

*Doutorado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos Pelo Centro Universitário de Bauru. Professor assistente em estágio-docência junto ao Departamento de Direito Público da Universidade de São Paulo, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto sob orientação da Professora Livre-Docente, Doutora Eliana Franco Neme. Advogado. E-mail: brunomaiaster@gmail.com

**Livre Docente, pela Universidade de São Paulo, Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Professora Permanente do Programa de Pós Graduação em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Bauru. Advogada. E-mail: elianafranconeme@usp.br

***Doutorado e Mestrado (Bolsista Integral CAPES) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Uniara - Universidade de Araraquara (UNIARA). Professora das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Coordenadora do grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Contemporâneo, Constitucionalismo Global e Globalização da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Pós-Doutorado (em andamento) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Pesquisadora bolsista FUNADESP. Pesquisadora bolsista Programa de Bolsas de Produtividade em Pesquisa (PQ) da Universidade do Estado de Minas Gerais (edital n. 08/2022). E-mail: jamiccalissi@gmail.com

A PROTEÇÃO DE DADOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: UMA COMPREENSÃO ACERCA DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

DATA PROTECTION AND THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY: AN UNDERSTANDING ABOUT INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION

Bruno Alberto Maia*
Eliana Franco Neme**
Jamile Calissi***

Como citar: MAIA, Bruno Alberto; NEME, Eliana Franco; CALISSI, Jamile. A proteção de dados e o princípio da dignidade humana: uma compreensão acerca da autodeterminação informativa. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 201, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.46952>

Resumo: O texto tem como objeto de investigação a proteção de dados, um Direito Fundamental Autônomo, a partir da evolução histórica, tanto do conceito de Dignidade da Pessoa Humana, quanto do conceito atinente ao direito à privacidade, o que permite constatar a autonomia científica do Direito à Proteção dos Dados desconectada da perspectiva civilista dispensada ao Direito à Privacidade, premissa a partir da qual chega-se à definição do conceito de autodeterminação informativa e que permite sustentar que a Dignidade da Pessoa Humana tem natureza supra positiva e positiva. Nesse sentido, pressupõe-se uma relação dialética entre o Direito Natural e o Direito Positivo, orientada a concretização da perspectiva personalista da dignidade, que coloca a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, tanto no âmbito do Direito Interno, quanto do Direito Internacional, esta, também uma premissa que permite sustentar os benefícios com a influência exercida pelo Direito Europeu no Direito Brasileiro, tanto no âmbito dogmático, quanto jurisprudencial, evidenciado a partir da análise do conteúdo referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade 6389 de 2020 em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Para alcançar o objetivo proposto, será utilizada pesquisa bibliográfica e, na escrita, o método dedutivo. Justifica-se o presente estudo, pois, a partir dele, poderá ser possível constatar a autonomia científica do Direito à Proteção dos Dados para se alcançar a definição conceitual de autodeterminação informativa. A exposição de

tais fatores revelará que a Dignidade da Pessoa Humana possui tanto natureza supra positiva quanto positiva, confirmando, desse modo, a possibilidade de concretização personalista da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: dignidade; dignidade da pessoa humana; privacidade; autodeterminação informativa; direito fundamental.

Abstract: The text has as its object of investigation the data protection, an Autonomous Fundamental Right, from the historical evolution, both of the concept of human dignity, and of the concept related to the right to privacy, which allows to verify the scientific autonomy of the Law to Data Protection disconnected from the civilist perspective dispensed with the Right to Privacy, a premise from which we arrive at the definition of the concept of informative self-determination and which allows us to sustain that the dignity of the human person has a super positive and positive nature. In this sense, a dialectical relationship between Natural Law and Positive Law is assumed, oriented towards the realization of the personalist perspective of dignity, which places the human person at the center of the legal system, both in the scope of Domestic Law and International Law, this, also a premise that allows sustaining the benefits with the influence exerted by European Law on Brazilian Law, both in the dogmatic and jurisprudential scope, evidenced from the analysis of the content referring to the Direct Action of Unconstitutionality 6389 of 2020 pending in the Supreme Court Federal. To achieve the proposed objective, bibliographic research will be used and, in writing, the deductive procedure. The present study is justified because, from it, it may be possible to verify the scientific autonomy of the Right to Data Protection disconnected from the civilist perspective to reach the conceptual definition of informative self-determination. The exposition of such factors will reveal that human dignity has both a super positive and a positive nature, thus confirming the possibility of a personalistic realization of human dignity.

Keywords: dignity; privacy; informative self-determination; fundamental right.

INTRODUÇÃO

A proteção de dados é considerada um direito fundamental autônomo, como poderá ser constatado a partir da leitura do presente texto. Nele estão os fundamentos dogmáticos que permitem conectar a proteção de dados ao Direito Constitucional, em que se destaca o conteúdo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana positivado no Art. 1º, III da Constituição de 1988, e com o Direito Civil, notadamente, no que se refere à tutela dos Direitos de personalidade. Isto porque é possível defender a Dignidade da Pessoa Humana como atributo intrínseco de todos os demais elementos aqui apresentados. Neste aspecto, tal fenômeno, erigido como fundamento-vetor da República, é um princípio constitucional, contudo, isto não significa que possa ser invocado como um artifício para solucionar todos os casos concretos levados à apreciação do judiciário, sob pena de ocorrer o seu esvaziamento conceitual.

Para que não seja invocada a Dignidade da Pessoa Humana como artifício, e a partir disso, seja comprometida a dignidade da legislação, é necessário identificar a autonomia científica do Direito Constitucional, do Direito Civil, e do Direito à Proteção dos Dados a partir de seus próprios vetores axiológicos e teleológicos, e da evolução conceitual do direito à privacidade. O que se pretende neste texto, sem esgotar as problematizações referentes ao tema, é propor uma análise intertextual entre dois juristas europeus, notadamente, Konrad Hesse, e Stefano Rodotà, a fim de demonstrar como a Constituição brasileira pode disciplinar procedimentalmente o Direito Constitucional, o Direito Civil e a Proteção de Dados.

O caminho a ser percorrido partirá da análise histórica da evolução conceitual e da dignidade da pessoa humana desde Aristóteles até a contemporaneidade, em que Robert Alexy e Walter Claudius Rotenburg explicitam, respectivamente, o conceito de princípio e o critério da Proporcionalidade, ao qual se deve recorrer nos casos concretos em que há a constatação de colisão de Direitos Fundamentais.

A intertextualidade entre os postulados defendidos por Konrad Hesse e Stefano Rodotà permitirá compreender o porquê é possível afirmar que a Proteção de Dados é um Direito Fundamental Autônomo e, simultaneamente, levar à compreensão da dúplici perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana, isto é, seu aspecto supra positivo, e positivo, tanto no âmbito do Direito Interno, quanto do Direito Internacional.

Neste aspecto, a sustentação oral de Danilo Doneda no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) empiricamente permitirá constatar o porquê de o Direito brasileiro ser antropófago, e se beneficiar, ainda que tardiamente, das influências do Direito Europeu, tanto no âmbito dogmático, quanto jurisprudencial.

Os elementos até aqui referenciados têm por objetivo geral a busca pela determinação de um Direito à Proteção de Dados enquanto categoria científica independente, desconectado da perspectiva civilista, portanto, e atrelado à categoria de um Direito Fundamental Autônomo. Como objetivo específico, por sua vez, buscar-se-á a construção do conceito de autodeterminação informativa.

Para tanto, o trabalho tem início com a indagação sobre a possibilidade de constatação dessa autonomia científica do Direito à Proteção de Dados, seguido pela hipótese afirmativa de que essa autonomia científica é corolário de um Direito Fundamental Autônomo a partir da Dignidade da Pessoa Humana enquanto fenômeno de natureza supra positiva e positiva, o que evidencia a existência de um conceito referente à autodeterminação informativa.

1 COTEXTO HISTÓRICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A disciplina dos Direitos Humanos sempre envolveu a necessidade de luta pelo reconhecimento da dignidade humana em suas várias perspectivas. O Constitucionalismo Contemporâneo deita suas raízes na vinculação que se estabelece entre a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais. Este, talvez, o único aspecto em que há consenso na doutrina. O conteúdo de tal princípio e seu significado para a ordem jurídica são diuturnamente discutidos, tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Assim, sob a perspectiva jurídica, a Dignidade da Pessoa Humana é considerada fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do Artigo 1º, III da Constituição Federal (Castilho, 2018, p. 240).

A Dignidade da Pessoa Humana é um tema que tem merecido reflexão desde Aristóteles, na Grécia Antiga. Entretanto, na Antiguidade, ela era relativa, tendo em vista que os escravos advindos dos povos vencidos em guerras reduziam-se à condição de servos, e não eram considerados merecedores de dignidade. Foi na Idade Média, com Santo Tomás de Aquino, que a tal dignidade assumiu o sentido de núcleo inerente ao ser humano. Portanto, a origem do sentido é devedora do Cristianismo. Isto significa dizer que a gênese da Dignidade da Pessoa Humana deita suas raízes no fato descrito biblicamente de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus (Castilho, 2018, p. 240).

Foi em 1490, entretanto, que o florentino Pico Della Mirandola escreveu seu discurso sobre a dignidade do homem, e deu-lhe sentido para além da teologia. Francisco de Vitória, por sua vez, em sua obra *‘Os índios e o direito da guerra’*, defendeu a existência da dignidade em todos os seres humanos. Daí, deriva a conclusão de que a escravidão era um crime, diversamente do que se pensava à época.

A compreensão laica acerca da dignidade ocorreu somente no Século XVII no contexto histórico e filosófico do pensamento jusnaturalista, cujo maior expoente, Samuel Pufendorf, partiu da premissa de que o homem seria um ser social, e assim, afastaria a origem divina da dignidade, e a conceberia como liberdade de escolha racional do ser humano. A evolução dessa concepção deitou suas raízes no vínculo da Dignidade da Pessoa Humana como liberdade moral, e não à natureza humana (Castilho, 2018, p. 241).

A secularização do conceito de Dignidade da Pessoa Humana operou-se com Immanuel Kant, que percebeu na autonomia ética do ser humano o seu fundamento. Assim, como ser racional, o ser humano estaria apto a conceber para si as suas próprias leis e segui-las conforme sua conveniência. Para Kant, a dignidade significou autonomia alcançada pela razão. E, sob este

aspecto, a autonomia seria, portanto, o fator que dignificaria o ser humano, não podendo ser considerada o meio para o alcance de um fim, antes disso, significaria reconhecer o ser humano como um fim em si mesmo (Castilho, 2018, p. 241).

A fórmula kantiana não apresentou somente uma dimensão negativa, isto é, aquela segundo a qual não se poderia prejudicar o semelhante. A formulação kantiana abarcou, também, uma dimensão positiva no sentido de que cada ser humano deveria proceder de modo a favorecer a felicidade do outro.

Sendo assim, e por consequência, os regimes totalitários e os abusos cometidos durante a Segunda Guerra Mundial fomentaram a necessidade de se considerar a Dignidade da Pessoa Humana como princípio central na maioria dos sistemas jurídicos dos países do Ocidente. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, inspirando-se nos ideais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 também reconheceu o princípio. Entretanto, foi somente a partir de 1949, com a Lei Fundamental de Bonn que a Dignidade da Pessoa Humana como princípio foi efetivamente positivada em uma Constituição. A Lei Fundamental de Bonn, portanto, é considerada o marco histórico-jurídico do Constitucionalismo Contemporâneo (Castilho, 2018, p. 242).

Há segundo a doutrina dos Direitos Humanos, três concepções acerca da Dignidade da Pessoa Humana, a saber, (a) uma de matriz individualista, segundo a qual cada indivíduo ao realizar seus interesses pessoais, acaba por realizar os interesses alheios (esta concepção liberal encontra fundamento no valor liberdade); (b) a segunda concepção de dignidade é a transpersonalista, que compreende a concretização da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito coletivo (isso significa que a dignidade se concretiza quando o indivíduo trabalha para a consecução do bem comum, e acaba assim salvaguardando seus interesses pessoais; sob esta perspectiva, o valor fundamental do homem é a igualdade material); (c) personalista, perspectiva que visa harmonizar valores individuais e coletivos.

E, a partir disso, o ser humano é considerado como se fosse dois entes distintos, o indivíduo e o cidadão. O que só o definirá como um ou outro são as circunstâncias do caso concreto, sempre tendo por base um princípio (Castilho, 2018, p. 242).

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

Para se tratar da Proteção de Dados como Direito Fundamental, e relacionar o referido direito à Dignidade da Pessoa Humana, como princípio Constitucional positivado na Carta Política de 1988, é preciso antes definir o conceito de princípio.

De acordo com Robert Alexy, princípios são normas jurídicas que ordenam o cumprimento de algo na maior medida possível, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

O âmbito das possibilidades jurídicas está definido pela colisão entre as regras e os

princípios colidentes (Alexy, 2008, p. 90). As regras, por outro lado, são mandados definitivos que ou são satisfeitas ou não (Alexy, 2008, p. 91) levando-se em consideração no caso concreto as relações de precedência condicionadas, o que se conhece como lei de colisão (Alexy, 2008, p. 94). Isto, entretanto, não significa que as soluções do caso concreto estejam aprioristicamente dadas. É necessário um exame das circunstâncias do caso concreto para que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana não seja esvaziado de sentido, e torne-se um coringa argumentativo. As relações de precedência condicionadas existem em razão da atuação do legislador que filtra o conteúdo dos Direitos Fundamentais e os deixa penetrar no Direito Privado por meio de cláusulas gerais.

Existe uma conexão entre a compreensão dos princípios como mandados de otimização e a máxima da proporcionalidade. Esta conexão se estabelece em razão da natureza dos princípios. Isto implica afirmar, como Alexy, que no exame do caso concreto, as três máximas parciais da proporcionalidade devem ser enfrentadas, a saber, (a) adequação; (b) necessidade; (c) proporcionalidade em sentido estrito.

O sopesamento decorre da relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas. Assim sendo, para solucionar o caso concreto, é preciso realizar o sopesamento de acordo com a lei de colisão (Alexy, 2008, p. 116-7).

A máxima da proporcionalidade é uma decorrência para se compreender os princípios como mandados de otimização em face das possibilidades jurídicas. Por outro lado, as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandados de otimização em face das possibilidades fáticas (Alexy, 2008, p. 118).

Walter Claudius Rothenburg não entende a proporcionalidade como princípio, ou máxima. Para o autor, trata-se de um critério para resolver problemas atinentes à aplicação de diversos Direitos Fundamentais, ou outros bens protegidos pela Constituição. Por essa razão, por exemplo, é necessário identificar, notadamente, que o direito à privacidade positivado no Art. 5º, X; e o direito à imagem, positivado no Art. 5º, V; e por outro lado, o direito de informação, positivado no Art. 5º, XIV, e de comunicação, positivado no Art. 5º, IX podem colidir no caso concreto (Rothenburg, 2014, p. 97).

Constatada a colisão de Direitos Fundamentais, é necessário proceder à avaliação da interferência recíproca dos diversos direitos ou outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Sendo assim, o critério da proporcionalidade é cogente, o que significa dizer que deve ser observado por todos, e tem como destinatários quaisquer sujeitos: o legislador, ao estatuir normas restritivas de Direitos Fundamentais, o administrador, o magistrado, ou até o particular (Rothenburg, 2014, p. 97).

A compreensão e o recurso ao critério da proporcionalidade ocorrem por meio de sua análise, em momentos distintos. Esta análise abarca, por conseguinte, suas fases, aspectos, máximas, princípios parciais, subprincípios, e níveis, todas, entretanto, etapas sucessivas e prejudiciais a serem vencidas pelo intérprete de modo encadeado. O critério da proporcionalidade é uma decomposição analítica da relação entre meio e fim, cuja teleologia está orientada para verificar se a intervenção jurídica, que consiste, na maioria dos casos, em restrições aos Direitos

Fundamentais, é coerente e razoável diante da finalidade pretendida (Rothenburg, 2014, p. 98).

Nesse interim, oportuno esclarecer o sentido dos três níveis do critério da proporcionalidade, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Cabe ressaltar, assim, que o primeiro deles, a saber, a adequação, consiste no exame da idoneidade, da conformidade, e da capacidade de fomentar o alcance do objetivo pretendido, o minimamente, o contribuir para tanto. Assim sendo, não se exige aptidão para o alcance efetivo, isto é, máximo, dos objetivos pretendidos. Isto, porque uma prognose não consegue assegurar com certeza absoluta a efetividade de uma medida estatal. Neste sentido, a verificação da possibilidade de fomentar o objetivo é o bastante. Trata-se de um exame circunscrito à análise da provável idoneidade da restrição a fim de proporcionar o fim pretendido (Rothenburg, 2014, p. 98).

Vencida a etapa da adequação, o intérprete deve proceder ao exame no caso concreto do segundo nível do critério da proporcionalidade, a saber, o da necessidade. O exame da necessidade demanda do intérprete uma análise quanto a exigibilidade, a indispensabilidade, a menor ingerência possível, ou intervenção mínima do Estado no âmbito da tutela de Direitos Fundamentais. O meio utilizado deve implicar o menor sacrifício possível para alcançar com semelhante eficácia o objetivo pretendido pelo Estado. Esta é, portanto, uma avaliação complexa, porque exige simultaneamente o exame de dois aspectos, a saber, (a) a menor restrição possível ao direito; e (b) a maior eficácia quanto ao resultado. Isto somente ocorre em concreto, e não aprioristicamente. Subjacente à ideia de necessidade, sobretudo, no caso dos Direitos Fundamentais, supõe-se que todos eles são basicamente equivalentes entre si. Isto implica dizer que se exige o menor sacrifício de uns na estrita medida da promoção de outros (Rothenburg, 2014, p. 100).

O terceiro nível do critério da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise da razoabilidade de uma medida implementada pelo Estado. Sob esta perspectiva, a restrição aos Direitos Fundamentais deve ser razoável de acordo com a proporcionalidade da restrição imposta considerando-se o objetivo pretendido. Trata-se de uma análise pragmática, isto é, do sopesamento em si no caso concreto (Rothenburg, 2014, p. 101).

Se o objetivo do critério da proporcionalidade é diminuir o quanto possível o subjetivismo, a proporcionalidade em sentido estrito constitui prova contra si mesma porque é o mais ‘aberto’ dos aspectos. Na prática, nem sempre é possível distinguir os momentos da adequação e da necessidade em razão da sua imbricação. Tais momentos se apresentam de modo menos complexo no âmbito acadêmico como método explicativo, do que no plano concreto, como método de aplicação. Os testes restritivos de Direitos Fundamentais podem ocorrer em âmbito global, e o que é relevante é que sejam realizados com rigor, ainda que não seja possível situá-los precisamente em determinado momento (Rothenburg, 2014, p. 104-5).

A proporcionalidade não está referida a um valor fundamental projetado no ordenamento jurídico. Ela se dirige às relações que se estabelecem entre as normas de conteúdo material consagradoras de importantes valores sociais e, neste sentido, essas normas é que figuram no ordenamento jurídico como autênticos princípios. A proporcionalidade é, portanto, um preceito formal. Ela não determina o comportamento dos destinatários do direito, mas determina o

procedimento de aplicação das normas a ser realizado pelo intérprete do direito em caso de colisão. Por essa razão, ela é um critério, uma ferramenta (Rothenburg, 2014, p. 106).

As normas jurídicas, por sua vez, referem-se a comportamentos. Por outro lado, a proporcionalidade refere-se às normas jurídicas, delimitadora, portanto, dos comportamentos. A proporcionalidade diz respeito, ainda, às relações entre as normas jurídicas no momento de sua aplicação. Nesse sentido, ela é um critério para aplicação de normas, em especial, de princípios em colisão. As normas atrelam-se diretamente aos comportamentos humanos e a proporcionalidade o faz indiretamente. Sendo assim, os princípios são normas jurídicas de primeiro grau, e neste aspecto, são comandos normativos que impõem condutas, isto é, pertencem ao direito. Por outro lado, a proporcionalidade é uma regra interpretativa e de aplicação do direito. Ou seja, ela pertence à Ciência do Direito (Rothenburg, 2014, p. 106).

A proporcionalidade é, antes um critério procedimental, que um princípio, considerando-se as distinções quanto ao seu conteúdo, seu objeto, pertinência e incidência. Disso deriva a conclusão de que a proporcionalidade é uma regra, e não um princípio (Rothenburg, 2014, p. 106).

Em apertada síntese, pode-se afirmar com Walter Claudius Rothenburg, que o fundamento do critério da proporcionalidade seria o Princípio do Estado de Direito, positivado no Artigo 1º da Constituição de 1988, cuja compreensão substantiva deriva de posição jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Uma posição mais radical indica que o fundamento do critério da proporcionalidade está abarcado pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, positivado no Art. 1º, III da Constituição de 1988.

No âmbito internacional, o fundamento do critério da proporcionalidade está respaldado pela atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos, sobretudo, no que se refere às restrições aos Direitos Humanos, cujas raízes deitam-se no interesse público e na necessidade de concretização de uma sociedade mais democrática (Rothenburg, 2014, p. 107-8).

Isto posto, o que importa ressaltar é que o critério da proporcionalidade deve ser reconhecido como tal em razão do direito vigente, o que atrela seu fundamento à hermenêutica jurídica (Rothenburg, 2014, p. 110).

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A proporcionalidade compreendida não como máxima, mas como critério para solucionar a colisão de princípios que veiculam Direitos Fundamentais no âmbito Constitucional, e a eficácia dos princípios estão, também, vinculadas em razão do conceito expressão Dignidade da Pessoa Humana apresentar uma polissemia, razão pela qual é necessário delimitar seu conceito. Afinal, é a partir desta delimitação que se pode extrair as características da irrenunciabilidade e da inalienabilidade. Disto decorre, também, a garantia de que o legislador e o magistrado não estão autorizados a limitá-la ou reduzi-la (Castilho, 2018, p. 243), com exceção dos casos em que se procede no caso concreto, à análise obrigatória do critério da proporcionalidade.

A dignidade relaciona-se diretamente a um atributo exclusivo do ser humano, de proceder às suas próprias escolhas, de ter autonomia para fazê-lo, isto é, de determinar seu comportamento com base nas suas próprias escolhas, isto é, de responsabilizar-se. Neste aspecto, a ideia de proteção da autonomia é relevante, porque diz respeito à capacidade de autodeterminação do ser humano. Sendo assim, a Dignidade da Pessoa Humana não é um dado da experiência, nem um objeto apreensível de imediato pela razão. Ela é uma construção que decorre do intelecto, que se efetiva diante da análise do caso concreto, desde que observadas as características históricas e culturais de cada povo. Neste aspecto, o sistema kantiano é central nesta construção, pois se o ser humano é considerado um fim em si, não pode ser reduzido a um meio para a realização de um fim (Castilho, 2018, p. 243).

Disso deriva o conceito de dignidade como condição, atributo irrenunciável e inalienável, intrínseco a todo ser humano, que veda, a este último, sua submissão a tratamentos degradantes e a situações em que se constata a inexistência ou escassez de condições materiais ou morais mínimas para sua subsistência, e autodeterminação (Castilho, 2018, p. 244).

Existem quatro modalidades de eficácia do princípio da Dignidade da Pessoa Humana indicadas pela doutrina, a saber, (a) eficácia positiva; (b) eficácia negativa; (c) a que proíbe o retrocesso; e (d) hermenêutica (Castilho, 2018, p. 244).

De acordo com a eficácia positiva, o Estado está obrigado a concretizar a Dignidade da Pessoa Humana por meio da implementação de políticas públicas e de normas jurídicas (Castilho, 2018, p. 244). No presente estudo, com a Lei Geral de Proteção de Dados.

Trata-se, portanto, de um direito subjetivo do ser humano de ter assegurada a sua dignidade pelo Poder Público. Portanto, decorre dessa premissa a conclusão de que os direitos sociais não são veiculados por meio de normas meramente programáticas, sob pena de sustentar-se a ineficácia da Constituição. Neste âmbito, sempre se discute a reserva do possível, um argumento invocado com frequência, e que legitima a omissão estatal (Castilho, 2018, p. 244).

A eficácia negativa está relacionada com a prerrogativa de o cidadão questionar normas infraconstitucionais que considere violar a Dignidade da Pessoa Humana, no sentido protetivo. Sob esta perspectiva, a dignidade é um freio, uma garantia, uma barreira para proteger o cidadão (Castilho, 2018, p. 244).

A eficácia que proíbe o retrocesso é uma derivação da eficácia negativa. Decorrem dela as proibições acerca da supressão de normas asseguradoras da Dignidade da Pessoa Humana ao estabelecerem uma limitação material à atuação do Poder Legislativo. Isto significa que ao restringir um Direito Fundamental, o legislador deve compensar o déficit estatuidando normas que não coloque em situação de vulnerabilidade os titulares dos mesmos direitos. Há, portanto, um núcleo essencial da dignidade que não pode ser afastado (Castilho, 2018, p. 244-5).

De acordo com a eficácia hermenêutica da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio deve embasar toda e qualquer interpretação das normas jurídicas. O intérprete deve escolher o sentido que em maior medida contemple a dignidade. Esta perspectiva coloca a dignidade como vetor axiológico e teleológico da ordem jurídica (Castilho, 2018, p. 244).

Por essa razão, parte da doutrina considera a dignidade um supraprincípio que deve ser realizado em cada caso concreto, o máximo possível em todas suas acepções, a saber, no sentido de preservar a igualdade formal e material; de impedir a degradação do ser humano e a coisificação da pessoa; de garantir um patamar material que permita a pessoa manter suas condições de subsistência, ou no sentido de demonstrar mais pertinência com as circunstâncias do caso concreto (Castilho, 2018, p. 247).

Nesse aspecto, embora respeitado o posicionamento acima apresentado, no sentido de que a Dignidade da Pessoa Humana não possa sofrer restrições, ousa-se, discordar, para se defender a eficácia mediata ou indireta dos Direitos Fundamentais como fundamento a partir de Konrad Hesse, notadamente, a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição e da constituição normativa, sob pena de expor os vulneráveis à situação de vulnerabilidade ainda maior. A Dignidade da Pessoa Humana, assim, segundo compreensão deste trabalho, não é um princípio absoluto, e pode ceder lugar ao princípio da solidariedade, que revela o elemento comunitário da dignidade, e dela é corolário.

É por esta razão que a ordem jurídica assume um significado na realidade. Isto supõe, por conseguinte, que a ordem jurídica e a realidade devem assumir entre si uma relação de coordenação inseparável em seu contexto, isto é, no seu condicionamento recíproco. O que permite afirmar que norma e realidade não estão isoladas, como pretenderam postular Paul Laband e Georg Jellinek, expoentes da Escola do Positivismo Jurídico, e Carl Schmitt, sob a perspectiva do Positivismo Sociológico (Hesse, 1991, p. 13).

A relação de coordenação entre a Constituição Real e a Constituição Jurídica sobre a qual argumenta Hesse estão intimamente condicionadas. Entretanto, não são dependentes uma da outra pura e simplesmente. A Constituição Jurídica assume uma atribuição de sentido próprio. Sua eficácia se apresenta como elemento autônomo no âmbito estatal em que se desenvolvem os fatores reais de poder dos quais resulta a realidade estatal (Hesse, 1991, p. 15-6).

Essa relação coordenada entre a Constituição Real e a Constituição Jurídica só pode se estabelecer em razão da amplitude da força vital e da eficácia da própria Constituição.

A norma constitucional somente incide na medida em que visa à construção do futuro baseada na natureza singular do presente (Hesse, 1991, p. 18).

A Constituição converter-se-á em força ativa a partir do momento em que estiverem presentes na consciência geral, principalmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de concretização dos fatores reais de poder, mas, também, a vontade de Constituição (Hesse, 1991, p. 19). Sob este aspecto, quanto mais o conteúdo de uma Constituição visar a corresponder à natureza singular do momento presente, mais seguro será o desenvolvimento da sua força normativa. Uma otimização da força normativa da Constituição está condicionada não somente ao seu conteúdo, mas também à sua *práxis*. Isto exige de todos os participantes da vida Constitucional o compartilhamento da concepção da vontade de Constituição (Hesse, 1991, p. 21), o que põe em destaque não só a atuação do Estado, mas, também, da sociedade civil.

A Constituição Jurídica confere forma e modificação à realidade fática. Ela desperta a força que reside na natureza das coisas, e assim, a torna ativa.

A vontade de Constituição apresenta-se sob esse aspecto como questão atinente à vontade normativa em coordenação com os fatores reais de poder no presente. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos restrições aos Direitos Fundamentais existirão, e nenhum poder do mundo, nem mesmo, a própria Constituição estará apta a alterar os fatores reais de poder, que Hesse denomina de condições naturais (Hesse, 1991, p. 24).

Portanto, a resposta acerca do futuro estatal dizer respeito a uma questão atrelada aos fatores reais de poder, ou se é um problema jurídico, está condicionada à necessidade de preservação e fortalecimento da força normativa da Constituição, assim, como seu pressuposto fundamental, a saber, a vontade de Constituição. E esta é uma tarefa da qual todos devem se incumbir (Hesse, 1991, p. 32).

Esse é um aspecto que pode denotar um sentido de subordinação do ordenamento jurídico aos Direitos Fundamentais, em uma perspectiva de abertura de mundo aos princípios caracterizados pela abstração. Quando em colisão, o intérprete empreende várias tentativas de solucionar o choque entre eles e suas normas que contém mandados *prima facie* aplicáveis ao caso concreto. No caso da Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) recorre aos Direitos Fundamentais como última *ratio* no processo de correção e adequação do Direito Positivo (Rodrigues Junior, 2010, p. 13-52).

Isso provocou a banalização acerca da compreensão principiológica da Dignidade da Pessoa Humana, e, por conseguinte, a perda de identidade do Direito Civil.

Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais positivadas na Constituição principiológica é um campo fértil para a consolidação do abuso da discricionariedade judicial.

Fato este que converte o Supremo Tribunal Federal (STF) em uma corte revisora dos conflitos privados, assumindo um papel que a Constituição não lhe delegou (Rodrigues Junior, 2010, p. 36).

Há no Brasil uma compreensão equivocada acerca da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, que provocou, por parte do Judiciário, um apelo à ponderação e ao sopesamento frequentemente invocados em casos de Direito Civil. Neste sentido, a Dignidade da Pessoa Humana sofreu banalização e converteu-se em chave de ponderação ou sopesamento dos Direitos Fundamentais e seus princípios. A doutrina brasileira chegou, até mesmo, a colocar no mesmo plano, os postulados de Alexy e Dworkin, o que é um equívoco (Rodrigues Junior, 2010, p. 37).

As Teorias da Argumentação Jurídica e o “neconstitucionalismo” contribuem de modo particular, no âmbito do Direito Civil, para a perda da dignidade da legislação.

Isso ocorre em razão do deslocamento do fórum deliberativo que deveria ser o Parlamento, e na prática, essa função acaba transferida ao Judiciário, que não está apto a suprir o déficit funcional do Legislativo.

Assim sendo, a compreensão equivocada acerca da ponderação, converte a Dignidade da Pessoa Humana em um artifício subversivamente orientado para iludir e esconder as intenções dos

atores interessados no poder de mando, sem que tenham que se submeter aos processos eleitorais (Rodrigues Junior, 2010, p. 38).

O problema que se identifica a partir da banalização da Dignidade da Pessoa Humana é a “principiolatria”, que facilita o abandono de determinados parâmetros de segurança e de certeza jurídicas e a consolidação da discricionariedade judicial abusiva (Rodrigues Junior, 2010, p. 39).

É por estas razões que afirma-se ser o elemento comunitário da dignidade o que justifica a necessidade de adequado desenvolvimento da função legislativa no âmbito do Direito Privado, e a possível postura de defender-se a eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, tanto no espaço físico, quando em ambientes virtuais, para que não seja a Dignidade da Pessoa Humana transformada em um coringa argumentativo, esvaziando-a de seu conteúdo, que só pode ser definido a partir das relações de precedência condicionadas levadas a efeito pelo legislador infraconstitucional. Afinal, a vida humana é um fenômeno poliédrico, isto é, extremamente complexo, para se esgotar em um Código, sob a perspectiva formal, apenas.

3 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO E SUA RELACIONALIDADE COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A PERSPECTIVA INTERTEXTUAL DE KONRAD HESSE E STEFANO RODOTÁ

Embora Stefano Rodotà defenda a autonomia da proteção de dados, há uma necessária interconexão entre ela, o Direito Constitucional e o Direito Civil, sobretudo, no âmbito dos Direitos de Personalidade. Neste capítulo tal relação será demonstrada. Contudo, antes deste empreendimento ser levado adiante, é necessário proceder à apresentação do jurista italiano que sistematizou a proteção de dados no continente europeu.

Professor Titular de Direito Civil vinculado à Universidade “*La Sapienza*” em Roma, Rodotà foi um dos primeiros civilistas responsáveis pela reconstrução, com base nos valores constitucionais, dos institutos do Direito Civil, e a defender a regulamentação por princípios e cláusulas gerais (Moraes, 2008, p. 1).

Os postulados de Rodotà são singulares e originais, porque decorrem do fato de que o jurista italiano sempre dedicou sua atenção ao sujeito concreto, real, e não, ao sujeito abstrato da dogmática. Rodotà iniciou o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado a partir dos principais institutos do Direito Civil, notadamente, da propriedade, da responsabilidade civil, e posteriormente, do contrato (Moraes, 2008, p. 3).

A obra *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje* trouxe à luz a principal característica de Rodotà, a saber, a lucidez empreendida na busca por soluções factíveis para solucionar os problemas decorrentes das novas tecnologias. Soluções, simultaneamente, consentâneas com a Dignidade da Pessoa Humana e da democracia.

As afirmações de Rodotà dedicam-se, em especial, ao valor que atribui aos direitos existenciais, cujo norte é a constitucionalização da pessoa, que na Europa, fora concretizado a

partir da Carta dos Direitos Fundamentais (Moraes, 2008, p. 6).

Nesse ínterim, o primeiro aspecto que conecta o Direito Constitucional ao Direito Privado refere-se ao corte entre a noção de privacidade do Século XIX e a de hoje. O segundo aspecto da obra de Rodotà revela sua preocupação com o desenvolvimento das ferramentas que viabilizam as tecnologias da informação, de modo especial, a internet. Isto porque ela permite a coleta e o processamento de dados pessoais em larga escala, e incrementam diariamente o risco de violação dos direitos da pessoa humana (Moraes, 2008, p. 6-7).

O conceito do “direito a ficar só” o direito à vida privada, cuja elaboração é atribuída a Warren e Brandeis, mas que na verdade foi concebido por Robert Kerr quarenta anos antes, é em termos qualitativos, diverso da privacidade compreendida como “direito à autodeterminação informativa” (Moraes, 2008, p. 7). Assim, de acordo com Stefano Rodotà, a Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia reconhece a proteção de dados como um Direito Fundamental Autônomo (Rodotà, 2008, p. 13).

Ao tratar da privacidade mental, Rodotà sustenta com segurança que ela é a mais íntima esfera e está sob ameaça, o que implica violação à dimensão mais reclusa de uma pessoa, sobretudo, após o 11 de Setembro que inaugurou o fenômeno conhecido como *A privacidade na era do terror*. O 11 de Setembro implicou uma distorção compreensiva da privacidade como direito fundamental, na medida em que ela é considerada uma barreira à segurança, cuja concreção se opera por meio das legislações emergenciais (Rodotà, 2008, p. 14).

Há neste sentido, um distanciamento entre a realidade e os Direitos Fundamentais em razão de três motivos: (a) após o 11 de Setembro, muitos critérios referenciais modificaram-se, o que provocou a redução das garantias no mundo inteiro, como demonstra o *Patriot Act* nos Estados Unidos e as decisões europeias acerca da transferência para aquele país dos dados sobre os passageiros de linhas aéreas, e acerca da retenção de dados quanto à comunicações eletrônicas; (b) a tendência à diminuição das garantias estendeu-se a setores que procuram se beneficiar da mudança e do cenário geral, notadamente, o mundo dos negócios; (c) as inéditas oportunidades de tecnologia permitem a disponibilização de novas ferramentas cuja finalidade consiste em classificar, selecionar e controlar os indivíduos. O resultado destas medidas é a eclosão de uma onda tecnológica que tanto as autoridades nacionais quanto internacionais não conseguem controlar adequadamente (Rodotà, 2008, p. 14).

Rodotà sustenta a autonomia da proteção de dados em razão de alguns princípios subjacentes ao sistema de proteção de dados pessoais, que aos poucos têm sido desgastados, sobretudo, o princípio de especificação de propósitos, e o princípio da separação de dados processados por órgãos públicos e aqueles processados por entidades da iniciativa privada. O critério multifuncional é cada vez mais aplicado, na maioria das vezes, sob pressão das agências institucionais. Isto significa dizer que os indivíduos estão cada vez mais transparentes, e que os órgãos públicos estão cada vez mais fora de qualquer controle político e legal, o que gera, como resultado, uma nova distribuição de poderes políticos e sociais (Rodotà, 2008, p. 14-5).

É por esta razão que Rodotà, recorre à metáfora do *homem de vidro*, cuja matriz é de

origem nazista. A ideia do homem de vidro é totalitária, porque a partir dela o Estado pretende conhecer tudo, com especial enfoque nos aspectos mais íntimos da vida dos cidadãos. Assim, o Estado transforma em suspeitos todos aqueles que pretenderem salvar sua vida privada (Moraes, 2008, p. 8).

De fato, afirma Rodotà, a coleta de dados sensíveis e perfis sociais e individuais pode implicar a ocorrência de discriminação. Para evitar que isto ocorra, a privacidade deve ser considerada como o direito reconhecido à pessoa de controlar a veiculação das suas próprias informações, e de determinar o modo de construção da sua própria esfera de intimidade. O caso emblemático da autodeterminação informativa sobre a qual fala o autor é uma decisão histórica do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 1983 (Rodotà, 2008, p. 15).

O direito a ser deixado só não foi construído como mera expressão da era de ouro burguesa, que havia protegido sua esfera imaterial por meio da proibição de esbulho que durante muito tempo caracterizou a propriedade sobre imóveis. O impulso dado por Louis Brandeis ensejou uma visão a partir da qual a privacidade fora compreendida como uma ferramenta de proteção direcionada às minorias e opiniões dissonantes, o que se conecta ao livre exercício de desenvolvimento da personalidade. Deriva disto um paradoxo, a saber, a excessiva proteção à vida privada não resguarda a privacidade nem a mantém protegida sob a perspectiva dos olhares indesejáveis. Na verdade, ela permite que as crenças e opiniões dos indivíduos tornem-se públicas, o que aproximou a associação entre privacidade e liberdade (Rodotà, 2008, p. 16).

Em 2000, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia reconheceu a proteção de dados como direito autônomo. Este, portanto, é o último passo da evolução que dissociou a privacidade e a proteção de dados, abarcando desde uma definição original como o direito de ser deixado só, até o direito de exercer o controle acerca das informações de alguém, que constrói a sua própria esfera privada.

No âmbito da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o Art. 3º trata positivamente especificamente o direito à integridade física da pessoa, isto é, a proteção do corpo físico. Por outro lado, o Artigo 8 positivou a proteção de dados, isto é, o corpo eletrônico. Estas prescrições legais vinculam-se à Dignidade da Pessoa Humana positivada no diploma legal supramencionado, cuja inviolabilidade está expressamente declarada.

Esses fatores contribuem para a constitucionalização da pessoa, na medida em que constituem uma reinvenção da proteção de dados, não somente por ser considerada Direito Fundamental Autônomo, mas por ter se convertido em uma ferramenta essencial que promove o desenvolvimento da personalidade (Rodotà, 2008, p. 16-7).

O objetivo da proteção de dados é permitir uma proteção forte aos indivíduos, de modo que não esteja subordinado a nenhum outro direito. Isto implica a necessidade de se analisar os casos concretos para além de um balanceamento de fatores, porque a própria proteção de dados é um Direito Fundamental (Rodotà, 2008, p. 18).

O Direito à proteção dos dados se relaciona com a tutela da personalidade, e não da propriedade. Assim sendo, determinadas categorias de dados, sobretudo os dados médicos e

genéticos não podem ser utilizados para fins negociais.

A proteção de dados expressa a liberdade e a dignidade pessoais. Por esta razão, não se pode tolerar que um dado seja usado de modo a converter o indivíduo em um objeto sob vigilância constante. Neste aspecto, enfrenta-se uma progressão de etapas: sendo esquadrihados por meio da vigilância levada a efeito por vídeos e tecnologias biométricas, ocorre a modificação dos indivíduos pela inserção de chips ou etiquetas inteligentes, cuja leitura se opera por meio de identificação de radiofrequência no âmbito contextual que transforma cada vez mais as pessoas inseridas na rede (Rodotà, 2008, p. 19).

Deve haver uma reconfiguração acerca da inviolabilidade da pessoa, o que reclama um reforço no âmbito eletrônico, de acordo com a nova noção de corpo humano eletrônico. Isto implica a afirmação de que não se admitem reducionismos (Rodotà, 2008, p. 19). A proteção de dados é, sob esta perspectiva, não somente um Direito Fundamental, dentre outros, pois ela se apresenta no contexto histórico contemporâneo como o mais expressivo dos direitos da condição humana (Rodotà, 2008, p. 21).

É certo que a proteção de dados não deve estar subordinada a nenhum outro direito, tampouco ao Direito Civil e, em especial, aos Direitos da Personalidade. Isto, porque, é necessária a mediação do legislador para veicular a proteção de dados a partir de seus próprios princípios. Isto em razão da normativa europeia acerca da proteção de dados (Rodotà, 2008, p. 293 *et seq*), que compreende excertos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, excertos do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa; a diretiva 95/46 que trata das pessoas singulares no que se refere ao tratamento de dados pessoais e a sua livre circulação; a Convenção nº 108 do Conselho da Europa para a proteção das pessoas quanto ao tratamento automatizado de dados pessoais; excertos da Constituição italiana, e excertos do Código italiano em matéria de proteção de dados; excertos da Lei francesa nº. 78-17 de 06 de janeiro de 1978, atinente à informática e aos arquivos e liberdades; as diretrizes da OCDE no âmbito transnacional.

Esses diplomas legais não são construções derivadas exclusivamente do Constituinte, mas também do legislador infraconstitucional de cada Membro que constitui a Comunidade Europeia.

O que é fato é que há autonomia científica da proteção de dados em relação ao Direito Civil, ambos, evidentemente, conectados à Carta Constitucional da União Europeia, sob pena de negar o caráter fundamental do direito à proteção de dados regulada procedimentalmente a partir da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e pela legislação pertinente. Disto deriva, portanto, a necessária dissociação entre a proteção de dados, e o direito à privacidade, procedimentalmente regulado pelo Direito Constitucional, e substancialmente, regulado pelo Direito Civil.

É justamente nesse sentido que é possível constatar a intertextualidade entre as obras de Konrad Hesse e Konrad e Stefano Rodotà. O Constitucionalista alemão propugna a autonomia científica do Direito Constitucional, ao referir-se à força normativa da Constituição, e propugna uma relação de tensão entre a Constituição Ideal e a Constituição Real, ao demonstrar que a Constituição é essencialmente normativa. Isto significa dizer que no âmbito do Direito Civil e, por analogia, no âmbito da proteção de dados, é necessária uma mediação do legislador infraconstitucional para

proceder à depuração do conteúdo dos Direitos Fundamentais a partir de uma eficácia indireta destes direitos veiculados por princípios, nas relações entre particulares.

Isto permite afirmar a autonomia científica do Direito Constitucional, do Direito Civil e da proteção de dados. O civilista italiano propugna pela autonomia da proteção de dados como ramo autônomo do Direito Positivo, procedimentalmente disciplinado pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, portanto, a partir de uma Constituição Normativa, e da Força Normativa de uma Constituição. O que fora preconizado por Hesse em seu *Manual de direito constitucional* (Hesse, 1996).

De acordo com Hesse, a internacionalização é resultado da importância dos acontecimentos exteriores, tanto, sob a perspectiva interna, quanto para a atuação estatal. Além das múltiplas vinculações positivadas nos Tratados Internacionais, e as respectivas obrigações estatuídas nestes documentos jurídicos, a internacionalização depende da economia interna, e da economia mundial, e sua respectiva evolução. Isto significa dizer que a complexidade das interdependências das quais dependem os assuntos internos e externos do Estado são cada vez mais difíceis de dissociarem (Hesse, 1996, p. 13).

Neste sentido, quem perde, em tese, é a Constituição, à medida em que renuncia sua exclusiva soberania, uma parte originária de sua natureza institucional. Por outro lado, simultaneamente, a integração europeia produz a internacionalização do ordenamento constitucional, ao qual Hesse denomina Direito Comunitário, que não deixará de afetar a jurisdição constitucional do Estado, no que diz respeito ao seu significado e atuação (Hesse, 1996, p. 14).

Isso, entretanto, não implica na dissolução do Direito Constitucional, nem de seu contexto histórico. Sua existência supõe sempre a existência dos Estados membros da Comunidade, e com ela, as respectivas Constituições. Do mesmo modo a União Europeia preconizada por Hesse, que se tornou concreta, só poderá levar a efeito suas obrigações, na medida em que sua execução seja descentralizada e atenda ao princípio da subsidiariedade, o que implica a limitação comunitária no que se refere à uma regulamentação uniforme.

O Estado atual imbricado no plano internacional e, supranacionalmente vinculado, corresponde com a supremacia absoluta que até então a Constituição apresentava. No âmbito europeu, já preconizava Hesse, deve haver harmonização entre a Constituição Estatal e a Constituição Comunitária, orientadas materialmente ao Direito Europeu, de modo que as atuações de cada um dos Estados membros, cuja característica principal é a congruência, se realizem (Hesse, 1996, p. 15). Isto, no âmbito da proteção de dados, foi o que Stefano Rodotà levou a efeito na Europa no Século XXI, o que permite afirmar a intertextualidade e a verossimilhança entre as perspectivas dos juristas alemão e italiano aqui referenciados.

Nesse sentido, pode-se afirmar, também, a natureza jurídica dúplice supra-positiva e positiva do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e seu aspecto universal, que tanto no plano interno, quanto internacional coloca a pessoa no centro do ordenamento jurídico em consonância com a perspectiva personalista propugnada por Rodotà.

Por conseguinte, pressupõe-se uma vinculação entre o Direito e a Moral, e, no contexto

histórico da evolução do conceito de Dignidade da Pessoa Humana, uma relação dialética entre o Direito Natural e o Direito Positivo, que permite compreender o Direito como fenômeno jurídico situado no tempo e no espaço físico e cibernético.

3.1 O CONTEÚDO DA MEDIDA PROVISÓRIA 954 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6389

A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 1983, aliás, foi referenciada na sustentação oral proferida por Danilo Doneda (Doneda, 2020) no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.389 sobre a inconstitucionalidade do Art. 2º, caput, §§ 1º e 3º da MP 954 de 2020.

O caso versa sobre as pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com enfoque nos parâmetros constitucionais para a proteção de dados no caso do Brasil, e ao valor e atribuição de sentido dos dados pessoais dos brasileiros, da liberdade e, por conseguinte da democracia.

A MP 954, por sua vez, estabeleceu a obrigatoriedade de disponibilização ao IBGE de um volume de dados referentes a mais de 140 milhões de brasileiros. Entretanto, tal MP 954 não estabeleceu as diretrizes que garantissem a necessária proteção de dados dos cidadãos.

É notório que no Século XXI, o acesso indevido ou incidentes de segurança ocorrem diariamente e estampam a primeira página dos jornais. A MP 954 tratou de um banco de dados estruturado, cuja finalidade consistiu em facilitar a localização e associação de pessoas com seus respectivos telefones e endereços, dados que há algum tempo eram impressos em listas telefônicas. Em uma sociedade analógica, as listas telefônicas eram um dos poucos meios pelos quais uma pessoa ou empresa se fazia notar, o que gerava uma disputa pelos seus espaços. A presença do número de telefone nas listas condicionava-se à manifestação de vontade dos particulares.

Hoje, a disponibilização dos números telefônicos aumenta a vulnerabilidade dos cidadãos. O número de celular é muito mais que um identificador, pois é um *login* que permite ao cidadão acessar a um grande número de serviços. Desse modo, a disponibilização dos números telefônicos pode implicar afetação na forma dele se relacionar com esses serviços. A tecnologia da qual se dispõe hoje permite a abordagem individual de pessoas de acordo com as suas características, mesmo a partir de um variado e imenso complexo de dados. Esta abordagem procedida de modo individualizado ensejou o escândalo da empresa *Cambridge Analytica*.

A atividade do IBGE é fundamental para o fomento de políticas públicas. Para tanto, a relação estabelecida entre o IBGE e os cidadãos deita suas raízes na confiança que as instituições estatísticas incutem na sociedade, e que se lastreia no segredo estatístico, que assegura que a disponibilização de informações completas e acuradas não encontre barreiras em razão de suspeitas de que tais informações poderiam ser utilizadas em prejuízo de cidadão.

É, portanto, necessário promover a redução dos riscos no tratamento dos dados pessoais. Um banco de dados, agasalhado pela MP 954, merece atenção pois há flagrante violação ao

princípio da precaução e ao dever razoável de cuidado. A Constituição Federal foi pioneira ao positivizar em seu texto o instituto do *habeas data*, que deve ser interpretado no contexto histórico e desafiador do Século XXI no sentido de reconhecer a necessidade constitucional de proteção aos dados pessoais, a fim de garantir a liberdade, a privacidade e a autodeterminação do cidadão no contexto de desenvolvimento tecnológico concretizando elementos, a fim de que os brasileiros usufruam da cidadania na sociedade da informação, com vistas a apontar os desafios que estão por vir.

CONCLUSÃO

A partir do levantamento bibliográfico e análise das fontes referenciadas, constatou-se a intertextualidade entre as obras de Konrad Hesse e Stefano Rodotà. O Constitucionalista alemão propugnou pela autonomia científica do Direito Constitucional ao referir-se à força normativa da Constituição, e propôs uma relação de tensão entre a Constituição Ideal e a Constituição Real, ao dispor que a Constituição é essencialmente normativa. Isto significa dizer que no âmbito do Direito Civil e, por analogia, no âmbito da proteção de dados, é necessária uma mediação do legislador infraconstitucional para proceder à depuração do conteúdo dos Direitos Fundamentais a partir de uma eficácia indireta destes direitos veiculados por princípios, nas relações entre particulares.

Isto permite afirmar a autonomia científica do Direito Constitucional, do Direito Civil e da proteção de dados. O civilista italiano propugna pela autonomia da proteção de dados como ramo autônomo do Direito Positivo, procedimentalmente disciplinado pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, portanto, a partir de uma Constituição Normativa, e da Força Normativa de uma Constituição. O que fora preconizado por Hesse em seu *Manual de direito constitucional*.

No âmbito da proteção de dados, compreendida como Direito Fundamental Autônomo, a intertextualidade das perspectivas de Hesse no século XX e de Rodotà no Século XXI, são convergentes, tanto no plano do Direito Interno, quanto do Direito Internacional. Neste sentido, pode-se afirmar, também, a natureza dúplice supra-positiva e positiva do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e seu aspecto universal, que tanto no plano interno, quanto internacional colocam a pessoa no centro do ordenamento jurídico em consonância com a perspectiva personalista propugnada por Rodotà.

Por conseguinte, pressupõe-se uma vinculação entre o Direito e a Moral, e, no contexto histórico da evolução do conceito de dignidade da pessoa humana, uma relação dialética entre o Direito Natural e o Direito Positivo, que permite compreender o Direito como fenômeno jurídico situado no tempo e no espaço físico e cibernético.

Sendo assim, e através dos elementos apresentados ao longo do texto, é possível defender o Direito à Proteção de Dados que, como categoria científica autônoma e independente, ao não prescindir de pertencer ao ambiente Constitucional, permite a construção de um conceito de autodeterminação informativa no reconhecimento da Proteção de Dados enquanto Direito

Fundamental Autônomo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DONEDA, Danilo. Registro de sustentação oral no julgamento da ADI 6389, sobre a inconstitucionalidade do artigo 2º *caput* §§ 1º e 3º da MP 954/2020. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/registro-dasustentacao-oral-no-julgamento-da-adi-6389/>. Acesso em: 5 nov. 2020.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**. Tradução de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin. Apresentação do autor e da obra. *In*: RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-12.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de Civi Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

Recebido em: 13/11/2022

Aceito em: 26/08/2023