

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI

VOLUME 8, N. 1

ISSN 2317-918X
PERIÓDICO ACADÊMICO
SEMESTRAL. TERESINA – PI, V.8,
N. 1 JANEIRO / JUNHO 2021.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

THE LAW OF PERSONAL DATA PROTECTION AND THE DEFENSE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS

Arthur Pinheiro Basan

Professor adjunto da UniRv. Doutorado em Direito pela Unisinos. Mestrado pela UFU.

Resumo: O presente trabalho visa demonstrar como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, promulgada no Brasil em 2018, se preocupa com a tutela dos direitos fundamentais relacionados, em especial, com a privacidade e a intimidade. Para tanto, foi feita a análise das teorias que defendem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, inicialmente pela teoria da aplicação indireta para, logo em seguida, apontar a antítese feita pela teoria da aplicação direta. Ademais, apresentar os fundamentos que apoiam a possibilidade de complementariedade das teorias no intuito de salvaguardar, sempre na maior medida, a pessoa humana. Desse modo, busca-se evidenciar que, assim como outras leis de ordem pública aplicadas às relações particulares, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais também possui o caráter transversal, ou seja, prevê direitos fundamentais que devem ser respeitados tanto nas relações jurídicas públicas quanto nas privadas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, dados pessoais, relações privadas, teorias, eficácia.

Abstract: The text aims to demonstrate how the General Law of Protection of Personal Data, promulgated in Brazil in 2018, is concerned with the protection of fundamental rights related, in particular, with privacy and intimacy. In order to do so, it was analyzed the theories that defend the application of fundamental rights in private relations, initially by the theory of indirect application and then pointing out the antithesis made by the theory of direct application. In addition, the study defended the foundations that support the possibility of complementarity of the theories in order to safeguard, to a greater extent, the human person. Finally, the work aims to demonstrate that, as well as other public order laws applied to private relationships, the General Law on the Protection of Personal Data also has a cross-cutting nature, that is, it provides for fundamental rights that must be respected in public or private legal relationships.

Keywords: Fundamental rights, personal data, private relations, theories, effectiveness.

Submetido em maio de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

É evidente que a sociedade contemporânea, em rede, conectada via *internet*, trouxe diversos desafios jurídicos, afinal, ao mesmo passo em que o desenvolvimento tecnológico promove novas possibilidades de comunicação na sociedade, paralelamente aumenta o risco de lesão aos direitos mais fundamentais das pessoas, como a privacidade e a intimidade, por exemplo.

Em razão dos novos problemas crescentes nota-se, no âmbito legal, a expansão da ideia de pluralismo jurídico¹, revelando uma preocupação do Direito em se adequar ao setor pelo qual a norma foi produzida (como reflexo do pluralismo de fontes), em verdadeiro diálogo fontes². Tal fato se deve, especialmente, a ênfase que se dá à desregulação, por meio dos diversos códigos deontológicos (leis especiais e microssistemas), corolário ao valor em destaque, a saber, a manutenção dos grupos, em especial, os considerados constitucionalmente vulneráveis.³

Seguindo esse raciocínio é possível perceber a crescente preocupação normativa com a proteção dos vulneráveis, principalmente por meio das diversas legislações especiais, tais como o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor⁴, as quais evidenciam ainda mais a relativização da *summa divisio* público e privado.

Com efeito, a linha de pensamento que ora se inicia pretende demonstrar alguns dos argumentos que justificam e, além disso, dão as razões para que se defenda a aplicação dos direitos fundamentais de maneira transversal, isto é, não somente nas relações entre cidadãos e o Estado, pela concepção clássica, mas também nas relações jurídicas

1 O pluralismo, seja de métodos, fontes, sentimentos, agentes econômicos ou instituições produtoras de normas, caracteriza o desafio do direito brasileiro atual. Neste sentido, afirma a professora Marques que "exige a participação ativa do intérprete, de sua sabedoria, na identificação dessa complexidade normativa e de sua conexão necessárias com os valores e normas constitucionais, que não substituem outras normas, mas condicional e iluminam sua aplicação em vista da finalidade de proteção e efetivação dos direitos fundamentais." In MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012. p. 105.

2 A teoria do diálogo das fontes surge no ordenamento pelo jurista alemão Erik Jayme, sendo amplamente difundida no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques. Em resumo, essa teoria surge para fomentar a as decisões por meio da utilização de fontes jurídicas heterogêneas que não se excluem, mas se complementam e "dialogam" entre si, de forma sistemática e coordenada. MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes*. Revista de Direito do Consumidor. RDC 51/34. jul.-set./2004. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores) *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Coleção Doutrinas Essenciais; v.1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 697.

3 Vale o alerta de Pietro Perlingieri, segundo o qual "Nem a emergência traduzida na legislação especial deve induzir a atribuir a esta última um papel central, acabando por ler os próprios princípios fundamentais à luz das leis especiais, quando a correta hierarquia das normas e dos valores exige exatamente o oposto. De tais leis especiais não se pode propor uma exegese assistemática que exclua sua recondução à unidade lógica e axiológica do ordenamento e do sistema". In: PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 33.

4 MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012. p. 105.

horizontais, travadas entre particulares, dando destaque especial às disposições previstas na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) brasileira.

Dessa forma, é imperioso descrever as principais teorias que dão conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como apresentar as críticas pertinentes a cada uma delas. Não obstante, tem-se sempre que lembrar que a aplicação desmedida de uma teoria muitas das vezes acaba por esvaziar o seu próprio conteúdo, de modo que a correta fundamentação, juntamente com a utilização razoável, parece ser sempre a melhor medida. Neste ponto, destaca-se novamente a possibilidade de diálogo entre as ideias das diversas teorias.

Superada essa abordagem inicial, será possível destacar como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais, demonstra a consagração da eficácia horizontal¹ desses direitos básicos, posto que regula o tratamento de dados pessoais, seja por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Em verdade, mais do que nunca, em uma sociedade notadamente consumista², os poderes privados aproveitam de dados pessoais e sensíveis das pessoas, isto é, informações compreendidas em preferências, situações e opções da vida da pessoa, para o exercício de atividades financeiras. Desse modo, a Lei nº 13.709/18 surge para, dentre outras finalidades, evitar a prática empresarial abusiva e desmensurada, violadora de direitos fundamentais e transgressora da autonomia privada, necessária a autodeterminação da pessoa humana, em especial no que se refere à intimidade e a privacidade.

Ainda assim, ao considerar a maior especificidade que uma legislação setorial de proteção de dados pessoais e sensíveis presta à imensa abstração dos direitos fundamentais, a abordagem da legislação como forma de efetivar a autonomia privada cumpre também a função de evitar a banalização do argumento jusfundamental, gerado em especial pela defesa de que os direitos fundamentais têm aplicação direta e imediata, sem qualquer tipo de filtragem infraconstitucional.

Essa é a meta que ora se persegue.

1 É relevante deixar claro que a expressão “eficácia horizontal” sofre duras críticas, uma vez que mesmo as relações entre particulares podem ser marcadas pela desigualdade fática, como nos contratos de consumo, não sendo, portanto, relações jurídicas “horizontais” nem tão pouco “paritárias”. De qualquer modo, o presente trabalho optou pelo uso de “eficácia horizontal” principalmente pelo consenso que a própria expressão gera, a saber, que se trata de relações entre privados, não estando o Estado em nenhum dos pólos. Mesmo assim, é importante evidenciar que a utilização dessa terminologia não pode criar a falsa ideia de que os particulares dessa relação estejam em situações simétricas, em patamar de igualdade. Reconhecer isso seria entrar em contradição com a própria razão de ser da aplicação dos direitos fundamentais nessas relações. In: DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

2 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999, p. 87.

1 AS RAZÕES PARA A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Inicialmente é imperioso destacar que o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (decorrente do termo alemão *Drittwirkung*¹) tem um dos seus pontos seguros no *leading case* do Caso *Lüth* (1958)², não tanto pela importância da controvérsia, mas sim, pelo valor da fundamentação utilizada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, e, diante disso, pela repercussão nos estudos jurídicos do mundo inteiro, inclusive no Brasil.

De maneira sintética, esse caso debatia o direito de liberdade de expressão de Erich Lüth, o qual sustentou um boicote público contra o filme *Unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal), de produção de Veit Harlan, o mesmo cineasta que, anos anteriores, havia produzido um filme chamado *Jud Süß*, sob influência do regime totalitário nacional-socialista, e que tinha forma de um filme de propaganda antissemita.³

Na decisão, o Tribunal Federal Constitucional Alemão proferiu posicionamento favorável à liberdade de expressão de Erich Lüth, considerando que os direitos fundamentais, apesar de em primeira linha serem direitos de defesa do cidadão em face do Estado, são, também, uma ordem de valores objetivos.

Em outras palavras, a acepção proferida nessa decisão sustentou a ideia de que os direitos fundamentais compõem uma ordem de valores objetiva e, conseqüentemente, produzem um efeito de irradiação para todos os âmbitos do direito, inclusive nas relações jurídico-privadas. Vale lembrar que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu situação semelhante, no "Caso Ellwanger"⁴.

Em decorrência desse entendimento, ou seja, a partir do momento em que se qualificam as normas fundamentais como fundamento de uma ordem de valores objetiva, essas normas passam a penetrar seus efeitos em todo o ordenamento jurídico. Com isso, passa-se a admitir o "efeito de irradiação dos direitos fundamentais"⁵, abrindo caminho sólido para o reconhecimento efetivo da eficácia horizontal.

1 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

2 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 136.

3 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 66-67

4 A questão se dá na apreciação pelo STF do HC nº 82.424/RS, em que Siegfried Ellwanger publica um livro com conteúdo antissemita, alegando, inclusive, que o holocausto nunca existiu. Contudo que a matéria em debate seja de natureza predominantemente penal, quanto à prescrição ou não do crime de racismo pelo qual o autor foi condenado, em última análise é possível perceber substancial semelhança com o caso *Lüth* em seu aspecto civil. Basta imaginar que, mesmo antes da condenação de Ellwanger, poderia algum judeu promover um boicote público à obra, ou até mesmo, requerendo a sua retirada do mercado. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *apud* SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 60.

5 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

Como se nota, diante dessa concepção de direitos fundamentais é possível caracterizá-los por um caráter duplo, isto é, composto de dimensões de direitos públicos subjetivos e, além disso, de dimensões de elementos objetivos fundamentais, verdadeiros valores de uma comunidade. Assim, esses dois aspectos das normas fundamentais, a saber, subjetivo e objetivo, se complementam entre si, com conteúdo de vigência multilateral, expressão de um sistema valorativo.¹

Ora, o direito privado não pode ser um âmbito jurídico imune à incidência da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais, sob pena de não passar de retórica vazia o argumento da supremacia da constituição e, em última análise, até mesmo o da própria unidade do ordenamento. Afinal, como defender a supremacia da constituição e dos direitos fundamentais inerentes a ela e, ao mesmo tempo, pregar por um isolamento total das relações privadas aos efeitos jusfundamentais?

Obviamente, em se tratando de sistema, como é o sistema jurídico brasileiro, coerência é um imperativo. Sendo assim, pode-se dizer que reconhecer essa eficácia horizontal é uma exigência lógica de coerência interna do ordenamento jurídico de um Estado Constitucional², enquanto sistema jurídico como ordem axiológica-teleológica.³

Em verdade, a extensão dos valores dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade extremamente desigual⁴, ainda mais, nas dimensões da estrutura social perversa do Brasil⁵. Como se sabe, principalmente nesse tipo de sociedade, o fenômeno do poder não se restringe às atuações estatais, uma vez que, conforme Steinmetz, deve ser compreendido no seu sentido amplo, manifestado nas múltiplas relações sociais, sejam elas verticais ou horizontais. Neste sentido, afirma o autor que:

a teoria dos direitos fundamentais como limites ao poder carece, em parte, de atualidade quando reduz o fenômeno do poder somente ao poder do Estado. No contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado,

1 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 124.

2 "No Estado Constitucional, não se concebe poder do Estado que não esteja assentado na soberania popular e na dignidade humana, conseqüentemente, o dualismo entre direito público e privado mantém sua importância sob o aspecto sistemático, contudo, dificilmente pode-se conceber situação jurídica puramente privada ou puramente pública, na medida em que todas elas estão diretamente normatizadas pelo texto constitucional." ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 227.

3 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2012. p. 280.

4 Dados revelados pela Receita Federal brasileira demonstram que entre os anos de 2015 e 2016 apenas 8,4% dos declarantes de imposto de renda ganham acima de 20 salários-mínimos, e concentram 46,4% da renda bruta total do país e 59,4% dos bens e direitos líquidos. In: BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Grandes Números IRPF. Anos-Calendário 2007-2016*. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/grandes-numeros-dirpf-cap>. Acesso em 07/08/2015.

5 Daniel Sarmento, descrevendo a realidade social brasileira, afirma que "Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do 'elevador de serviço' para pobres e pretos; do 'sabe com quem está falando?', dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos de classe média, reprodução contemporânea do espírito da 'casa-grande e senzala'". In SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 238-239.

como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único. No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder.¹

No contexto atual, o poder pode se mostrar diante de feições das mais diversas, tanto no âmbito público quanto no âmbito privado. Diante desse fato, têm-se pistas que indicam a necessária “constitucionalização” do Direito Privado, uma vez que, conforme defende Iturraspe, o Direito Privado passa a buscar a igualdade material como complemento da igualdade formal e a liberdade em concreto ao lado da liberdade em abstrato. Segundo o autor, tal fato se deve em razão do Direito Privado tomar do Direito Público essas inquietudes, de modo que o Direito Privado sofre uma “desprivatização”, posto que a ideia de comunidade passa ser também um referencial, juntamente com a defesa da personalidade individual privada², dando indícios da necessidade de preservação da solidariedade³ como fundamento, inclusive, para a melhor vida em sociedade.

Em razão disso, a divisão entre direito público e privado é mitigada, ao considerar que o poder, de maneira ampla, foi espargido aos diversos setores da sociedade, razão pela qual, mesmo nas relações entre privados sob a lógica do mercado, os direitos fundamentais devem ser respeitados. Em razão disso, o Estado, além do dever de se abster de violar direitos fundamentais, tem o dever de protegê-los contra violações provenientes da esfera privada.⁴

Vale deixar claro que a Constituição Federal brasileira, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, traçou os ideais de criação de uma sociedade livre, justa e solidária. Entretanto, na prática, conforme já exposto, a realidade social do país revela uma inegável desigualdade social, razão pela qual, se os poderes privados não encontrarem limites, passam a ser verdadeira ameaça à realização do projeto constitucional de vida em comum.⁵ Por óbvio, para a efetivação dessa sociedade idealizada pela própria carta constitucional, os direitos fundamentais devem ser dotados de eficácia ampla, tanto nas relações verticais quanto nas relações horizontais.

Com base nessa mesma realidade, Iturraspe descreve também essa alteração do “soberano” público ao “soberano” privado, ao demonstrar a difusão do poder público também aos particulares. Assim, o autor afirma que:

De donde puede decirse que el particular, el consumidor, ha pasado de contratar com el Estado soberano a contratar con empresas, soberanas también en cuanto su voluntad se impone en la negociación. De ahí que se habla con tanta

1 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.85

2 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 130.

3 Sobre a solidariedade, afirma Iturraspe que: “se fundamenta en naturaleza del hombre y en su dignidad de persona. Como principio deontológico expresa, se aclara, la recíproca vinculación y dependencia del individuo con la sociedad”. In: ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 158..

4 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 64-65.

5 LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.

insistencia de la crisis de decadencia de la autonomía privada cuando los celebrantes no se encuentran en condiciones económicas o “de poder” similares.¹

Isso indica que a discussão a respeito da aplicação das normas fundamentais nas relações privadas ganha ainda maior destaque ao considerar que as sociedades hodiernas, da qual a brasileira não escapa, dão pistas de serem basicamente “sociedades de consumo”, composta por pessoas em nítida situação de vulnerabilidade.²

Ainda assim é imperioso lembrar que os direitos fundamentais dão pistas de se serem, a bem da verdade, normas de proteção das partes mais débeis, em resistência às leis geradas pelas partes mais fortes.³ Neste sentido, a própria tutela do consumidor, sob o fundamento da presumida vulnerabilidade, mesmo que em âmbito de legislação especial, é evidente demonstração de garantia de direitos fundamentais.

Com efeito, têm-se indícios de que o reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas traz relevantes consequências às relações negociais, inclusive em âmbito digital, em especial, ao considerar que diversas situações jurídicas privadas superam o mero caráter patrimonial da relação, adquirindo verdadeiro significado existencial.

Em verdade, diante da concepção de que é impossível fazer a separação, na sociedade brasileira contemporânea, entre o interesse privado e o interesse público, supera-se também o paradigma de que o Direito Privado se preocupa tão somente com o caráter patrimonial da sociedade civil.⁴

Diante do exposto, de uma maneira geral, é possível defender que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas se justifica e, além disso, encontra suas razões, com base nos pressupostos de que i) os direitos fundamentais tomaram grande força expansiva, vale lembrar, na “era dos Direitos”⁵; ii) a aplicação da Constituição Federal em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Privado, como forma de determinar a unidade do ordenamento; iii) a crise na dicotomia público-privado; iv) a intensa desigualdade social brasileira aliada ao fenômeno do “poder privado”; e, por fim, v) a necessária tutela dos vulneráveis quanto a exposição de dados pessoais em uma sociedade de consumo e cada vez mais digital⁶.

De maneira geral, com base nas ideias ora levantadas, é possível perceber que todos os argumentos que defendem as razões da eficácia dos direitos fundamentais nas

1 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 488.

2 ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005. p. 96.

3 Ferrajoli defende que “Los derechos fundamentales – desde el derecho a la vida, pasando por los derechos de la libertad, hasta los derechos sociales a la salud, al trabajo, a la educación y a la subsistencia – siempre se han afirmado como la *ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte, que regía y regiría en su ausencia: de quien es más fuerte económicamente como em el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente como em la comunidad internacional.” In FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 36.

4 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237.

5 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª. Reimpressão, Elsevier, 1992.

6 CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2003.

relações privadas podem ser resumidos a uma ideia básica central, qual seja, a convergência do direito privado para a Constituição. Com efeito, é preciso constatar, em especial no tocante à proteção da autonomia privada, quanto aos dados pessoais, a complementariedade da dogmática civilista, no que se refere aos direitos da personalidade, com o pensamento constitucional, em verdadeiro diálogo de fontes¹, em busca da tutela do fundamento supremo do sistema jurídico: a pessoa.²

Desse modo, é preciso descrever, mesmo que de maneira breve, as teorias acerca dessa eficácia horizontal, a fim de, diante do pensamento de ambas as correntes, permitir uma melhor compreensão do tema.

2 PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As razões até aqui apresentadas demonstram que a ideia de eficácia horizontal já é amplamente aceita no âmbito dos estudos jurídicos brasileiros³, de modo que quanto à aplicação das normas fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares a maior questão que surge não é “se” os direitos fundamentais são aplicados a essas relações, mas sim, em “como” (e em que medida⁴) é feita essa aplicação.⁵

Logo, o ponto central do debate encontra-se na busca de uma forma de equilíbrio e compatibilização entre, de um lado, a autonomia privada, cerne do direito privado, e, de outro lado, a tutela efetiva e eficaz dos direitos fundamentais. Aliás, é nessa busca de

1 A teoria do diálogo das fontes surge no ordenamento pelo jurista alemão Erik Jayme, sendo amplamente difundida no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques. Em resumo, essa teoria surge para fomentar a as decisões por meio da utilização de fontes jurídicas heterogêneas que não se excluem, mas se complementam e “dialogam” entre si, de forma sistemática e coordenada. MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes*. Revista de Direito do Consumidor. RDC 51/34. jul.-set./2004. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores) *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Coleção Doutrinas Essenciais; v.1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 697.

2 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 177.

3 É importante ressaltar que na Alemanha, o pensamento de Forsthoff contrário à eficácia horizontal ganhou destaque, fundado numa visão liberal clássica dos direitos fundamentais. Entretanto, essa corrente que negava a aplicação das normas fundamentais nas relações privadas perdeu força com as reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, em especial a partir da década de 50. Ainda assim, demonstra certa força a teoria do *State action* americana, a qual defende que a *Bill of rights* da Carta estadunidense vincula apenas os Poderes Públicos. De todo modo, essa negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas parece que não adquiriu força significativa nos estudos brasileiros. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 187-197.

4 BILBAO UBILLOS, Juan María. *Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica*. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. In: Gustavo Tepedino, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 236.

5 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 102.

equilíbrio que se deve evitar ao máximo a suposta banalização do argumento jusfundamental. Em outras palavras, a grande questão que se põe quanto à aplicação das normas fundamentais gira em torno da extensão da eficácia dessas normas frente às relações jurídicas entre particulares, ou seja, se a eficácia é direta (imediate) ou indireta (mediata).

Dito de outra maneira, a questão que se debate é se dentro das relações privadas as pessoas podem invocar os direitos fundamentais em termos semelhantes aos opostos perante o Estado (eficácia direta) ou se devem invocá-los através dos mecanismos próprios do direito privado, como por exemplo as cláusulas gerais (eficácia indireta).

2.1 Teoria da eficácia indireta (mediata)

A teoria da eficácia indireta (mediata) foi formulada inicialmente por Günter Dürig, ganhando destaque especialmente após ser citada pelo Tribunal Constitucional Alemão no supracitado Caso Lüth (1958).¹ Segundo Dürig, uma vez que os direitos fundamentais compõem uma ordem objetiva de valores que produzem irradiação de efeitos por todo o ordenamento jurídico, para incidirem nas relações jurídicas entre particulares, as normas jusfundamentais necessitariam de mecanismos de intermediação.²

De uma maneira bem geral, essa teoria defende que as normas de direito fundamental produzem efeitos nas relações privadas de modo objetivo, isto é, por meio de normas e parâmetros dogmáticos do direito privado. Desse modo, a eficácia dessas normas fundamentais fica condicionada à concretização pelo legislador ordinário, por meio das leis específicas de direito privado, em primeiro plano, e dos juízes e tribunais em segundo plano.

Assim, cabe ao legislador criar normas de direito privado sob essa ótica e, ao juiz e tribunais, sobretudo quanto as cláusulas gerais, mediar a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.³ Conforme se percebe, essa teoria defende que os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares por meio de normas objetivas de princípios, como sistema de valores que condicionam as normas infraconstitucionais.

Neste aspecto, é possível perceber a relevância dos textos de normas imperativas do Direito Privado, sobretudo os princípios e as cláusulas gerais, como verdadeiras “portas” que permitem a “irradiação” dessas normas fundamentais nas relações particulares, isto é, a construção de certas “pontes” entre o Direito Privado e os valores expressos na Constituição como fundamentais ao sistema jurídico.⁴

Diante disso, têm-se pistas de que essa teoria preza pela independência e autonomia do Direito Privado, em especial do Direito Civil, ante o Direito Constitucional positivo. Dessa forma, os direitos fundamentais são protegidos no âmbito privado não pelos

1 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.136.

2 CANARIS, Claus Wilhelm *apud* SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 75.

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.87

4 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 198.

instrumentos constitucionais, mas sim, através dos mecanismos próprios do sistema jurídico privatista.

Em outras palavras, a aplicação direta dos direitos fundamentais acabaria por exterminar a autonomia das pessoas e, além disso, retirando a independência do direito privado, uma vez que o tornaria um mero instrumento de aplicação dos direitos constitucionais. Vale lembrar que nenhuma constituição logra êxito em impor a sua força normativa, sem um direito ordinário sólido, que lhe dê sustentação.

Em verdade, o direito privado também protege valores tão relevantes quanto os direitos fundamentais, até porque garante espaços de liberdade essenciais ao livre desenvolvimento das pessoas.

Com efeito, considerar a aplicação direta das normas fundamentais nas relações privadas, segundo essa teoria, seria retirar a função das legislações de Direito Privado de regular situações jurídicas em que ambas as partes possuem direitos fundamentais.

Além disso, o próprio controle de constitucionalidade é uma ferramenta essencial para garantir que as leis infraconstitucionais no âmbito privado sejam elaboradas de acordo com a norma constitucional, que expressa os direitos fundamentais.

Dessa forma, tem-se que a teoria mediata da eficácia horizontal das normas fundamentais é uma legítima manifestação de preservação da identidade, autonomia e relevância do direito privado como setor do sistema jurídico responsável pela normatização e regulação das relações entre particulares, apto a desenvolver de forma mais específica as normas reguladoras das liberdades e das autonomias das pessoas.

De qualquer modo, é imperioso reconhecer que muitas vezes, em especial em uma sociedade de alta complexidade, a legislação infraconstitucional e a atividade administrativa não regulam satisfatoriamente o direito fundamental constitucionalmente previsto. Eis um dos grandes pontos em que a teoria da eficácia indireta recebe crítica: "não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário".¹

Em verdade, neste ponto, dois aspectos são destacados, a saber, a impossibilidade do legislador regular todas as pretensas situações particulares de conflito de direitos fundamentais e, ademais, a frequente inércia do legislador. Com base nessas considerações, "os direitos fundamentais nada seriam sem o legislador, apregoariam os mais fanáticos."²

2.2 Teoria da eficácia direta (imediata)

Em contrapartida, a teoria da eficácia direta (imediata) defende que da mesma forma que os direitos fundamentais são aplicados nas relações verticais, ou seja, entre pessoas e o Estado, devem ser aplicados também nas relações interparticulares, sem intermediação legislativa. O grande expoente dessa teoria é o autor Hans Carl Nipperdey, o qual defendeu

1 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 204.

2 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

a ideia de que as normas fundamentais possuem efeitos absolutos, isto é, não carecem de intermediações legislativas infraconstitucionais para serem aplicadas às relações privadas.¹

Dessa forma, segundo esse autor, os direitos fundamentais possuem caráter dúplice, ou seja, vinculam, em algumas situações, apenas o Estado e, em outros contextos, podem ser invocados diretamente nas relações particulares, independente de ação intermediária legislativa. Em outras palavras, há uma previsão dos direitos fundamentais em sua dupla vertente, subjetiva e objetiva, operante em todo o sistema jurídico.

É importante destacar que Nipperdey atuava na área do Direito do Trabalho, isto é, o paradigma do autor dá pistas de ser sob uma ótica da proteção constitucional dos trabalhadores. Aliás, o próprio professor Sarmento descreve a aplicação dessa teoria pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, o qual reconheceu diretamente a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de determinadas enfermeiras de um hospital caso estas viessem a contrair matrimônio.²

Ademais, para essa teoria, a aplicação das normas fundamentais se dá de forma direta (imediata), ou seja, independente de legislações específicas ou de cláusulas gerais que permitam sua incidência nas relações privadas. Tal fato decorre da defesa de que os direitos fundamentais constituem verdadeiros direitos subjetivos, podendo os particulares recorrer a estas normas mesmo para fazê-las valer contra outras pessoas privadas (trata-se do *status socialis*).³

Um dos fortes argumentos dessa teoria no Brasil é o de que a própria Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, §1º prevê a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, sem limitar esse imediatismo às relações verticais. Desse modo, mesmo nas relações privadas, teria de se respeitar os atributos essenciais das normas jusfundamentais: fundamentabilidade e aplicabilidade direta.⁴

Concluindo, segundo essa teoria, os direitos fundamentais possuem efeito normativo imediato, em sua qualidade de direito constitucional objetivo e, logicamente, emanam uma regulação normativa do ordenamento jurídico total, da qual também decorrem os direitos privados subjetivos do particular, isto é, produzem o “efeito absoluto” dos direitos fundamentais.⁵

Entretanto, é preciso alertar que considerar a aplicação imediata e irrestrita dos direitos fundamentais é desconsiderar as especificidades tratadas pelo direito privado, as quais dão maior especialidade às normas e, conseqüentemente, capacitam maior efetividade na aplicação dos direitos fundamentais. Neste sentido, afirma Marcelo Duque que:

Se a constituição contivesse em si toda a ordem jurídica, ela seria, como enfaticamente aponta Ernst Forsthoff, uma espécie de “ovo jurídico do mundo, do qual tudo surge, desde o código penal, até a

1 SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87

2 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 205.

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.168.

4 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 79.

5 NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011. p. 59.

lei sobre a fabricação de termômetros”, mesmo porque, nessa ótica, teria a constituição a pretensão – não desejada, de determinar completamente o lado normativo de cada decisão judicial especializada. A consequência seria uma banalização dos direitos fundamentais, com perda da própria força normativa da constituição.¹

Neste diapasão, têm-se pistas de que a teoria da eficácia imediata, de inegável caráter promocional da pessoa humana, mesmo que tenha como um dos fundamentos a maximização da aplicação dos direitos fundamentais, corre o risco de tornar a utilização desses direitos banalizada, em especial a desconsiderar as normatizações pertinentes às áreas setoriais.

Em razão disso a proteção pretendida acaba perdendo o seu valor, ao considerar que todo direito fundamental que esteja sendo mitigado em uma relação privada possa ser postulado de maneira direta no judiciário, tal como nas relações verticais, perante o Estado. Esse raciocínio dá pistas de esvaziar o próprio valor normativo das normas fundamentais nas relações horizontais, tornando esses direitos “insaciáveis”.

2.3 A teoria da eficácia direta (imediata) nas relações particulares e o risco de banalização do argumento jusfundamental

Diante da hermenêutica dos direitos fundamentais, com a incidência das normas fundamentais constitucionais em todos os ramos do direito, é possível perceber que, muitas vezes, o argumento jusfundamental é utilizado em demasia e de maneira injustificada. Marmelstein, ao conceituar o termo “direitos fundamentais”, alerta para o uso banalizado da expressão, segundo o qual:

Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental. Há quem considere titular de um direito fundamental andar armado. Há quem defenda a existência de um direito de manifestar ideias nazistas. Há quem diga que existe um direito à embriaguez. Aliás, na Alemanha, a Corte Constitucional daquele país já teve que decidir se existiria um direito a fumar maconha e a “ficar doidão”. Já houve quem ingressasse com ação judicial para exigir Viagra do Poder Público, alegando que existiria um direito ao sexo! Pelo que se observa, há uma verdadeira banalização do uso da expressão *direito fundamental*.²

Ademais, Duque, de antemão avisando que esse problema possui pouco destaque na doutrina especializada, tratando essa banalização como uma hipertrofia de direitos fundamentais, alerta que:

Trata-se do risco de banalização dos direitos fundamentais, por meio de um sentimento de hipertrofia desses direitos que, eventualmente, também pode ser verificado num quadro maior, caracterizado pelo excesso de fontes normativas [...]. Isso é comum em países que passaram por experiências históricas negativas. Às vezes, no afã de evitar que consequências maléficas voltem a

1 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 89.

2 MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

ocorrer, acaba-se recaindo em excessos, que em nada contribuem para a regulamentação equilibrada e eficiente da coletividade.¹

Ora, é relevante deixar claro, mais uma vez que, ao descrever a banalização do uso do argumento jusfundamental, o presente texto pretende fazer uma análise crítica do assunto, não no sentido negativo, de censurar a aplicação dos direitos fundamentais, mas sim, de propor uma aplicação das normas fundamentais nas relações privadas de maneira coerentemente justificada e fundamentada.²

Dessa forma, pode-se afirmar que nas decisões judiciais deve-se evitar ao máximo a banalização do discurso jusfundamental, a fim exatamente de legitimar a atuação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, é preciso perceber que ao direcionar o estudo dos direitos fundamentais a uma hipertrofia, perde-se a precisão e a fundamentação específica para o uso do argumento jusfundamental, fato este que em nada contribui para a efetivação desses direitos na sociedade. Neste sentido, Martins e Dimoulis afirmam que:

encontramos uma abordagem dos direitos fundamentais de cunho *retórico*, baseada na exaltação da “prevalência dos direitos humanos” e dos valores por ele expressos. Tais discursos são politicamente importantes em tempos de autoritarismo, mas perdem sua utilidade na medida em que um país consolida suas estruturas liberais e democráticas. Esse é o caso do Brasil dos últimos vinte anos. Exposições que se limitem a celebrar a ideia dos direitos fundamentais, enumerando suas conquistas e as normas nacionais e internacionais que as positivaram não oferecem a solução a problema alguma. Tal tipo de abordagem só produz discursos políticos repetitivos e, afinal de contas, estéreis, sem indicar, de forma juridicamente fundamentada, quais direitos e porque prevalecem em cada caso concreto e quais as formas de sua implementação.³

Como se nota, têm-se pistas de que, ao utilizar de maneira infundada o argumento jusfundamental, fazendo com que os direitos fundamentais sejam ilimitados, em verdadeira hipertrofia, corre-se o risco de tornar, de maneira indesejável, esses direitos insaciáveis⁴, gerando a banalização dos direitos humanos.⁵

Ademais, diretamente relacionada a essa suposta banalização do discurso jusfundamental encontra-se o demasiado expansionismo constitucional brasileiro, o que toca, em última análise, nos limites da própria jurisdição constitucional. Neste mesmo sentido, Moraes alerta para o risco da aplicação desmedida dos princípios constitucionais, de modo que, segundo a autora:

Contudo, exatamente nesta linha, é importante alertar que a consolidação da metodologia pós-positivista e da constitucionalização do direito civil em nossa doutrina e, especialmente, em nossos tribunais, tem sinalizado para um perigo

1 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 97-98.

2 Oportuno lembrar que, com apoio em Manuel Atienza, “em la teoría del Derecho, carece de valor cualquier trabajo no esté enfocado a mejorar el Derecho y el mundo social, aunque, naturalmente, el objetivo puede ser a muy largo plazo y contando con muchas mediaciones.” In: ATIENZA, Manuel Rodrigues. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Trotta, 2013. p. 30.

3 DIMOULIS Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 16.

4 PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2001. p. 243-265.

5 TESSLER, Marga Barth. Há um fundamento para os direitos humanos ou como fundamentar os direitos humanos e que direitos humanos fundamentar. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. – n. 1 (jan./mar. 1990). – Porto Alegre: O Tribunal, 1990 – v.1 – Trimestral. p. 54-55

crescente. A necessária superação do formalismo por uma perspectiva mais flexível e principiológica foi efetivada, e agora nos deparamos com o alerta do risco oposto. O receio dos juristas mais tradicionais parece encontrar eco quando se veem decisões que, sob o pretexto da constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado de banalização do Direito.¹

Obviamente que, conforme já exposto, dentro da noção de sistema jurídico, pautado pela democracia e pela proteção dos direitos fundamentais, a Constituição deve se encontrar no topo normativo, com condição de supremacia. Entretanto, é preciso também levar em conta a autonomia dos demais setores do ordenamento jurídico, sob pena de ocorrer um expansionismo constitucional ilegítimo, contrariando a própria competência legislativa prevista pela Constituição.

Em outras palavras, a banalização dos direitos fundamentais pode se dar também pela expansão da jurisdição constitucional, a qual, quando elevada a abusos, gera um expansionismo constitucional ilegítimo, aplicando a Constituição sem observar as regras de competência, as quais, devido à setorização, são dotadas de maior especificidade. Neste sentido, Duque descreve que:

É por isso que há quem sustente que a proteção jurídica se torna tão mais ineficaz quanto maior for a sua pretensão de tentar garantir por escrito a totalidade de situações. Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ficar adstritos aos âmbitos essenciais da natureza humana, esses revelados nas esferas da dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e igualdade, focados, assim, na autoconsciência da pessoa e na liberdade de se auto determinar e de se configurar no mundo em que vive.²

Diante de todo o mencionado, é possível perceber que a banalização do argumento jusfundamental nas decisões judiciais mediante a defesa da aplicação imediata e indiscriminada dos direitos fundamentais acaba por esvaziar o seu valor normativo, tornando esses direitos “insaciáveis”.

Nesse sentido, ganha relevância a reflexão quanto o grau de eficácia horizontal das normas fundamentais, porquanto se trata de um dos temas mais caros ao estudo dos direitos fundamentais, uma vez que a pós-modernidade trouxe consigo uma série de conflitos privados até então inimagináveis na ocasião do nascimento da doutrina de direitos fundamentais, como a própria utilização de dados pessoais e sensíveis como capital no mercado.³

Com efeito, têm-se pistas de que, visando evitar a banalização do uso do argumento jusfundamental nas relações entre privados, é preciso propor uma reflexão que considere que o direito constitucional e o direito privado existem em uma relação recíproca de complementação e dependência, em verdadeiro diálogo de fontes, até porque, esse pensamento é o que parece permitir maior coerência sistêmica.

1 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do Direito no início do século XXI*. Revista de Direito Privado | vol. 56 | p. 11 | Out / 2013, p. 64.

2 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 98.

3 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 64.

2.4 O diálogo entre as teorias como forma de se evitar a banalização dos direitos fundamentais nas relações privadas

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, aparentemente com o nobre intuito de potencializar a proteção dos direitos fundamentais, consagrou-se uma verdadeira “escola”¹ no país que defende a ideia de que as normas fundamentais vinculam os particulares nas relações jurídico-privadas de maneira direta e imediata.

Ainda assim, vale lembrar que muitas das obras desses autores, que se filiam à corrente do “direito civil constitucional”, como o professor Tepedino², foram elaboradas em momento anterior ao Código Civil de 2002, o qual, tomando emprestado alguns conceitos do Código de Defesa do Consumidor de 1990, como os princípios da boa-fé e da função social, agregando, na dogmática civilista, cláusulas gerais que possibilitam a efetivação, nas relações privadas, dos direitos fundamentais.

Obviamente que a consideração da força normativa da Constituição, sobretudo por meio dos princípios constitucionais, trouxe uma nova dimensão ao estudo do Direito, do qual o Direito privado não escapou. Isso significa que, diante das normas previstas no Código Civil de 1916, de caráter predominantemente individualista e patrimonial, de fato havia uma incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, o que, conseqüentemente, exigia uma aplicação direta e imediata das normas constitucionais, sobre direitos fundamentais, até mesmo nas relações privadas. Neste mesmo diapasão, Martins afirma que:

Caso, assim, não houvesse essa perspectiva constitucional, ao direito civil sobraría uma letargia que, evidentemente, iria rabiscar uma estranha órbita de irracionalidade, até porque, enquanto o Texto Maior inicia por proclamar um sem-número de direitos fundamentais que dizem respeito à pessoa, o direito civil deixaria de acompanhar o mesmo sentido. Aliás, a bem da verdade, esse fato ocorreu na relação existente entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988.³

Aliás, aparentemente um dos autores que mais influenciaram no Brasil a defesa da incidência direta das normas fundamentais foi o italiano Perlingieri. Mesmo considerando a importância do pensamento do autor ao estudo jurídico, é relevante fazer algumas considerações que dão pistas de diferenciar a realidade jurídica italiana que influenciou o pensamento de Perlingieri do atual contexto jurídico brasileiro.

Neste sentido, é preciso perceber que durante a exposição da ideia de um “direito civil na legalidade constitucional”⁴ Perlingieri possuía como plano de fundo uma Constituição

1 O termo “escola” é utilizado por Marcelo Duque. Segundo esse autor, no Brasil, prevalece o entendimento de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, seguindo o pioneirismo de Ingo Sarlet. Com efeito, Duque afirma que, ainda que com variações e mitigações, seguem esse mesmo raciocínio os trabalhos de autores como o Sarmento, Steinmetz, Tepedino e Sombra. É relevante destacar que essas referências foram também utilizadas na elaboração do presente texto. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 43.

2 TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de Direito Civil*, 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

3 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79.

4 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 588.

italiana, dotada de princípios e direitos fundamentais, que era posterior a um Código Civil promulgado no decorrer do fascismo italiano, em 1942.

Dessa forma, é plenamente justificável o fato de Perlingieri defender a imediata aplicação de todos os preceitos constitucionais no âmbito do direito privado, uma vez que o direito privado estava totalmente fora de sintonia com o contexto social da Constituição italiana pós-guerra.

Corroborando com essa reflexão vale destacar as observações de Roppo, uma vez que o autor, em sua obra sobre contratos, trata sobre a relação entre este e o regime político fascista italiano. Dessa maneira, ao discorrer sobre as características do Código Civil que rege os contratos italianos, o autor afirma que:

Uma questão que se reveste para nós importância e actualidade tanto maior se se considerar que o código civil de 1942 foi redigido e entrou em vigor em pleno regime, e que, portanto, a disciplina geral dos contratos vigente é, quanto à sua gênese histórica, de signo fascista.¹

Vale lembrar que esse mesmo raciocínio pertinente ao pensamento de Perlingieri pode ser aplicado ao pensamento do argentino Iturraspe, também defensor de uma aplicação direta das normas fundamentais nas relações entre privados. Ao defender a ideia de um “derecho civil constitucional”² Iturraspe tinha como base de sua análise um Código Civil argentino que, apesar das inúmeras alterações, era datado de 1871. Obviamente, se comparado esse Código com a Constituição da Nação Argentina, reformada em 1994, fica nítida a diferença nos valores atinentes a cada contexto.³

Aliás, é possível perceber que Perlingieri também foi um dos referenciais teóricos que fundamentou o pensamento de Iturraspe quanto a aplicação direta das normas fundamentais nas relações entre particulares, vindo este autor a defender também a releitura das normas privadas, por uma renovação jurídica de valor, como base para a constitucionalização do Direito Civil.⁴

Vale lembrar que a aplicação indireta dos direitos fundamentais na Argentina ganhou mais força com o advento do “novo Código Civil Y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26.994, de 07.10.2014)”, uma vez que este código é fundamentado em uma base normativa humanista e, ainda assim, sustenta a hermenêutica promocional da pessoa humana, de modo a se adequar a essa renovação jurídica de valor determinada pela Constituição.

Sendo assim, superadas essas primeiras considerações a respeito da recorrente defesa da eficácia imediata no Brasil, têm-pistas da possibilidade de diálogo entre as teorias, de maneira a possibilitar a hermenêutica mais condizente com a realidade brasileira, que se foque na efetivação dos direitos fundamentais, independente da teoria aplicada. Aliás, esse tipo de pensamento contribui ainda para se evitar a banalização do argumento jusfundamental, a qual aparece como consequência natural de uma aplicação direta e imediata, por vezes desmensurada.

1 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55.

2 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011.

3 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 105.

4 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Derecho Civil Constitucional*. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 86.

Indo adiante, conforme já exposto, das duas teorias quanto à extensão da aplicação das normas fundamentais às relações jurídicas horizontais, a saber, as teorias direta e indireta, é possível perceber uma possibilidade de complementariedade, especialmente visando evitar que o uso dos direitos fundamentais seja feito de forma trivial e banalizada.

Em consequência, é possível perceber que a aplicação das normas fundamentais nas relações privadas aparenta-se ter nítida coerência com a superação da *summa divisio* público-privado, exigindo a composição de um ordenamento globalmente ordenado, e, ainda assim, respeitante dos valores protegidos pelo mesmo.¹

Ora, um dos grandes embates que dificulta a determinação da medida de eficácia das normas fundamentais nas relações entre particulares reside no fato de que a titularidade e o destinatário dos direitos fundamentais se confundem, isto é, numa relação privada, ambas as pessoas têm garantidas os seus direitos fundamentais e, aparentemente, ao mesmo tempo, são também possíveis violadoras de direitos fundamentais. Desse modo, como determinar quem será o destinatário desses direitos?² Logo, como determinar até que ponto um direito fundamental será limitado em favor do outro?

A fim de buscar resolver essa questão, é imperioso descrever a teoria desenvolvida por Alexy, segundo a qual os direitos fundamentais se dividem basicamente quanto às suas funções, isto é, em i) direitos fundamentais de defesa; e ii) direitos fundamentais de prestação *lato sensu*.³

No tocante aos primeiros, os direitos fundamentais de defesa, o autor afirma que são os direitos presentes na relação vertical, isto é, entre pessoa(s) e o Estado, exigindo deste uma posição evidentemente negativa, como expressão dos direitos de liberdade. Em outros termos, essa espécie de normas fundamentais consiste no dever do Estado de se abster de interferir na liberdade e na autonomia privada das pessoas (direitos gerais de liberdade e igualdade).

Quanto aos direitos fundamentais de prestação *lato sensu*, Alexy os divide em a) direitos a organização e procedimento, os quais exigem essencialmente a criação de instituições fundamentais às garantias de direitos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública; b) direitos de prestações *stricto sensu* ou prestacionais (“direitos fundamentais sociais”), os quais tem um cariz assistencial, promovendo os mínimos existenciais das pessoas; e, por fim c) direitos de proteção, os quais exigem uma interferência direta do Estado nas relações privadas, como verdadeiras normas emancipatórias. Neste último ponto encontram-se as leis setoriais de tutela dos vulneráveis, como à título de exemplo, o mandamento do art. 5º, XXXII da CF/88 de promoção do consumidor e, em última análise, a própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, como reflexo da necessária tutela da vida privada e da intimidade, mandamentos do art. 5º, X da Carta Magna.

Diante disso, têm-se pistas de que a melhor maneira de determinar a incidência das normas fundamentais nas relações privadas, evitando a hipertrofia desses direitos e

1 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 762.

2 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 47.

3 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

promovendo sua ótima efetividade, é por meio da complementariedade das teorias indireta e direta, conforme se aparenta destacar a teoria de Canaris.¹

Conforme esse autor, a eficácia das normas fundamentais frente às relações entre particulares deve ser indireta, por meio das legislações específicas de direito privado. Dessa forma, o destinatário das normas fundamentais passa a ser tão somente o Estado, assim como nas relações verticais, cabendo a este a positivação das ferramentas privadas capazes de garantir os direitos fundamentais das pessoas, conforme a proibição de insuficiência.

Ora, é imperioso lembrar de que é dever do Estado ser um garantidor e um não violador das normas fundamentais. Sendo assim, nas relações privadas, o Estado surge como um “terceiro” regulador da relação, ao determiná-lo como competente para fazer o regramento inferior que especifique melhor a aplicação a priori ampla e abstrata das normas fundamentais, isto é, ao Estado cabe a retirada da abstração das normas fundamentais, por meio da setorização nas legislações específicas, aproximando a norma das particularidades dos casos concretos.²

Em verdade, essa abordagem relaciona-se com o próprio princípio de segurança jurídica, afinal, este é mais bem observado se as normas fundamentais amplas e abstratas, a priori, são projetadas de modo mais detalhado nas relações privadas por meio das legislações do Poder Legislativo, em primeiro plano, e, subsidiariamente, do Poder Judiciário, por meio da hermenêutica das cláusulas gerais, dos princípios e dos conceitos indeterminados.

Ademais, em última hipótese, não havendo o Estado legislado sobre as normas fundamentais, isto é, havendo uma omissão estatal quanto à normatização nas legislações mais específicas sobre os direitos fundamentais, há de se considerar, segundo Canaris, o “imperativo de tutela”, permitindo a aplicação direta e imediata das normas fundamentais nas relações privadas.³

Com efeito, é preciso destacar que, conforme os ensinamentos de Ricardo Lorenzetti⁴, em um mundo complexo, a mais acertada decisão judicial deve partir das normatizações mais setoriais, as quais possuem maiores proximidades com as especificidades do caso concreto.

Dessa forma, o ponto inicial de qualquer decisão judicial, segundo o autor argentino, deve partir do método dedutivo, fazendo a delimitação do fato e procedendo a dedução à norma válida. Não sendo possível uma adequada assimilação da norma ou sendo a interpretação desta difícil, está-se diante de um *hard case*, abrindo precedente para a

1 CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina, 2003.

2 DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 47.

3 Com efeito, afirma Canaris que há “diferença teórico-estrutural entre a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela e como proibições de intervenção: enquanto na última se trata simplesmente de controlar segundo os direitos fundamentais uma disciplina já existente – isto é, uma norma, um acto da administração ou similar -, no caso da função de imperativos de tutela está em causa justamente o contrário, isto é, a *ausência* de uma tal disciplina – ou seja, uma omissão estatal em contraposição a uma intervenção [...]”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina, 2003. p. 115.

4 LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 364.

aplicação dos princípios, isto é, abrindo a possibilidade de normas mais abstratas e axiologicamente mais amplas, pelo imperativo de tutela.

Diante desse mesmo raciocínio, Maximiliano também defende uma aplicação em que o aplicador parte dos “fatos mezinhos da vida diária até o cúspide do saber profissional”, segundo o qual:

Recorre o aplicador do texto aos princípios gerais: a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial); ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional, etc.); d) de todo o Direito Privado, ou de todo o Direito Público; e) do Direito Positivo, *inteiro*; f) e, finalmente, do Direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma. Vai-se gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação da hipótese controvertida.¹

Nessa conexão de ideias, parece que a teoria da decisão judicial desenvolvida por Lorenzetti e até mesmo o modo de aplicação do texto jurídico defendido por Maximiliano estão em consonância com as descrições de Canaris e, conseqüentemente, à ideia defendida no presente texto.

Com isso, é possível concluir que eficácia indireta e eficácia direta não são formas incompatíveis de aplicação de normas fundamentais, uma vez que nas situações em que não há viabilização da primeira (omissão), abre-se a possibilidade para utilização da segunda. Logo, ambas são garantidoras da eficácia das normas fundamentais como princípios objetivos de todo o sistema jurídico.²

Diante disso, têm-se pistas de que a teoria de Canaris, em verdade, transmite um pensamento de diálogo de fontes e, ao mesmo tempo, de convergência do direito privado para a constituição. No fundo parece ser essa também a conclusão de Steinmetz, ao defender a eficácia imediata “modulada”³, se adequando com o pensamento de Duque de se evitar a banalização do argumento jusfundamental.⁴

Por todo o mencionado, é preciso descrever de que forma a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais permite de maneira concreta a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em outras palavras, torna-se imperioso delimitar de que modo essa recente lei pode se qualificar como uma verdadeira ferramenta para, de fato, possibilitar a tutela e, conseqüentemente, a promoção da vida humana mesmo em relações jurídicas travadas entre pessoas particulares.

1 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 240

2 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 253.

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.269-273

4 DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 100.

3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO FERRAMENTA DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Inicialmente é preciso destacar que independentemente da denominação dada para a sociedade contemporânea, todas elas perpassam por um denominador comum, qual seja, a informação.¹ Em verdade, na atual sociedade, sustentada por uma economia cada vez mais globalizada, a informação não só se tornou um elemento substancial e vital para as relações sociais como também, em especial os dados pessoais, se tornou o principal insumo da atividade econômica², em todos os setores possíveis. Isso quer dizer que, seja no âmbito público, seja no setor privado, quem tem acesso aos dados tem acesso ao poder.³

Desse modo, levando em consideração que o desenvolvimento do modelo de negócios passou a necessitar de uma economia digital, começou a notar-se uma dependência muito maior dos fluxos de bases de dados.⁴ Sendo assim, dado o papel fundamental do fenômeno da informação nas sociedades contemporâneas, em todos os seus subsistemas, passou a se exigir, do Direito, não só o reconhecimento da problemática do tratamento de dados como também a necessidade de lidar de maneira incisiva juridicamente com esse fenômeno e os seus efeitos.⁵

Em verdade, o acesso à informação, rápido e dinâmico, não só amplia as possibilidades de ação das pessoas como também, na mesma proporção, maximizam os riscos de danos.⁶ Afinal, o monopólio de informações pessoais pode ter como consequência

1 Defende Salette Boff que “*A sociedade da informação (ou sociedade informacional, como prefere Castells), marca da atualidade, indica o atributo de forma específica de organização social na qual a geração, o processamento e a transmissão de informação se convertem nas fontes fundamentais da produtividade e do poder por conta das novas condições tecnológicas surgidas neste período histórico*”. In: BOFF, Salette Oro (coord.). *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018. p. 9. Merece destaque também a afirmação de Rafael Ferreira, segundo o qual “*Todos os estudos sobre a proteção dos dados pessoais levaram a concepção de um novo direito: a identidade informacional. Como qualquer outro direito da personalidade, esta sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana*”. In: FERREIRA, Rafael Freire. *Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação*. 2. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018. p. 120.

2 “*Com o crescimento exponencial do universo digital, haverá um aumento na produção e no tratamento de dados, o que impactará profundamente a relação entre consumidores, máquinas e empresas.*” In: MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2018. p. 90

3 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/18 (LGPD)*. Saraiva Educação: São Paulo, 2018. p. 13.

4 Afirma Carolina Braga que “[...] *as empresas que utilizam Big Data possuem cinco vezes mais chances de tomar decisões mais rápidas do que seus concorrentes e duas vezes mais chances de obter performance superior*”. In: BRAGA, Carolina Henrique da Costa. *A utilização do Big Data pelo Setor Público: possibilidades, riscos e desafios*. In: CAMARGO, Coriolano Almeida (Coord). *Direito digital: novas teses jurídicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 67.

5 Pierre Lévy, com seu otimismo característico, afirma que “[...] *estamos vivendo a abertura de um novo espaço de comunicação, e cabe apenas a nós explorar as potencialidades mais positivas deste espaço nos planos econômico, político, cultural e humano*.” In: LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. Editora 34: São Paulo, 2010, p. 11.

6 Aduz Patrícia Peck que “*Temos um déficit de segurança que precisa ser superado já de imediato, e precisamos ter cuidados cada vez mais intensos para evitar incidentes com as novas tecnologias que estão ainda se popularizando. As principais preocupações encontram destaque: (i) no aumento da exposição da intimidade das pessoas por meio da coleta de informações, (ii) na ausência ou redução do monitoramento ou controle de tais dispositivos pelos usuários e (iii) nos limitados mecanismos de segurança utilizados nos próprios dispositivos*”. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 361.

a geração de situações nefastas, como as previstas por George Orwell, ao criar a figura do “Big Brother”.¹

Sendo assim, a abordagem jurídica dos dados das pessoas, umbilicalmente relacionado à necessária garantia da privacidade, passou a ser tema de relevantes discussões jurídicas.² A União Europeia, de certa maneira vanguardista, estabeleceu, em maio de 2018, a chamada “General Data Protection Regulation (GDPR)”, visando a proteção dos dados pessoais dos cidadãos europeus. Sem dúvidas, essa legislação gerou fortes influências legislativas no mundo todo³, afinal, estabeleceu que as empresas europeias ficariam impedidas de negociar com empresas de países que ainda não possuíam legislações de proteção de dados semelhantes à GDPR. Aliás, esta era a situação vivenciada pelo Brasil à época.

Assim, em decorrência de um verdadeiro “efeito dominó”⁴ ocasionado pela GDPR europeia, foi promulgada no Brasil a Lei 13.709, em 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), visando a normatização do tratamento de dados, que até então era uma “terra sem lei”⁵ no país.

Não obstante as diversas leis esparsas que existiam anteriormente tratando sobre o tema, com destaque para a Lei 12.965/14, isto é, o Marco Civil da Internet, não existia, ainda, no país, uma normatização adequada à tutela de dados pessoais, fato que poderia inclusive criar uma nova barreira econômica ao Brasil no que se refere às relações econômicas com empresas europeias, além de tantas outras já existentes, como a corrupção, a burocracia e a alta carga tributária.

Assim, partindo de fato para a análise da LGPD, foi estabelecido, em seu artigo inaugural, a seguinte disposição normativa:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.⁶

Neste sentido, é evidente que veio a norma jurídica tutelar direitos fundamentais já previstos em mandamentos constitucionais, a saber, a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade humana. Ressalta-se que a proteção dos dados pessoais

1 ORWELL, George. 1984. Tradução Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. Companhia das Letras: São Paulo, 2009.

2 “Não existe pleno exercício do direito de acesso à Internet sem a garantia do direito à privacidade. Essa determinação, constante do artigo oitavo do Marco Civil da Internet, serve de guia para que se compreenda a importância da tutela da privacidade para o desenvolvimento da personalidade, para o exercício da cidadania e a sua fruição completa através das possibilidades criadas pela comunicação na rede.” In: SOUZA, Carlos Affonso (coord). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017. p. 19.

3 “Por certo, a regulamentação sobre a proteção de dados pessoais é um tema extremamente importante no momento atual da Sociedade Digital. Visto que se presta justamente a regular a atividade de tratamento de dados pessoais, que acabaram se tornando verdadeira “moeda” na Internet, além de compor a avaliação dos ativos de empresas digitais.” In: PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2016. p. 483

4 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/18 (LGPD)*. Saraiva Educação: São Paulo, 2018. p. 21.

5 COTS, Márcio e OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2018. p. 22.

6 BRASIL. Lei 13.709, de 14 de Agosto de 2018.

das pessoas naturais é um direito fundamental garantido em diversas legislações, em vários países.¹

Outro ponto que merece evidência no artigo 1º da lei é que a disposição normativa limitou sua proteção aos dados pessoais da pessoa natural, não estendendo a tutela às pessoas jurídicas. Assim, com notável caráter humanista, a legislação, visando não banalizar a proteção de dados, projetou-se à proteção das pessoas humanas, seres únicos e completos, totalmente suscetíveis às condições adequadas do ambiente² para que possam se desenvolver da melhor maneira possível.³

Entretanto, a característica mais importante da LGPD, para fins do presente estudo, é a expressa disposição de que a lei, protegendo os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, será aplicada contra o tratamento ilegal de dados pessoais praticado tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, seja esta de direito público ou privado. Ou seja, assim como o Código de Defesa do Consumidor, lei decorrente do dever fundamental de proteção do consumidor como agente constitucionalmente designado⁴, a LGPD trata de legislação que tutela direitos fundamentais de modo transversal, isto é, aplicável às relações jurídicas tanto de direito público quanto de direito privado.

Em verdade, a LGPD corrobora para o entendimento de que cabem às legislações infraconstitucionais a retirada da abstração das normas fundamentais, previstas na constituição, por meio da setorização nas legislações específicas, aproximando a norma das particularidades e, além disso, da tecnicidade dos fatos concretos, ou seja, da vida real, inundada em variáveis complexidades.

Dessa maneira, vale lembrar que a LGPD é uma legislação extremamente técnica, composta por uma porção de conceitos jurídicos técnicos necessários ao fim a que se destina (conforme previsto no artigo 5º da citada lei) e de itens de controle para assegurar a efetividade das garantidas defendidas pela norma. Sendo assim, a LGPD concretiza, de maneira mais bem definida, a proteção dos direitos fundamentais abstratamente tratados no artigo 5º da Constituição, garantindo, inclusive, a autonomia privada das pessoas, valor essencial à consagração do direito fundamental à liberdade.⁵

1 Segundo defende Stefano Rodotà, "a proteção de dados constitui não apenas um direito fundamental entre outros: é o mais expressivo da condição humana contemporânea." In: RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 21.

2 Afirma Martin Lindstrom que "*As marcas que gostamos, que compramos e com as quais nos rodeamos (e agora você já sabe que defino qualquer coisa como 'marca', das músicas em nossa playlists aos nossos sapatos, lençóis, pastas de dentes e quadros) têm o profundo dom de revelar quem somos.*" In: LINDSTROM, Martin. *Small Data: como poucas pistas indicam grandes tendências*. Tradução Rodrigo Peixoto. 1. Ed. HapperCollins Brasil: Rio de Janeiro 2016. p 211.

3 COTS, Márcio e OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2018. p. 54

4 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação*. Revista de Direito do Consumidor. v. 94

5 Corrobora com esse pensamento a afirmação de Bruno Zampier, segundo o qual "*a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é apta a suprimir a autonomia na perspectiva de um mundo digital, a fim de que possa se permitir não apenas a titularidade de bens digitais, mas também a proteção de dados pessoais quando da contratação de serviços em rede.*" In: LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*. Editora Foco Jurídico: Indaiatuba, 2017. p. 163.

Conforme se percebe, portanto, a LGPD, recente lei brasileira sobre direitos fundamentais, corrobora para a compreensão de que a proteção dos direitos fundamentais não pode ser limitada à atuação da pessoa natural frente ao Estado, em especial quando há pessoa em situação de vulnerabilidade, como ocorre com os indivíduos sujeitos ao tratamento ilegal de dados pessoais.

Não obstante, ao se considerar que a grande maioria das relações jurídicas envolvendo dados pessoais, no âmbito privado, são também relações de consumo, nítida está a situação de hipervulnerabilidade, que demanda maior atenção e, conseqüentemente, um âmbito de tutela mais intensificado.¹ Afinal, conforme defende Hoffman-Riem, “se George Orwell fosse reescrever ‘1984’, sob as atuais circunstâncias, provavelmente ele iria descrever um cenário de ameaças do setor privado e da economia.”²

Todos esses apontamentos dão pistas de que, de fato, a LGPD demonstra que as teorias da eficácia indireta e eficácia direta não são formas incompatíveis de tutela dos direitos fundamentais, afinal, havendo legislação específica tendente à proteção de direitos essenciais, não há razões para a aplicação tão somente, de maneira imediata e desmedida, das disposições constitucionais, sob pena de banalização do argumento jusfundamental. Obviamente, não havendo normatização setorial, de um direito que demonstra importância a ponto de ser julgado como fundamental, razoável será a aplicação direta e imediata da Constituição, pelo imperativo de tutela, tendo sempre como foco o epicentro do sistema jurídico, a saber, a promoção da pessoa humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o mencionado, é possível perceber que assim como outras leis de ordem pública, que visam regulamentar relações privadas, em especial tutelando pessoas em situação de vulnerabilidade, a LGPD surgiu como legislação relevante para evidenciar ainda mais a relativização da *summa divisio* público e privado posto que, conforme é uníssono na doutrina, todo o sistema jurídico deve se propor, na maior medida possível, à tutela da pessoa humana, independentemente do ramo jurídico analisado.

Sendo assim, verificou-se que diversas transformações sociais dão conta de que os direitos fundamentais devem ser aplicados, de fato, até mesmo nas relações entre pessoas particulares, posto que os poderes e os riscos de ameaça ou lesão aos direitos há muito não são monopólio estatal.

Como se não bastasse, ficou nítida a discussão a respeito da medida de aplicação dessas normas fundamentais perante particulares, ou seja, se devem ser aplicadas de maneira direta e imediata, pela subsunção das disposições constitucionais ao fato, ou se

1 Segundo aduz Bruno Bioni, “o titular dos dados pessoais amarga um (hiper)vulnerabilidade, o que demanda respectivamente, o seu empoderamento para emancipá-lo e a sua intervenção para assisti-lo” In: BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Forense: Rio de Janeiro, 2019. p. 274.

2 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22.

devem ser aplicadas de maneira indireta e mediata, por meio das legislações infraconstitucionais.

Dentro desse debate quanto à eficácia dos direitos fundamentais, destacou-se que as teorias não são incompatíveis entre si, ou seja, é possível fazer uma interpretação de complementariedade, sendo possível concluir que, em regra, posto que mais próximas das especificidades do caso concreto, cabem as legislações setoriais a previsão, detalhada, de mandamentos constitucionais, mesmo que diante de relações privadas. Todavia, não existindo esse regramento expresso, sob a ótica do imperativo de tutela, é necessária a aplicação direta e imediata da constituição, sempre com o foco de proteger a pessoa humana na maior medida possível.

Por fim, corroborando para esse entendimento, há tempos já defendido por boa parte da doutrina de direito do consumidor, evidenciou-se a nova LGPD como legislação infraconstitucional, direcionada às pessoas públicas e privadas, que tem como objetivos a tutela de direitos fundamentais. Em síntese, a LGPD reforça os argumentos expostos no presente trabalho, afinal, dentro da sua tecnicidade característica, deixa evidente que é um instrumento muito mais efetivo na tutela dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da pessoa humana do que a própria Constituição Federal, que prevê esses direitos fundamentais de forma altamente abstrata e genérica.

Em verdade, pelo exposto, têm-se pistas de que a LGPD concretizará ainda mais a relativização da *summa divisio* público e privado, surgindo no sistema jurídico como uma norma essencial para a tutela de direitos fundamentais em risco na atual sociedade da informação. Ademais, conforme destacado, a LGPD, de maneira expressa, prevê a sua aplicação até mesmo às relações entre privados, permitindo, ao Direito, mesmo diante da insana mudança social proporcionada pela sociedade da informação, cumprir o seu papel primordial de proteção da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2º ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In: Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/42/08-antoniojunqueira.pdf> Acessado em 24/04/2015.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999.
- BELL, Daniel. O Advento da Sociedade Pós-Industrial. São Paulo: Editora Cultrix, 1974.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Forense: Rio de Janeiro, 2019.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª. Reimpressão, Elsevier, 1992.
- BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOFF, Salete Oro (coord.). Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.
- BRAGA, Carolina Henrique da Costa. A utilização do Big Data pelo Setor Público: possibilidades, riscos e desafios. In: CAMARGO, Coriolano Almeida (Coord). Direito digital: novas teses jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BRASIL. Lei 13.709, de 14 de Agosto de 2018.
- CAMARGO, Coriolano Almeida (Coord). Direito digital: novas teses jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 5º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2012.
- CHAVES, Márcio Mello Chaves. Privacidade e segurança na era da internet das coisas. In: PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.). Direito Digital aplicado 3.0. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2018.
- COTS, Márcio e OLIVEIRA, Ricardo. Lei geral de proteção de dados pessoais comentada. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2018.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado. Revista de Direito Brasileira | vol. 1 | p. 101 | Jul / 2011, p. 106.
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- FERREIRA, Rafael Freire. Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação. 2. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

- GIDDENS, Anthony. O Mundo na Era da Globalização, Lisboa: Editora Presença, 2000.
- JAYME, Erik apud MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012
- LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens digitais. Editora Foco Jurídico: Indaiatuba, 2017.
- LÉVY, Pierre. Cibercultura. Tradução Carlos Irineu da Costa. Editora 34: São Paulo, 2010.
- LINDSTROM, Martin. Small Data: como poucas pistas indicam grandes tendências. Tradução Rodrigo Peixoto. 1. Ed. HapperCollins Brasil: Rio de Janeiro 2016
- LOCKE, John. apud. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Extratos do novo “Código Civil Y Comercial de la Nación Argentina” (Ley 26.994, de 07.10.2014) em matéria de proteção ao consumidor e nota introdutória. Revista de Direito do Consumidor | vol. 97/2015 | p. 427 - 446 | Jan - Fev / 2015.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010
- MAGRANI, Eduardo. A internet das coisas. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2018.
- MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014
- MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012
- MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. Revista de Direito do Consumidor. v. 94
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da justiça contratual. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista dos Tribunais | vol. 680 | p. 47 | Jun / 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014
- MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. IN: MARQUES, Cláudia Lima (coord.) A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. Revista dos Tribunais | vol. 779 | p. 47 | Set / 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do Direito no início do século XXI. Revista de Direito Privado | vol. 56 | p. 11 | Out / 2013
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. La frustracion del contrato. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1991
- NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. A função social dos contratos no novo código civil. Revista dos Tribunais | vol. 815 | p. 11 | Set / 2003.
- NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ORTEGA Y GASSET, José. A Rebelião das Massas. Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- ORWELL, George. 1984. Tradução Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. Companhia das Letras: São Paulo, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2016.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/18 (LGPD). Saraiva Educação: São Paulo, 2018.
- RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.
- SCHMITT, Carl. *apud* STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011

SOUZA, Carlos Affonso (coord). Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

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

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 2 | p. 1151 | Out / 2010