

CESED – CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO
UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

TALES FERNANDO SILVA BARBOSA

**A PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO
FUNDAMENTAL: O NÍVEL DE PROTEÇÃO ASSEGURADO AO CIDADÃO**

CAMPINA GRANDE – PB

2022

TALES FERNANDO SILVA BARBOSA

A PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: O NÍVEL DE PROTEÇÃO ASSEGURADO AO CIDADÃO

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico –
Apresentado como pré-requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito pela UniFacisa – Centro
Universitário.

Área de Concentração: Direito Constitucional, Direito
Digital.

Orientador: Professora da Unifacisa, Dra. Rafaela
Silva

ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO CESED – UNIFACISA/ESAC

DIRETORIA DO CESED

Diretora - Presidente: Gisele Bianca Nery Gadelha

DIRETORIA DA UNIFACISA/ ESAC

Diretor: Dalton Roberto Benevides Gadelha

COORDENAÇÃO DO SISTEMA DE BIBLIOTECAS DO CESED

Coordenadora: Aluílma Gomes do Nascimento

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico –
Apresentado como pré-requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito pela UniFacisa – Centro
Universitário.

APROVADO EM _//_____

BANCA EXAMINADORA:
NOTA DA ORIENTADORA:

Prof. da UNIFACISA,

NOTA DA AVALIADORA: _

Prof. da UNIFACISA,

NOTA FINAL:

A mim.

A minha família.

Aos meus amigos.

Aos meus professores.

A todos que me apoiaram.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe Nadege da Silva Dantas, e minha avó Ceci da Silva Camilo, por todo amor e carinho dado ao decorrer dos anos.

A minha família, pelo apoio incondicional aos meus estudos. A todos os professores que me auxiliaram até aqui. A todos meus colegas e amigos que me ajudaram e me apoiaram ao longo do curso.

Aos meus amigos João Pedrosa, Kaio César, Leticia Tertoliano, Yago Villela, Fabio Izalberti, Iele Passos, Alcenor Castelo Branco, Aline Paz Quintiliano, Rafael Meira, Italo Massa, Israel Bezerra, Italo Marchioti, Cinthya Souza, Miguel Oliveira, Lucas Celiberto, Adrianne Santana, Raissa Maisa, Maria Edilene Miranda, João Pedro, Romero Miranda, Samara Miranda, Romildo Gama, Dimitri Macedo, Thomas Roma, Mayara Alves e Wayne Nóbega, por me darem todo suporte necessário pra nunca desistir e seguir em frente acreditando.

“Receba sem orgulho. Deixe ir sem apego.”

(Marco Aurélio)

SUMÁRIO

Resumo	9
1. Introdução	10
2. Desenvolvimento.....	11
3. Objetivos.....	12
3.1. Objetivos Gerais e Específicos	12
4. Fundamentação Teórica.....	13
4.1. Conceituando E Identificando As Ferramentas Utilizadas Para A Eficácia Dos Direitos Fundamentais	13
4.2. A Proteção Aos Dados Pessoais Na União Europeia	17
4.3. A Proteção De Dados Pessoais No Sistema Jurídico Brasileiro	21
4.4. A Proteção De Dados Pessoais Como Um Direito Fundamental	24
5. Metodologia	29
6. Considerações Finais	30
7. REFERÊNCIAS	40

A PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: O NÍVEL DE PROTEÇÃO ASSEGURADO AO CIDADÃO

Tales Fernando Silva Barbosa¹

Prof^a Dra. Rafaela Silva²

RESUMO

Este artigo busca discutir sobre o estudo crítico no entorno do tema do direito à privacidade e à proteção aos dados pessoais contendo uma significativa importância para o meio jurídico. Realizando uma revisão bibliográfica, avaliando a eficácia do ordenamento jurídico quanto à privacidade e a proteção de dados, investigando as ferramentas que o cidadão pode-se valer para garantir seu direito. Em seguida será realizada uma análise de propostas já realizadas na União Europeia, como fonte de proteção aos dados pessoais a responsabilidade das empresas no tratamento dos dados e as políticas e procedimentos previstos em tratados e normas, além de uma contextualização histórica acerca da proteção de dados previstos e relacionados na legislação brasileira, desenvolvendo premissas específicas e analisando o reconhecimento da proteção de dados como direito fundamental, e os próximos planos da ANPD. A abordagem utilizada no desenvolvimento do artigo aconteceu mediante análises doutrinárias do tema, jurisprudências, e teses relevantes à matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de Dados. Direitos Fundamentais. Privacidade. Princípios. Constituição Federal. União Europeia. Indivíduos. Tecnologias. LGPD. ADPD. RGPD.

ABSTRACT

¹ Graduando do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Ciências Sociais Aplicadas – UNIFACISA. E-mail: talesfsilvab@gmail.com

² Professora Orientadora. Professora do curso de Direito da Unifacisa, na qual ministra as disciplinas de Direito da Propriedade Intelectual e Tópicos Avançados em Ciências Jurídicas e Sociais. Doutora (2014/2019), e Mestre (2013/2014) em Ciência da Propriedade Intelectual pela Universidade Federal de Sergipe, especialista em Gestão da Organização Pública (UEPB). Advogada da Fundação Parque Tecnológico da Paraíba (PaqTcPB) e da Incubadora Tecnológica de Empreendimentos Criativos e Inovadores (ITCG). Membro da Comissão Especial de Propriedade Intelectual do Conselho Federal da OAB e Secretária-Geral da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/PB. Coordenadora Acadêmica da Escola Superior de Advocacia em Campina Grande - ESA OAB/PB. Diretora Executiva do CIVITATIS Instituto de Tecnologia Aplicada às Cidades. Graduada em Direito desde 2007 e em Comunicação Social desde 2005 (habilitação Jornalismo) (UEPB). Tem experiência na área de direito, especialista em Propriedade Intelectual e Inovação e Divulgação Científica, na elaboração de Contratos e Convênios, temas do Direito Empresarial, Propriedade Intelectual, Ciência, Tecnologia e Inovação, Parques Tecnológicos e Terceiro Setor.

This article seeks to argue about the critical study surrounding about the right to privacy and the protection of personal data, having a significant importance for the legal environment. Conducting a literature review, evaluating the effectiveness of the legal system regarding privacy and data protection, investigating the necessary tools that citizens can use to guarantee their right. Then, it will have an analysis of proposals made in the European Union, like the source of protection for personal data, the responsibility of companies in the treatment of data and also the policies and procedures provided in treaties and standards, as well a historical contextualization about data protection. foreseen and related inside Brazilian legislation, developing specific premises and analyzing the recognition of data protection as a fundamental right, and the next plans ahead for the ANPD. The approach used to develop the article, it happened through doctrinal analysis, jurisprudence, and relevants theses about the subject.

KEYWORDS: Data Protection. Fundamental Rights. Privacy. Principles. Federal Constitution. European Union. Individuals. Technologies. LGPD. ADPD. GDPR.

1. INTRODUÇÃO

Os dados pessoais têm uma valiosa importância econômica, política, social atrelada, e, por muitas vezes, a população em geral sequer para pra pensar a sua destinação e a forma que é utilizada deste conteúdo pessoal. Muitas vezes tendo a possibilidade dos dados serem indevidamente utilizados por terceiros, com uma exposição abusiva, sem o conhecimento do titular que está sendo erradamente representado.

O acesso e utilização de dados pessoais da população dão margem a repercussões que afetam não só a economia, mas também a liberdade de manifestação, atacando a proteção pessoal e da privacidade do indivíduo, tocando em discussões com temas íntimos para o desenvolvimento humano como a posição política e as relações sociais. Portanto, a proteção destes dados pessoais é vista como um direito fundamental essencial.

Partindo dessa ideia, tende a necessidade de mecanismos que irão facilitar à pessoa deter conhecimento e controle sobre seus próprios dados. A preocupação do legislador não é recente. A ideia de proteção à intimidade e à vida privada é expressa no rol de garantias fundamentais da Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, além de legislações tais como o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da internet e a Lei Geral de Proteção de Dados. A LGPD tem como maior objetivo a transparência, estabelecendo medidas para que o

titular dos dados tenha um maior controle sobre suas informações, garantindo uma consulta mais fácil e acessível sobre a duração e a forma que está sendo tratada, e regras para efetivar a utilização e o tratamento dos dados. Mas como seria este tratamento? Ela parte de qualquer atividade tanto quando é relacionada ao tratamento dos dados garantindo propósitos legítimos e a boa-fé, quanto ao que envolver à duração de vida sendo elas: o compartilhamento, o uso, a guarda, sua coleta e sua exclusão. Lembrando que esta lei não protege somente os registros adquiridos por meios digitais, mas também abrange os por meios físicos.

As instituições e Órgão Públicos, assim como as empresas privadas deverão seguir as diretrizes estabelecidas, seja qual for a área de atuação, dando a devida importância no tratamento de dados. As penalidades incluem multa diária a bloqueio e a eliminação de dados, assim como uma advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas.

Com a evolução da tecnologia a internet ficou conveniente ao acesso à cultura e à democratização da informação, da valorização da diversidade e do processo de inclusão digital. Portanto é indispensável discutir sobre os problemas jurídicos decorrentes do uso intensificado e massificado da internet. Por ser relevante para o meio jurídico, é necessário uma análise crítica entorno dos direitos à privacidade e à proteção aos dados pessoais. É um dos desafios que as pessoas do ramo jurídico enfrentarão com a implementação da nova regulamentação de dados, mesmo sendo plausível ocorrer uma transformação de padrões em um curto espaço de tempo.

Neste contexto, esta pesquisa analisa os contornos jurídicos acerca da proteção de dados pessoais explorando o alcance de sua eficácia assegurada a população à nível de um direito fundamental, possibilitando assim, identificar novos meios de prevenir ações atentatórias referentes à privacidade do cidadão e à segurança jurídica de seus dados prevenindo à inviolabilidade destes que entidades públicas e privadas dispõem a respeito. Dentro deste desafio está também a configuração precisa do dano existente, far-se-á um estudo dos principais sistemas jurídicos, tendo leis e diretivas que abordam a proteção de dados pessoais como base, com o objetivo de responder a esses questionamentos. Com o reconhecimento deste preceito como direito fundamental aumenta a garantia de eficácia de proteção? Estariam os dados pessoais respaldados a partir do complexo normativo apresentado pelo legislador brasileiro? Essa proteção específica dos dados pessoais em nosso cenário legislativo será igual ao da União Europeia?

2. DESENVOLVIMENTO

É importante ressaltar que em hoje em dia as pessoas são reconhecidas em diversos relacionamentos não de uma forma direta, mas sim por meio da representação de sua personalidade, fornecida pelos seus dados pessoais, refletindo a íntima relação entre estes dados e a própria identidade. Devido muito ao exibicionismo exacerbado, onde os próprios usuários são induzidos ou então seduzidos a renunciar a privacidade, fornecendo valiosos dados pessoais, que dificilmente saberão a sua destinação, onde, por diversas ocasiões, terminam na violação, comercialização e publicação de dados, como o fazem as grandes corporações do Vale do Silício.

Com o aludido aumento em torno da informação de uma forma geral, a temática da privacidade passou a se estruturar, justamente por causa dela, especificamente ao se tratar sobre dados pessoais.

De todo modo, há certa escassez de estudos voltados à análise à proteção de dados. Isto dificulta a possibilidade de proporcionar um respaldo efetivo quanto à importância que o tema hoje está merecendo. Desta forma, seria dado o passo necessário para promover o estudo crítico no entorno do tema do direito à privacidade e à proteção aos dados pessoais contendo uma significativa importância para o meio jurídico.

3. OBJETIVOS

OBJETIVO GERAL

**AVERIGUAR A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE
E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ASSEGURADO AO CIDADÃO**

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Avaliar o nosso ordenamento jurídico pra entender quais ferramentas o cidadão tem para fazer valer a eficácia do seu direito a proteção de dados.
- Demonstrar propostas já realizadas na União Europeia fazendo-se um

comparativo com o sistema jurídico brasileiro.

- Expor a importância do preceito ter se tornado um direito fundamental exemplificando sua definição.
- Esclarecer os planos futuros da ANPD e como serão aplicados de forma prática no cotidiano.

4. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

4.1 CONCEITUANDO E IDENTIFICANDO AS FERRAMENTAS UTILIZADAS PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Buscando um melhor entendimento sob o estudo, vale ressaltar que o sistema jurídico brasileiro é denominado como um sistema de tese constitucionalista e de estrutura aberta, diversas vezes elencado no famoso art. 5º da Constituição Federal, classificados por normas-regra, que estabelecem no ordenamento jurídico sua devida segurança jurídica, e também por normas-princípio que deixam um lugar vago para ser complementado e assim poder desenvolver esse sistema com a jurisdição constitucional. E assim, protege-se o direito à privacidade e a proteção de dados que tanto é visto como norma-princípio, tanto como norma-regra, que irão ser utilizados para nortear na interpretação e na aplicação do direito fundamental, entendendo que regras têm mandados definitivos, com caráter de alta densidade normativa, pouco interpretativa, com a possibilidade de terem aplicação direta, podendo ou não ser cumpridas, e os princípios, por outro lado, é conceituado como mandado de otimização, não existe relação absoluta, passível de interpretações, cumpridos dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Previsto nos incisos X³ do art. 5º, e no inciso XII que será abordado mais a frente, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas tem caráter de regra, pela possibilidade de eficácia imediata, cabendo indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação. Mas também tem caráter de princípios,

³ Art. 5º

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; In BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.

conseguindo abranger as garantias em mais hipóteses do que se encontra no dispositivo constitucional.

Entendendo que os direitos fundamentais podem ser classificados tanto como regras, como princípios, é importante destacar que esses preceitos não são absolutos no ordenamento jurídico, e sim de caráter relativo, obedecendo às restrições impostas pelo próprio legislador. Isso se deve ao fato de que os direitos fundamentais serem variáveis. Aparecem conforme as novas necessidades da sociedade, que passa a se tornar algo essencial em suas vidas. Cristina Queiroz (2002, p. 48-50) fala que essas variáveis se coadunam com a noção de “perigo”, à medida que surgem novas ameaças ao homem e ao cidadão.

Os direitos fundamentais variam no espaço, isto é, segundo o “Estado Constitucional”; e no tempo, ou seja, de acordo com o período histórico no que concerne à distribuição de papéis do Estado no desenvolvimento jurídico. Não existe *numerus clausus* dos perigos, daí a origem da expressão “proteção dinâmica dos direitos fundamentais”, utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão, o que corresponde a uma tutela flexível, móvel e aberta de tais garantias. Assim, o caráter relativo dos direitos fundamentais desponta como uma medida essencial à “relativização cooperativa” desses preceitos, isto é, é necessária à conformação dessas garantias, segundo as exigências da sociedade e em observação às novas ameaças que surgirem.⁴ (QUEIROZ, Cristina 2002, p. 48-50)

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas parte de forma imediata, chamado de eficácia horizontal, trata-se da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas sem a necessidade de qualquer intervenção do legislador, permitindo uma efetiva concretização normativa dos próprios direitos, abrangendo Estado e particulares, configurando-se como o estatuto de princípios servindo para nortear toda a ordem jurídica.

Sustenta Ingo Wolfgang Sarlet, quanto aos direitos sociais prestacionais, que não se pode de imediato agastar a possibilidade de se exigir dos particulares a sua efetivação.⁵

Por diversas vezes, vemos variadas situações, em que nosso complexo cotidiano contemporâneo compreende relações jurídicas desiguais entre particulares, havendo a dominância de uma das partes. Segundo Daniel Sarmento:

Deveras, a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura de suas normas,

⁴ QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Op. cit., p. 48-50.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado. p. 154.

e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado apto a cimentar as suas partes e a informar o seu conteúdo.⁶ (SARMENTO, Daniel. 2003. p.71)

Os direitos fundamentais tem como efeito nessas relações predominantemente desiguais, proteger a liberdade e a dignidade da parte da mais fraca. Estaria assim os direitos fundamentais arruinando a liberdade das relações particulares? Costumeiramente, regulam as relações de poder público, mas em verdade, elas também irão ser aplicadas nas situações que partem de relações entre particular, incluindo, por exemplo, o direito à proteção do consumidor, o direito à proteção da privacidade e o direito à proteção dos dados pessoais, uma vez que há o perigo de serem transgredidos a liberdade e a autonomia dos particulares, haverá as situações que uma das partes não dispõe de autonomia, se encontrando dominado pela parte mais forte, de forma imediata.

Atualmente, depois de complexos debates, pacificou-se o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para tanto, ficou consignado na Lei Fundamental, que estes direitos estão vinculados diretamente aos poderes executivo, legislativo e judiciário, na condição de serem normas imediatamente aplicáveis.

A ideia de que os direitos devem alcançar essa eficácia, adveio da obra alemã *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, desenvolvida em 1956, por Günter Dürig em “A teoria da eficácia indireta ou mediata”. Em sua concepção, “para que o direito privado se submeta aos valores constitucionais, é necessária a construção de certas pontes representadas pelas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador”. Hans Carl Nipperdey seguia do mesmo pensamento, em argumento:

(...) os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações entre particulares, sendo desnecessária qualquer mediação legislativa ou qualquer “artimanha interpretativa” para serem aplicados. (...) Os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente a todas as relações entre particulares, o que significa, em termos concretos, que os indivíduos podem recorrer aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra atos de outros indivíduos ou de pessoas jurídicas.⁷(NIPPERDEY, Hans 2005, p.90)

No que se refere a esse tema, Nipperdey aborda às chamadas *cláusulas* gerais, chegando à conclusão de que entidades privadas, ao desrespeitarem os direitos nas relações privadas, e tentam se defender utilizando a contratos ou a cláusulas contratuais, todo esse

⁶ SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Relações Privadas. Lumem Juris, 2003. p.71

⁷ NIPPERDEY, Hans C. Boykott und freie Meinungsäußerung, Deutsches Verwaltungsblatt 73 (1958), p. 447 apud SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 90.

artifício fraudulento deverá ser considerado nulo, obrigando-as inclusive indenizar à parte mais fraca da relação jurídica pelos danos.

Trazendo para nossa jurisprudência, A Constituição brasileira já mostrou-se que é admitido a eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais. Destaca-se um trecho do relator, ministro Marco Aurélio, em seu voto:

Exsurge, na espécie, a alegada contrariedade ao inciso LV do rol das garantias constitucionais. Conforme ressaltado pela Procuradoria-Geral da República, os Recorrentes foram excluídos do quadro de associados da Cooperativa em caráter punitivo, tal como se depreende do acórdão atacada [sic] (folhas 245 a 249). O Colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos Recorrentes no sentido de serem julgados pela Assembléia da Cooperativa. A exaltação de ânimos não é molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurado da plenitude da defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não serem excluídos sumariamente do quadro de associados. (...) Fulmino o ato da assembléia da Recorrida que implicou na exclusão dos Recorrentes do respectivo quadro social, reintegrando-os, assim, com os consecutários pertinentes e que estão previstos no Estatuto da Recorrida⁸. (sic.AURÉLIO, 2007)

Nota-se que a garantia da ampla defesa, por ser de ordem pública, não é passível de transgressão em nenhum âmbito, nem em relações entre particulares. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem se curvando à teoria da eficácia direta ou imediata. Com isto, vemos de fato que as entidades privadas estão vinculadas também aos direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico brasileiro, visto na jurisprudência colacionada acima, tem-se a garantia de que o direito de proteção à privacidade encontra-se por diversas áreas do direito vinculando tanto o poder tanto o poder público como os demais particulares.

Mas quando falamos de alcance de um direito, se espera que este seja amplo e que não enseje conflitos com outros direitos, garantindo a proteção nas mais diversas situações da vida. Tomamos como exemplo o direito à privacidade, que se estende a proteger a intimidade, a vida privada, e também era dos dados pessoais, que até então não constava em nossa Constituição igual outros constituições de países da Europa, todos acobertados pelo inciso X do art. 5º que menciona a vasta abrangência do direito destes preceitos no rol de proteção indivíduo no ordenamento jurídico nacional. E isso acontece em nossa Constituição, por terem delimitação no âmbito de proteção, uma medida importante no ordenamento jurídico nacional, definindo a extensão a amplitude dele, e também ajudando o intérprete, buscando harmonia nos valores constitucionalmente protegidos. Gilmar Ferreira Mendes afirmou que

⁸ TJ-MA - AC: 114052005 MA, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 19/06/2007, SAO LUIS

“o âmbito de proteção de um direito fundamental abrange não apenas os pressupostos fáticos contemplados na norma, ou seja, o bem jurídico protegido pela garantia fundamental; mas também os tipos de agressão ou de restrição contra os quais se outorga a proteção.”

Ainda conceituando Gilmar Mendes, segundo ele, a amplitude da proteção e o bem jurídico devem ser identificados no início, comparando, e analisando com outras garantias da Constituição. Para isso, parte de uma interpretação sistemática dos direitos constitucionais, exigindo que o direito fundamental compreenda as realidades da vida, indicando os bens jurídicos a serem assegurados e a extensão da sua eficácia.⁹

De nada valeria um direito fundamental no ordenamento sem surtir efeito, devendo haver um comprometimento não só do Estado, mas em conjunto com a sociedade, tornando as normas programáticas eficazes na evolução de uma cidadania real.

Luís Roberto Barroso preceitua que:

a visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam. Sua dimensão prospectiva, ressalta Jorge Miranda, é também uma dimensão de ordenamento jurídico, pelo menos no Estado Social. (BARROSO, 1993, p. 111).¹⁰

Para melhor entendimento de um direito fundamental, primeiro deve-se identificar o que busca proteger, este seria o âmbito de proteção, e logo após averiguar o âmbito de garantia efetiva, que seria um balanceamento com outros valores constitucionais, considerando as intervenções restritivas impostas a ele, visando sua extensão de garantia, devendo estar previstas na própria Constituição.

4.2 A PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA

O avanço digital no nosso cotidiano tornou o tráfego de dados cada vez maior, mais fácil e habitual, porém tornando mais complexa a sua proteção, devido ao fato de não se ter uma previsão da utilização das informações pessoais, por quanto tempo poderia ficar armazenado, quem estava por trás utilizando eles. Precisava de um cuidado maior na regulamentação de dados, levando autoridades de diversos países a criar mecanismos legais

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos individuais e suas limitações**. Op. cit., pp 210-212

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro:Renovar, 2ª edição, 1993.

em seus ordenamentos que protegessem os dados pessoais, orientando ao cidadão comum a importância de seus dados, e elaborando sanções para ilícitos praticados na utilização deles.

No continente europeu, a proteção de dados vem sendo implementada a muito tempo. Foi no território alemão que a primeira norma de proteção de dados pessoais passou a valer, conhecida como a Lei do Land Hesse Alemão, de outubro de 1970. Esse caso alemão é um tanto emblemático na adoção de medidas acerca da proteção de dados, precedendo a adoção de uma lei federal. Isso se deve ao fato que na República Alemã, os responsáveis pelo cumprimento da lei em relação aos órgãos públicos são as legislações locais.

A Lei no Estado de Hesse baseia-se em sete princípios norteadores: o armazenamento e utilização de dados é proibida, a menos que fosse permitida pelo titular; apenas o titular poderia coletar os dados; os dados deveriam ser excluídos após certo período; apenas o mínimo de dados possível é permitido ser coletado; com finalidade de uso limitada somente para um propósito específico; ter total transparência com o titular dos dados sobre a coleta, o tipo, o uso e o tempo que será manuseado; por fim, por questão de necessidade. O estado de Rhineland-Palatine seguiria este mesmo preceito alguns anos depois, em 1974.

Embora seria mudado pela Lei Federal de Proteção de Dados em 1977, passando a ter âmbito nacional, e passando também assim a tutela do cadastro de informações constantes diversas vezes utilizadas por empresas. A princípio, legislações como essas tinham como maior objetivo proteger dados pessoais contra o abuso em seu armazenamento, transmissão, modificação e eliminação. Porém caiu em desuso com o avanço da sociedade e suas tecnologias, sendo promulgado em dezembro de 1990 uma nova lei¹¹ nacional, logo após uma decisão da corte constitucional em 1983 onde garantiu que a proteção de dados era constitucional, levando em conta que não mudou muito das previsões dispostas da lei anterior, essa lei de 1990 se destacou em relação ao bem jurídico protegido contra as potenciais arbitrariedades em relação ao armazenamento ou compartilhamento dos dados, LIMBERGER, 2007, p. 88-89), abrangendo todas as autoridades e instituições públicas, tendo como propósito a regulação do processamento de dados pessoais por agências e órgãos públicos, e também associações de direito privado que cumpriam tarefas da administração pública. Na República Alemã, a legislação federal é quem prevê regulamentação no âmbito das autoridades federais e órgãos privados.

Na França a primeira lei datando proteção de dados veio em 1978, a Lei 78-17, uma das primeiras do mundo (BELLEIL, 2002, p. 78), tratava de princípios e definições que já

¹¹ Berlin Data Protection Act (BlnDSG) – 1990.

eram vistas em diversos tratados internacionais, contemplando que os dados registrados deveriam guardar pertinência com a sua finalidade original. (LIMBERGER, 2007, p. 88-92). Também dizia o tempo de duração destas informações registradas, devendo ser mantidas apenas enquanto fosse útil. Por fim, a Lei 78-17 também prevê a exigência de disponibilização de instrumentos para a proteção dos dados sensíveis (LIMBERGER, 2007, p. 88-92), uma vez que resguardam as prerrogativas mais íntimas da personalidade da pessoa. Esta lei por si passava a dispor da coleta, da conservação e da utilização e manutenção dos dados.

Em Portugal, a proteção de dados também teve uma evolução gradativa. A Lei da Proteção de Dados na Constituição de 1976 foi um marco histórico, sendo pioneira a nível mundial ao reconhecer a proteção de dados pessoais como direito fundamental, elencado no artigo 35º garantia ao cidadão o direito à informação, ao acesso aos dados pessoais e à proteção desses dados. Tais garantias prevaleceram por muitos anos, demonstrando há anos um cuidado maior com os meios digitais. Quinze anos depois, em 29 de abril de 1991, é que a matéria passou a ser legislada, com a Lei 10/91, a chamada Lei de proteção de Dados Pessoais face à Informática. Ficou marcada por ser uma das primeiras a criar sanções para quem cometesse atos ilícitos no tratamento automatizado de dados pessoais de terceiros e também ficou marcada pela criação da Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais Informatizados, ou CNPDPI, a autoridade nacional para a matéria da proteção de dados. Em 1994 foi sancionada a Lei 28/94, que dava um reforço extra a proteção de dados, e atribuía agora o direito à informação e acesso aos dados pessoais à CNPDPI, que por sua vez apenas abrangia os ficheiros informatizados e não o tratamento de dados manuais, mesmo já aplicando ao setor público e privado.

Em 1995, foi criada no continente europeu a Diretiva 95/46/CE, denominada Diretiva Europeia de Proteção de Dados, ou só “A Diretiva” tinha como maior intenção a busca por uma uniformização sobre a proteção de dados nas legislações nacionais, de forma que todos os Estados Membros partilhassem da mesma matriz. Como resultado dessa universalidade, surge a Lei 67/98, 26 de outubro de 1998, quando A Diretiva foi recepcionada para o ordenamento português, inovou o regime jurídico por realizar o tratamento e a proteção aos dados manuais, com a designação da Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNPD.

A Itália inovou, com a Lei nº675 de dezembro do 1996, que agiu como um código da informação, onde garantia tutela das informações tanto da pessoa individual quanto da pessoa coletiva, o que não era visto nas diretivas europeias.

Atualmente podemos elencar que um modelo de proteção de dados pessoais é

representado pelos países europeus que transcreveram para seus ordenamentos as Diretivas europeias, conhecidas como diretivas sobre privacidade e as comunicações eletrônicas.

A definição de “dados” é do artigo 2º da Diretiva 95/46/CE se refere a qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável:

É considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social. (COMUNIDADE EUROPEIA, 1995).

Em especial a Diretiva 95/46/CE, a Diretiva Europeia 97/66/CE e a Diretiva 2000/58/CE. A Diretiva Europeia 95/46/CE passava a regular a proteção ao tratamento dos dados pessoais dos indivíduos e a livre circulação destes. Porém esta diretiva não alcançava a proteção dos indivíduos aos vícios e manipulações de seus dados, somente “permitir a livre circulação de dados (LIMBERGER, 2007, p. 66).

Já Diretiva Europeia 97/66/CE se divergia da antecessora, prevendo que os Estados-membros protegessem a confidencialidade das comunicações dos indivíduos contra o acesso de terceiros, com a exceção mediante autorização judicial. Mas sua maior mudança vinha do consentimento do usuário. Expressa no seu artigo 6º, os dados pessoais do usuário somente poderia ser usado em serviços de telecomunicações na hipótese estrita de haver consentimento deste. É uma medida importante na proteção da intimidade das pessoas que poderia servir de exemplo para o legislativo brasileiro.

Em 2018, entrou em vigor na Europa o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, denominado pela sigla RGPD. A atual RGPD é o resultado de toda essa evolução na legislação internacional, moldado com os interesses e desafios do mundo digital, contribuindo para um mercado único europeu de dados, substituindo as Diretivas, sendo publicado em abril de 2016, mas só foi aplicado a partir de 25 de maio de 2018, quando teve a sua implementação em todos os Estados Membros da União Europeia.

Essa substituição reflete melhor o progresso tecnológico e a globalização, maiores fatores para o aumento do tráfego e armazenamento de dados pessoais. Este crescimento no volume e diversidade de dados dispostos às vezes de maneira estruturada outras não, que causam impactos aos negócios no cotidiano das empresas foi denominado de Big Data, um mecanismo estratégico de análise, de uma maneira que possibilite extrair informações úteis para processos de decisão que digam respeito a indivíduos ou a grupos de pessoas.

A utilização deste mecanismo trouxe consigo múltiplas implicações epistemológicas e éticas, necessitando que as entidades busquem um tratamento melhor para estas grandes

quantidades de dados pessoais, respeitando o exercício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, que por muitas vezes essas garantias acabavam sendo violadas, devido a fato das empresas que não se adequavam as normas da RGPD, sofrendo sanções por extrair informações, e sem consentimento, desenvolver experiências com os dados pessoais dos utilizadores.

A RGPD ajudou ao Brasil na inspiração da Lei Geral de Proteção de Dados e tem como objetivo central de harmonizar a legislação dos Estados Membros, e adequar um enquadramento jurídico mais rigoroso, sem a necessidade de transporem para suas legislações, como era no caso das Diretivas, abrangendo todas as entidades que tratam dados no território da União Europeia.

4.3 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Numa análise atenuada no sistema jurídico brasileiro, a proteção de dados não se encontrava expressa de forma literal, exposta de forma clara, nem reconhecida como direito autônomo, se derivava bastante do que é visto no ordenamento europeu, em vez disso, era apresentado uma estrutura normativa complexa, abrangendo seu alcance e eficácia em diversos ramos dispersos, considerando riscos que a automatização faz para proteção das garantias constitucionais à personalidade, à privacidade, à liberdade e da intimidade da pessoa humana. Constatou-se que, mesmo a legislação carecendo de expressa previsão sobre o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, com o apoio de regras gerais encontradas já no ordenamento assegurando a eficácia deste direito.

Conforme evidencia Laura Schertel Mendes:

(...) vinculação resulta para o Judiciário não só o dever de guardar estreita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, especialmente dos direitos fundamentais seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre os particulares (MENDES, 2014, p. 35).

Para poder-se falar de novas propostas, vejamos antes uma evolução normativa. No Brasil podemos lembrar algumas leis com alcance isolado para proteger os dados e regular o uso delas. Nos anos 90, o Código de Defesa do Consumidor, com a Lei nº 8.078/90, previu o direito ao acesso as informações obtidas em fichas, cadastros, e todo consumo que fosse direcionado aos dados pessoais do consumidor, mas exigindo que este fosse informado da abertura do cadastro, embora não exigindo um consentimento para coletar estes dados. Na

mesma década, também teve a Lei nº 9.507/97 conhecida como Lei do Habeas Data, pelo rito de acesso e também pela correção de informações pessoais, onde todas as pessoas passaram a ter acesso às informações de dados pessoais que entidades públicas e que o Poder Público ou possuam. Na década seguinte, foi implementado no Código Civil Brasileiro o capítulo sobre os direitos a vida privada e da personalidade, e mecanismos para garantir a proteção destes direito. Firmada pelo Estado Brasileiro, em novembro de 2003, a Declaração de Santa Cruz de La Sierra, um documento da XIII Cúpula Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo, a luz do item 45, faz-se uma menção sob caráter de direito fundamental acerca da proteção de dados pessoais:

Estamos também conscientes de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas e destacamos a importância das iniciativas reguladoras ibero-americanas para proteger a privacidade dos cidadãos, contidas na Declaração de Antigua, pela qual se cria a Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados, aberta a todos os países da nossa Comunidade. A proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro não se estrutura a partir de um complexo normativo unitário. A Constituição Brasileira contempla o problema da informação inicialmente por meio das garantias à liberdade de expressão³⁵ e do direito à informação,³⁶ que deverão eventualmente ser confrontados com a proteção da personalidade e, em especial, com o direito à privacidade.¹²

Em seguida, um passo largo para a proteção de dados e a privacidade foi dado ao ordenamento jurídico, com a lei do Marco Civil da Internet, onde se passou a regulamentar a internet no Brasil e seu uso. Mas não era o bastante, pois se viu necessário compactuar esse complexo normativo, para que o acesso fosse facilitado a todos, ajudando no comércio e negócios com a Europa, surgindo assim, como meio alternativo ao Marco Civil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) se tornou um código específico para as normas de proteção de dados pessoais.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais define os dados pessoais como toda “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.”. Para efeito didático, são considerados dados pessoais desde seu nome, CPF e RG, até seu comportamento em redes sociais.

É uma área relativamente nova que veio ganhando um forte destaque em diversos sistemas jurídicos, virando uma tendência ser tratado hoje em dia como um direito fundamental, onde havia certo desequilíbrio. Tal desequilíbrio torna a proteção mais frágil, pela possibilidade perigosa da interpretação do aplicador não considerar o desrespeito a um

¹² CÚPULA IBERO-AMERICANA DE CHEFES DE ESTADO E DE GOVERNO. Declaração de Santa Cruz de La Sierra. Aprovada na XIII Cúpula Ibero-americana de Chefes de Estado e Governo, Santa Cruz de La Sierra, 2003. Disponível em: <<http://segib.org/documentos/esp/DeclaraciondeSantaCruz.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2019. Item 45.

direito de uma pessoa de forma direta, mas sim pela abusiva utilização de suas informações pessoais encontradas nos bancos de dados, divergindo-se da tutela da privacidade, constitucionalmente protegida. Tais leis reforçam a proteção da pessoa em relação a estas entidades que coletam e armazenam seus dados. Com o princípio da autodeterminação informativa, inserido na LGPD, visa garantir aos indivíduos autonomia sobre a produção e tratamento de seus dados pessoais. Por exemplo o direito de acesso aos dados coletados, de correção de dados incorretos, de solicitar a exclusão destes, etc. Empresas terão que se adequar a LGPD, e quanto ao “tratamento”, definido pela própria LGPD no seu art. 5º, inciso X¹³. Dessa forma, toda ação que se realiza com dados pessoais, tais como cadastro de clientes, catalogar compras, entre outras, se enquadram diretamente como “tratamento”, sendo objeto da LGPD, e ainda vale ressaltar que esse é um rol exemplificativo, que pode se expandir em caso de alguma outra ação que não esteja diretamente descrita.

Constantemente crescem casos de abuso escancarado de venda ilícita de dados pessoais de titulares, sem o devido consentimento destes, praticados não só por empresas privadas, mas também autarquias e entes públicos. Uma vez que a empresa não se adequa à LGPD, caberá o enquadramento e aplicação de sanções, pelo o tratamento irregular destes dados, afim de evitar o uso inadequado ou fraudulento dos dados pessoais.

Em janeiro 2021, houveram dois Megavazamento de dados de mais de 220 milhões de brasileiros. Este crime na época foi muito repercutido nas mídias tradicionais. Em um dos vazamentos, continham dados pessoais, que circulavam de forma gratuita na internet, incluindo uma tabela com dados de veículos, uma lista com CNPJs e até dados de falecidos. Já no outro vazamento, a informações expostas incluíam dados sensíveis, que era usado para comercialização em um fórum on-line.

Vale destacar aqui o caso de comercialização de dados pessoais de titulares¹⁴ por meio dos produtos oferecidos pelo site Serasa S.A. Nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo MPDFT, abordou que a empresa comercializava dados pessoais de brasileiros. A empresa informou que a comercialização não havia divulgado dados sensíveis dos titulares, reunindo informações públicas de natureza cadastral, fornecidas em situações cotidianas. A 2ª Turma Cível do TJDFT manteve, por unanimidade, a suspensão dos atos de comercialização

¹³Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; In BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.

¹⁴Para ler o acórdão por completo, disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1223323853/7497652920208070000-df-0749765-2920208070000>

de dados praticado pela empresa, pois embora o intercâmbio de informações seja lícito, o fato de dar tratamento específico aos dados sensíveis não excluiria a proteção aos demais dados pessoais. Informa a LGPD, que qualquer empresa que incluir em sua base informações de seus clientes, por mais básicas que sejam deve-se garantir a integridade dos dados. O desembargador relator, Cesar Loyola, ressaltou:

Contudo, a LGPD prevê que o consentimento pelo titular é a regra maior a ser observada para o tratamento de dados pessoais, tanto é que o § 4º do art. 7º, daquele dispositivo, prescreve textualmente – de forma a evitar dúvidas interpretativas – a dispensa do consentimento apenas para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular. (LOYOLA, Cesar, 2021)¹⁵

Ademais, ficou destacado na decisão que não se pode presumir que os dados comercializados sejam dados tornados manifestamente públicos, ainda que digam respeito a informações de natureza cadastral, logo, a comercialização dos dados pessoais sem o consentimento, ainda que não caracterizados como dados sensíveis, fere a legislação específica e uma possível violação também à privacidade, intimidade e a imagem das pessoas.

O Encarregado de Dados Pessoais foi uma inovação trazida pela LGPD, tendo a função de atuar como canal de comunicação para intermediar as solicitações dos titulares dos dados pessoais, com a pessoa natural ou jurídica responsável pelo tratamento destes dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Essa medida obriga as entidades públicas a darem ampla publicidade dos contatos do Encarregado de Dados Pessoais¹⁶, com a intenção de que não haja qualquer questionamento para quem direcionar tais solicitações.

Vai-se assim surgindo no ordenamento brasileiro o crescente interesse da proteção de dados pessoais na população. Um efeito importante, devido a omissão que havia em regulamentar a tutela deste, dando margem para o perigo à sociedade que cada vez mais tem informações mais íntimas manuseadas, armazenadas, violando o direito da dignidade. Conforme evidencia Laura Schertel Mendes, é bastante questionável que estes dados pessoais que foram armazenadas possam ser utilizados para fins de marketing direto ou avaliação de risco, sem o consentimento do titular, uma vez que isso viola o princípio da finalidade da proteção de dados pessoais. (MENDES, 2014, p. 98-99).

4.4 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

¹⁵Para ler o acórdão por completo, disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1223323853/7497652920208070000-df-0749765-2920208070000>

¹⁶ Previsão legal: LGPD, art. 5º, VIII/ Atribuições: Artigo 41, §2º, da LGPD

Como demonstrado anteriormente, a garantia de proteção de dados pessoais, sob lei federal autônoma, já apareciam em constituições na Europa desde o século passado, e também em países da América Latina, como Chile, Uruguai e México. Novas propostas para a proteção de dados foram aparecendo no nosso ordenamento jurídico, mas não havia ainda uma eficácia plena, que colocasse em prática, na vida cotidiana, forçando instituições privadas e entes públicos a diminuir ou cessar o uso indiscriminado de dados dos cidadãos. A promulgação da Lei de Acesso à Informação, do Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais entrando em vigor em 2020 trouxe grandes avanços no campo doutrinário e jurisprudencial, mas faltavam uma competência central legislativa, um mecanismo, tanto para servir para ajudar na proteção individual de cada cidadão, tanto para limitar as ações advindas do Estado, visto que múltiplas leis ordinárias locais¹⁷ sobre proteção de dados estavam começando a aparecer, podendo gerar conflitos e insegurança jurídica. Segundo o professor Ingo Wolfgang Sarlet:

O direito fundamental à proteção de dados assume particular relevância, pelo fato da existência de uma série de lacunas regulatórias, posto que a LGPD não contempla os setores da segurança nacional, segurança pública, investigação criminal, execução penal, apenas para citar os mais relevantes. Por tal razão, com o reconhecimento do referido direito fundamental, passa a inexistir uma "zona livre" de proteção dos dados pessoais na ordem jurídica brasileira.¹⁸

A proteção de dados passou a ser tão importante quanto os outros direitos fundamentais elencados nos incisos do Art. 5º da CF. O Supremo Tribunal Federal após cancelar a Medida Cautelar, distribuída pela Ministra Rosa Weber, relatora das ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, desbrucando o reconhecimento a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo, concedendo salvaguarda especial. Em julgamento de cinco ADIs em maio de 2020, o Tribunal suspendeu a eficácia da Medida Provisória 954/2020, na qual estabelecia que empresas de telecomunicações, no caput do seu 2º artigo, pudessem compartilhar com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística os números de telefone, os endereços dos consumidores de telefonia móvel e fixa e seus nomes. Durante o voto, Ministro Luiz Fux (2020, p.55) entendeu como: “que a proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos extraídos da garantia da

¹⁷ João Pessoa/PB (lei 13.697/19) e Cariacica/ES (lei 5.948/19)

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Consultor Jurídico

inviolabilidade da intimidade e da vida privada”.¹⁹

Porém, tal decisão monocrática surgiu de uma mera equiparação com o conteúdo normativo derivado do texto normativo do direito à privacidade, da cláusula de proteção ao sigilo, à dignidade da pessoa humana e da força normativa da proteção constitucional à intimidade. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Mesmo que se pudesse, como já o fizera o STF, reconhecer a proteção de dados como um direito fundamental implícito, daí extraíndo todas as consequências atinentes à tal condição, o fato é que sua positivação formal, em sendo o caso, carrega consigo uma carga positiva adicional, ou seja, agrega (ou, ao menos, assim o deveria) valor positivo substancial em relação ao atual estado da arte no Brasil.

(...)

como parte integrante da constituição formal, os direitos fundamentais possuem status normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional;²⁰

Com a criação de um texto constitucional, positivando o direito à proteção de dados pessoais na Constituição Federal, resultaria em uma proteção diferenciada, por serem inalienáveis e invioláveis, se tratando de cláusula pétrea gerando assim uma maior segurança jurídica, atraindo investimentos tecnológicos para o Brasil, contribuindo com os dispositivos já encontrados no ordenamento, como o Marco Civil da Internet e principalmente a Lei Geral de Proteção de Dados exigindo que empresas públicas e privadas se adequem ao tratamento de dados pessoais, garantindo à sociedade uma eficácia maior ao exercer seu direito fundamental.

Pensando nisso, a PEC 17/2019, de autoria do senador Eduardo Gomes e relatada pela senadora Simone Tebet, teve como objetivo alterar a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais. No dia 10 de fevereiro de 2022, o Congresso Nacional promulgou a EC 115/22, adicionando ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXIX.²¹

Desta forma, o Brasil se junta a outros países que elevaram a proteção de dados pessoais a status de um direito fundamental, sendo um dever privativo do Estado legislar sobre o tema, pois foi incluído os incisos XXVI²² e XXX,²³ respectivamente, aos artigos 21 e

¹⁹ Afirmação extraída durante o voto do Ministro Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387, página nº 55.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Consultor Jurídico

²¹ “Art.5º

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. In BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.

²² Art. 21. Compete à União: XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.

22 da Carta Magna, sendo uma das alterações do texto original, atribuindo a competência de organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, bem como legislar sobre a matéria.

Evidenciando a distinção entre proteção de dados e privacidade, que já era prevista no inciso XII²⁴, aumentando o grau de efeito sobre a proteção dos dados, que deixa de ser um mero desdobramento do direito à privacidade que está ligado ao princípio das comunicações, e passa a ter condição de um direito autônomo, devido ao acolhimento na forma de texto alternativo do deputado Orlando Silva na PEC, estabelecendo a proteção dos dados pessoais como direito individual em comando específico, ao invés de tratar no mesmo rol que garante ao cidadão a inviolabilidade de suas comunicações. Esta medida foi bem recebida por doutrinadores, “dada a sua relevância não apenas para a compreensão do conteúdo e alcance do direito fundamental à proteção de dados na CF, mas também para efeitos de seu diálogo com a legislação, jurisprudência e mesmo doutrina sobre o tema.”²⁵

A importância deste direito ser elevado ao grau de direito fundamental autônomo se deve ao fato do fortalecimento da garantia de uma vida digna, agindo com compromisso com os direitos humanos, englobando também a honra da pessoa natural, a sua privacidade, a sua personalidade e imagem, ainda mais com o avanço tecnológico e dos meios digitais. Nas palavras de Rodrigo Pacheco, presidente do Congresso Nacional²⁶:

A proteção dos dados pessoais dá-se, inclusive, nos meios digitais. O novo mandamento constitucional reforça a liberdade dos brasileiros, pois ele vem instalar-se em nossa Constituição em socorro da privacidade do cidadão. As informações pessoais pertencem, de direito, ao indivíduo e a mais ninguém. Sendo assim, cabe a ele o poder de decidir a quem esses dados podem ser revelados e em que circunstâncias, ressalvadas as exceções legais, como é o caso de investigações de natureza criminal realizadas com o devido processo legal.

Acredita-se que esta nova medida no ordenamento cria uma reserva de confiança e uma visibilidade maior junto a países que tenham esse alto nível de adequação ao tratamento de dados, potencializando a inovação e melhorias na economia digital pelo território nacional.

Alterações importantes foram realizadas na Emenda Constitucional 115/22, incluindo

²³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.

²⁴ Art. 5º

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996) In BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Consultor Jurídico

²⁶ Fonte: Agência Câmara de Notícias

a competência privativa da União legislar, fiscalizar e organizar sobre o tema, retirando do texto a previsão de criação de um órgão regulador sobre proteção de dados na forma de uma entidade independente, integrante da administração pública federal indireta e submetida a regime autárquico especial, concedendo autonomia plena atribuições legais a ANPD, encerrando por fim as discussões em torno de uma possível fragmentação das atribuições desta, oferecendo uma espécie de abrigo constitucional ao funcionamento do órgão público que tem a responsabilidade²⁷ de zelar, fiscalizar, implementar e monitorar o cumprimento da LGPD no Brasil.

Ressalta-se aqui o aperfeiçoamento que a emenda faz à Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Valorizando o seu importante papel que faz em uniformizar e na aplicação consistente da LGPD ao cotidiano das empresas e cidadãos, além de mudar a maneira como instituições privadas coletam, armazenam e disponibilizam informações de usuários.

Por ter autonomia decisória e técnica assegurada por lei, seu caráter é amplo e vai além de aplicar sanções e fiscalizar em caso de violação as leis de proteção de dados, também exercendo papel de natureza deliberativa, editando normas e diretrizes, orientando à população suas instruções normativas, pois ainda há lacunas e certa falta de informações na estrutura da LGPD.

Seu objetivo será na atuação da garantia de eficácia do direito fundamental à proteção dos titulares de dados pessoais, à liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, também na segurança jurídica aos agentes de tratamento na execução de suas atividades.

5. METODOLOGIA

A pesquisa que foi realizada no presente trabalho está classificada como estudo dedutivo, visto que, o objetivo do trabalho é proporcionar maior conhecimento juntamente com o problema, para assim tornar mais explícito. Para atingir os objetivos deste estudo, pretende-se primeiramente realizar uma revisão bibliográfica, avaliando a eficácia do ordenamento jurídico quanto a proteção de dados investigando as ferramentas que o cidadão pode-se valer para garantir seu direito.

Em seguida será realizado uma análise de propostas já realizadas na União

²⁷LGPD – Capítulo 9 - Artigo 55-J Competências ANPD

Européia, como fonte de proteção aos dados pessoais a responsabilidade das empresas no tratamento dos dados e as políticas e procedimentos previstos em tratados e normas. A pesquisa terá como método de abordagem o método dedutivo, uma vez que partirá de uma situação geral para o específico, e então, serão realizados comparativos com nosso sistema jurídico.

Concluído estes procedimentos, a pesquisa será apresentada baseada nos métodos de abordagem dedutivo, além do método histórico, pois, a pesquisa submergirá o estudo e a avaliação de informações disponíveis para explicar o modelo de paradigma eleito ao estudo, além de uma contextualização histórica acerca da proteção de dados previstos e relacionados na legislação brasileira, expondo a importância do preceito ter se tornado um direito fundamental exemplificando sua definição, esclarecendo os planos futuros da ANPD e como serão aplicados de forma prática no cotidiano.

O procedimento técnico será a revisão bibliográfica, na qual serão obtidos informações e contextos de livros, artigos, revistas e jornais para a realização da pesquisa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao falar de proteção de dados, é intrínseco falar sobre o direito à privacidade. Este, que já tinha garantia de um direito constitucional, contém um leque de proteção que abrange a intimidade, a vida privada, as comunicações de qualquer espécie, o domicílio, e também fazendo parte do seu âmbito à proteção aos dados pessoais.

O direito à privacidade, por ser um direito fundamental, exige do Estado implementar medidas que protejam a garantia desse direito, impondo a terceiros o respeito ao cidadão à sua intimidade e à sua vida privada, defendendo elas das intromissões do poder público e dos demais particulares que perturbem o livre desenvolvimento da personalidade.

Fica evidenciado a efetividade do direito à privacidade, também denominado direito à autodeterminação informativa, por visar garantir aos indivíduos autonomia sobre a produção e tratamento de seus dados pessoais. Daí que se têm a eficácia horizontal do direito fundamental, reforçando a segurança não apenas em face do Estado, mas também em relação a entidades privadas.

Denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, decorrência lógica do caráter objetivo dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, vinculando tanto

o poder público como os demais particulares de forma direta e aplicação imediata.

Porém, todo direito fundamental está sujeito a limitações, conhecido como âmbito de proteção, impõe restrições ao alcance de todo direito fundamental, e podem estar expressas no normativo constitucional, ou implícitas, na intenção de diminuir as colisões com outros direitos fundamentais. Por sua vez, também há limites para as restrições, sob pena de esvaziamento do próprio conteúdo.

Verifica-se então a efetividade do direito à privacidade, por ter status de norma constitucional e de cláusula pétrea são inalienáveis e invioláveis, podendo ser alterada apenas com o objetivo de ampliar e resguardar os direitos, gerando assim uma maior segurança jurídica. Porém a proteção dos dados estava apenas como um mero desdobramento desse direito à privacidade, ligado ao princípio das comunicações.

Um tema de grande importância econômica, política e social atrelada a ele merecia ter um grau de efeito maior, receber o reconhecimento de um direito autônomo, devido ao fato de que os direitos fundamentais possuem status normativo superior em relação a todo o ordenamento jurídico.

Foi com a preocupação do indevido armazenamento e utilização dos dados pessoais, e com a crescente exposição abusiva dos dados praticados por terceiros sem o conhecimento do titular, que culminou na mudança legislativa de países da União Européia e América Latina a criarem mecanismos legais em seus ordenamentos que protegessem os dados pessoais e na elaboração de sanções nos casos de atos ilícitos praticados na utilização deles.

De lá pra cá houve uma grande evolução gradativa nas normas, até ser substituída pela o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, denominado pela sigla RGPD, em 2018, refletindo melhor o progresso dos meios digitais e também do avanço da globalização, buscando uma harmonia na legislação dos Países Membros da UE, e uma melhor uniformização sobre a proteção de dados.

A RGPD inspirou na criação da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, visando garantir aos indivíduos autonomia sobre a produção e tratamento de seus dados pessoais, exigindo que empresas, público e privadas, se adequem ao tratamento correto, tendo a Autoridade Nacional de Proteção de Dados competência para aplicar sanções, fiscalizar e também editar normas as diretrizes.

Mas ainda assim, havia conflitos, visto que a LGPD não contemplava os setores da segurança nacional e segurança pública, contendo uma série de lacunas regulatórias. Adicionando ao fato que municípios e estados estavam vindo com suas próprias leis de

proteção de dados, gerando uma confusão na competência legislativa. Com o reconhecimento da proteção de dados no texto constitucional, tornando-o um direito autônomo, resultaria no fim desses conflitos, e gerando assim uma maior segurança jurídica.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 115/12, que adiciona direito à proteção dos dados pessoais, uniformizando o rol normativo e adequando dever privativo do Estado legislar fiscalizar e organizar sobre o tema, contribuindo de dispositivos que se encontravam no ordenamento, atribuindo a ANPD uniformizar e a aplicar a LGPD, garantindo a eficácia deste direito fundamental, reforçando na proteção dos dados pessoais do cidadão

Por fim, conclui-se que o reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental torna suficiente para sanar os problemas presentes na sociedade, restando apenas a ANPD diminuir as lacunas presentes na LGPD e aperfeiçoar as informações de sua estrutura e ao Estado o dever de implementar procedimentos necessários à salvaguarda desse direito fundamental de dados submetidos a qualquer espécie de tratamento. É certo que novas ações serão pleiteadas no futuro próximo, e agora o cidadão conta com um mais um direito inalienável e inviolável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993

BELLEIL, Arnaud. @-privacidade. O mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na internet. Lisboa; Instituto Piaget; 2001. 210 p. (Sociedade organizações, 33).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 6387. Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 24.04.2020, DJe 28.04.2020. p. 12.

In BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.

BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 6387 (Supremo Tribunal Federal), em 07 de Maio de 2020. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://redir.stf.jus.br/paginadorp>

ub/paginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D754357629&ved=2ahUKEwislbCfyZT0AhWSpZUCHdAwAacQFnoECAUQAQ&sqi=2&usg=AOvVaw1GB5tuMGU2F-_tHoJaR85E.

[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CÚPULA IBERO-AMERICANA DE CHEFES DE ESTADO E DE GOVERNO. Declaração de Santa Cruz de La Sierra. Aprovada na XIII Cúpula Ibero-americana de Chefes de Estado e Governo, Santa Cruz de La Sierra, 2003. Disponível em: <<http://segib.org/documentos/esp/DeclaraciondeSantaCruz.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

DONEDA, D. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 16 nov. 2021.

LIMBERGER, Têmis. O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

OEA. Pacto de San Jose da Costa Rica. Convenção Americana sobre Direito Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 30 jan. 2007.

NIPPERDEY, Hans C. Boykott und freie Meinungsäußerung, Deutsches Verwaltungsblatt 73 (1958), p. 447 apud SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 90.

PASSOS, Bruno Ricardo dos Santos. O direito à privacidade e a proteção aos dados pessoais na sociedade da informação: uma abordagem acerca de um novo direito fundamental, Bahia.: Universidade Federal da Bahia. 2017.

PINÃR MAÑAS, José Luis. El derecho fundamental a la protección de datos personales (LOPD). In: (Dir.). Protección de datos de carácter personal em Iberoamérica. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

PORTUGAL. Comissão Nacional de Protecção de Dados. Princípios sobre a privacidade no local de trabalho: o controlo do correio electrónico, dos acessos à Internet e das chamadas telefónicas dos trabalhadores. Lisboa, 29 out. 2002. Disponível em <<http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/principiostrabalho.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2007.

PUCCINELLI, Oscar. El habeas data em Indoiberoamérica. Bogotá: Temis, 1999.

QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RUARO, Regina Linden; **RODRIGUEZ**, Daniel Piñeiro; **FINGER**, Brunize. O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PRIVACIDADE, Paraná: Universidade Federal do Paraná. 2011

SARMENTO, Daniel. Direito **Constitucional e Relações Privadas**. Lumem Juris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Consultor Jurídico, 11 de março de 2022, 8h00

“Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In: **SARLET**, Ingo Wolfgang (org.) A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado, 2000.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)..

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

UNIÃO EUROPÉIA Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da

privacidade no sector das telecomunicações. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Portugal, 30 jan. 1998. no L 24, pp. 1-8.