próprio Estado. Mais do que isso, porém, ela se tornou uma indispensável garantia fundamental para a manutenção da confiança dos cidadãos nas estruturas de comunicação e informação (MENDES; RODRIGUES JR; FONSECA, 2021, p. 67).

Vale registrar, ainda, que, após a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional, investido de poderes constituintes de reforma, aprovou a emenda constitucional 115/2022, inserindo na Constituição Federal norma protetora do direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais: "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais" (art. 5º, inciso LXXIX). Essa decisão é de significativa importância, visto que a positivação de um direito fundamental, revestindo-o de *status* constitucional, gera efeitos benéficos. Neste sentido, a doutrina aponta diversas vantagens atribuídas ao direito fundamental, como decorrência de sua positivação: a) o direito fundamental passa a ter um novo sentido, visto que será interpretado, regulamentado e aplicado em uma organização política concreta e no espaço de uma Constituição; b) ele passa a ter mais força normativa, condicionando a atuação de todos os poderes estatais, do poder privado e da atuação dos indivíduos; c) o conteúdo do direito fundamental passa a ser mais concreto e específico, podendo, inclusive, gerar outros direitos (ANDRADE, 1998, p. 32-22; FACHIN, 219, p. 227).

No decorrer de sua própria trajetória, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, marcado por autonomia em relação a outros direitos fundamentais, passa a ter *status* constitucional em ambas as dimensões: material e formal.

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são o resultado de uma longa evolução história, pois nascem em circunstâncias específicas e em momentos históricos diversos. Existem muitas teorias a partir das quais os direitos fundamentais podem ser estudados, tais como as teorias liberal, a do estado social, a institucionalista, a valorativa, a democrá-

tica e a marxista-leninista. A pesquisa abordou os direitos fundamentais a partir de duas teorias específicas: a liberal e a do estado social.

A teoria liberal compreende os direitos fundamentais como limites à atuação do poder estatal. São direitos de defesa ou de liberdade, que impõem ao Estado um dever de abstenção, ou seja, o poder estatal não pode interferir no espaço reservado à autonomia individual, salvo se for para protegê-la. Essa teoria concebe os direitos fundamentais como direitos negativos, dotados de certo grau de abstração.

A teoria do estado social ocupa-se da dimensão concreta dos direitos fundamentais, estando comprometida não apenas com a sua proteção, mas, sobretudo, com sua efetivação. Essa teoria sustenta que o Estado deve intervir para que os direitos fundamentais possam ser protegidos e efetivados. Ela concebe os direitos fundamentais como direitos positivos.

Os direitos fundamentais compõem um catálogo específico de direitos garantidos pela Constituição. Em uma perspectiva (axiológica) mais ampla, a pesquisa reconhece a existência de direitos fundamentais explícitos e implícitos; formalmente e/ou materialmente constitucionais; localizados no catálogo, dispersos ou mesmo fora da Constituição.

Em uma perspectiva histórico-sociológica, direitos fundamentais podem nascer sem as formalidades que caracterizam o poder constituinte (originário ou reformador), o que enseja, por exemplo, o reconhecimento da existência de um direito fundamental por reconhecimento social ou mesmo por decisão de órgãos do Poder Judiciário, especialmente o STF.

Em decisão paradigmática, o STF reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais. Conclui-se que a existência desse direito, com o qualificativo que lhe foi atribuído explicitamente, decorre da própria decisão do Tribunal, sendo irrelevante, para esse fim, que posteriormente tenha sido editada emenda constitucional, inserindo a proteção de dados pessoais no corpo da Constituição Federal.

Após a referida decisão do STF, o Congresso Nacional, investido de poderes constituintes de reforma constitucional, aprovou a supramencionada emenda constitucional, inserindo no catálogo específico da Constituição Federal a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo (até a data da conclusão deste texto, a emenda constitucional ainda não foi publicada).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 27 jan. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARETTI, Paolo. **I Diritti Fondamentali**. Torino, Itália: G. Giappichelli Editore, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Direitos Fundamentais e Crise Europeia**: do direito à felicidade à democracia Crepuscular. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito do Estado, 2013.

DONEDA, Danilo. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. **Direito Digital**: direito privado e internet. 3. ed. Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi (Coords.). Indaiatuba, SP: Foco, 2020, p. 33-49.

FACHIN, Edson. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 27 jan. 2022.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Verbatim, 2019.

FACHIN, Zulmar. SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à Água Potável**: direito fundamental de sexta dimensão. 2. ed. Campinas, Millenium, 2012.

FUX, Luiz. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 27 jan. 2022.

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

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**: transformação digital: desafios para o direito. Trad.: Ítalo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

LEWANDOWSKI, Ricardo. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 27 jan. 2022.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad.: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

MARTÍNEZ, Gregório Paces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Imprensa Nacional de la Aeboe, 2014.

MENDES, Gilmar. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 27 jan. 2022.

MENDES, Laura Schertel. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a Proteção Constitucional dos dados Pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 61-71

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

MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Trad.: António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

SARLER, Ingo Wolfgang. Fundamnetos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 21-59.

WEBER, Rosa. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.387-DF**. Min. rel. Rosa Weber. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 27 jan. 2022.