

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

HELENA LANE SOUSA QUEIROS

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE SOBRE O DIREITO
FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

São Paulo

2022

HELENA LANE SOUSA QUEIROS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no
Curso de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR(A): DENISE NEVES ABADE

São Paulo

2022

HELENA LANE SOUSA QUEIROS

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE SOBRE O DIREITO
FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no
Curso de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

Aprovad(o)a em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Creio que começar este capítulo foi tão difícil quanto passar meses estudando a fundo sobre o tema do trabalho de conclusão de curso, pois é extremamente difícil escrever ou mensurar o que foram os últimos cinco anos em algumas laudas, então peço desculpas de forma antecipada se eu esquecer de mencionar alguma pessoa.

Aos meus pais, Paulo Henrique e Sandra, aos meus irmãos, Aline e Elanio, meus mais sinceros agradecimentos por terem me apoiado desde o primeiro momento que decidi prestar o vestibular e cursar a faculdade de Direito. Sabíamos desde o princípio que conseguir arcar com os custos de um ensino superior seria difícil, mas com muita determinação e estudo fui agraciada com uma bolsa integral em uma universidade que ia além do que eu podia imaginar para mim em meados de 2015.

Ao Mackenzie, eu somente tenho a agradecer por tudo que me proporcionou: grupos de estudos e pesquisas, competições de Processo Civil, monitoria, handebol, rugby, Bota Foras, Bota Dentros, JJE's, Integramix, e acima de tudo, as inúmeras amizades que nasceram dentro e fora dos tijolinhos vermelhos da faculdade de Direito.

Aos meus filhos de quatro patas, Antônio, Leão e Pandora, eu sei que vocês não irão conseguir ler estes agradecimentos, mas se pudessem, queria deixar registrado que vocês três foram responsáveis por me fazer crer que direitos vai além da condição do animal pessoa.

Ao meu companheiro Gabriel Aron, te agradeço por todo suporte emocional que você me propôs nesta reta final de graduação, ao incentivo dado aos meus estudos e sonhos profissionais, bem como pela empatia comigo neste último semestre. Essa conquista também é sua.

A minha orientadora, Denise Neves Abade, muitíssimo obrigada por todo suporte e dedicação para comigo e meu tema. Você foi essencial em fazer com que eu não me perdesse em momentos que eu achava que não ia dar conta.

Assim, encerramos mais um ciclo, porque a vida é feita disso – de ciclos.

- YHLQMDLG

Bad Bunny

RESUMO

O presente estudo visa discutir a importância jurídica que a emenda constitucional 115/2022 (antes PEC 17/2019), publicada em 10 de fevereiro de 2022, traz ao ordenamento nacional, bem como os fatos jurídicos que ocorreram para que tal proposta de emenda fosse discutida no país. A emenda tem por objeto incluir na Constituição Federal a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º, bem como fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. O Brasil já tratava o direito fundamental de proteção a dados e informações pessoais antes mesmo da publicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) em 2018, utilizando outros direitos e garantias fundamentais para estender os efeitos jurídicos de proteção a vida íntima e segura do indivíduo, como os elencados nos incisos X e XII, do artigo 5º, da CF.

PALAVRAS CHAVES: Proteção de Dados Pessoais, Direito Fundamental, EC 115/2022

ABSTRACT

This study aims to discuss the legal importance that the recently issued Emenda Constitucional 115/2022 (formerly PEC 17/2019), published on February 10, 2022, brings to the national order, as well as the legal facts that occurred for such amendment proposal to be discussed in the country. The amendment aims to include Personal Data Protection in the Federal Constitution among the fundamental rights and guarantees listed in Article 5, as well as to establish the Union's private jurisdiction to legislate on the protection and processing of personal data. Brazil already dealt with the fundamental right of protection to personal data and information even before the publication of the Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) in 2018, using other fundamental rights and guarantees to extend the legal effects of protection to the intimate and safe life of the individual, such as those listed in subsections X and XII, of Article 5, of the Brazilian Federal Constitution.

KEY WORD: Personal Data Protection, Fundamental Right, EC 115/2022

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. A DISTINÇÃO ENTRE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

1.1. TEORIA DO *STATUS* E TEORIA DAS GERAÇÕES

1.2. CONCEITO DE PRIVACIDADE

2. PANORAMA INTERNACIONAL: O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO INTERNACIONAL

3. PANORAMA NACIONAL: A ARQUITETURA NORMATIVA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL ANTES DA EC 115/22

4. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO:

4.1. ASPECTOS GERAIS DA LGPD E A ADIN N. 6.387/DF

4.2. EMENDA CONSTITUCIONAL 115/2021 – PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO GARANTIA FUNDAMENTAL.

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de uma pesquisa sobre a construção jurídica da Emenda à Constituição 115/2022, que inclui a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e fixa a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais, bem como os fatores jurídicos internacionais e nacionais que foram essenciais para que proteção de dados pessoais fosse incluída na Constituição Federal como direito e garantia fundamental

A proteção dos dados pessoais alcançou um status sem igual na sociedade tecnológica, feita a partir da introdução do uso da tecnologia da informática e da ampla digitalização, que afetou todas as esferas da vida social, econômica, política e cultural contemporânea no Mundo.

Como resultado, o Direito, enquanto estrutura organizacional e quadro normativo regulamentar destas áreas e respectivas relações, não podia deixar de ser convocada para lidar com o fenômeno, cuja dinâmica e complexidade, por outro lado, põem à prova a capacidade das ordens jurídicas convencionais (tal como aqui definidas em termos amplos, internacionais e nacionais).

Assim, tendo em vista que estamos inseridos nesta sociedade tecnológica e de ampla digitalização, que constantemente necessita que o sujeito esteja conectado, tem impactado não apenas a necessidade do direito positivo, como a LGPD ou o GDPR, mas também a Administração Pública e os Tribunais de Justiça, que são compelidos a encontrarem soluções suficientes para dar de conta dos problemas concretos que esta sociedade tecnológica os submete.

Diante desse dilema, questiona-se: Qual a importância da proteção de dados como direito fundamental? Por que há necessidade de incluir esta garantia se a Constituição Federal já assegura o direito à privacidade do indivíduo? Existem países que já possuem essa constitucionalização? E, finalmente, o que muda no ordenamento brasileiro contemporâneo?

O processo de metodologia empregado no presente trabalho é o indutivo – dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas de estudiosos do tema de proteção de dados, direitos humanos e direito internacional, tais como, mas não se limitando, André de Carvalho Ramos, Alessandro Hirata, Bruno Bioni, Danilo Doneda, Paulo Marcos Rodrigues Brancher dentre outros que foram usados como referência para que a análise proposta conseguisse ser realizada.

Além do mais, se foi empregado o meio de abordagem qualitativa de aspectos jurídicos no campo do direito internacional e direito nacional (antes da EC 115/2022). Tendo por objetivo explorar a construção do direito fundamental à proteção de dados no Brasil.

A pesquisa foi dividida em quatro blocos, sendo a primeira destinada a esclarecer a diferença conceitual entre privacidade e proteção de dados, bem com a formação que cada direito teve, se atendo inclusive aos aspectos sociais e jurídicos que eles tiveram.

O segundo bloco é destinado a explorar a construção do direito fundamental de proteção de dados no cenário internacional, e o seu impacto na construção da legislação sobre proteção de dados no Brasil. O terceiro bloco abordará a forma como a proteção de dados pessoais foi implicitamente positivada e vinculada ao direito à autodeterminação informativa.

Por fim, o último bloco tratará de analisar as questões gerais sobre os direitos do titular de dados, na LGPD, e a inédita decisão da Suprema Corte sobre o caráter autônomo que proteção de dados e autodeterminação informativa possuem, que foram essenciais para que a PEC 17/2019 resultasse na EC 115/2022.

Capítulo 1. A distinção entre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais

Privacidade e proteção de dados pessoais são distintos em diversas formas, desde a sua origem, seu objeto, o tipo de esfera de proteção que oferecem ao titular até a previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Neste primeiro capítulo, trataremos de expor a diferença entre esses dois direitos quanto a sua origem.

De imediato, é importante destacar que a origem do direito à privacidade vai muito além das teorias expostas abaixo, estudiosos já encontraram questões jurídicas sobre o direito a privacidade na Grécia Clássica e China antiga¹. Este trabalho irá focar nessas duas teorias por observar que elas coadunam com a evolução do direito à privacidade, ou seja, o direito que o indivíduo possui em relação a não interferência pelo Estado na sua vida privada. No mais, deve-se compreender a privacidade não apenas com a visão de não interferência do Estado na vida do indivíduo, mas também como o poder de se reivindicar ao Estado a tutela dessa privacidade, protegendo o indivíduo de terceiros²

1.1. Teoria do *Status* e Teoria das Gerações e sua relação com o direito a privacidade

A primeira teoria, denominada de Teoria do Status, foi desenvolvida por Georg Jellinek (1851-1911) em meados do séculos XIX e tem por objeto demonstrar a relação do indivíduo com o Estado. A segunda teoria, denominada de Teoria das Gerações, foi desenvolvida pelo francês Karel Vasak (1929 – 2015) em 1979, e tinha por finalidade classificar os direitos humanos em três gerações (cada uma

¹ Doneda, Danilo. Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – pág.113

² HIRATA, Alessandro. Direito à privacidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-2/direito-a-privacidade> acesso em 17.05.2022

delas ligada as características da Revolução Francesa)³.

Na primeira situação, Jellineck pontua que o indivíduo encontra-se em um estado de submissão, que foi denominado **status passivo**⁴, surgindo nesta primeira situação os deveres do indivíduo que devem contribuir para o atingimento do bem comum.

Na segunda situação, que é pilar para o desenvolvimento do direito à privacidade, o indivíduo possui o **status negativo**, que é o conjunto de limitações à ação do Estado voltado ao respeito dos direitos do indivíduo. Nas palavras de André Ramos *o indivíduo exige respeito e contenção do Estado, a fim de assegurar o pleno exercício de seus direitos na vida privada. Nasce um espaço de liberdade individual ao qual o Estado deve respeito, abstendo-se de qualquer interferência. Jellinek, com isso, retrata a chamada dimensão subjetiva, liberal ou clássica dos direitos humanos, na qual os direitos têm o condão de proteger seu titular (o indivíduo) contra a intervenção do Estado. É a resistência do indivíduo contra o Estado. Ao Estado cabe a chamada prestação ou obrigação negativa: deve se abster de determinada conduta, como, por exemplo, não matar indevidamente, não confiscar, não prender sem o devido processo legal etc*⁵.

A terceira situação é denominada status positivo (status civitatis) e consiste no conjunto de pretensões do indivíduo para invocar a atuação do Estado em prol dos seus direitos. O indivíduo tem o poder de provocar o Estado para que interfira e atenda seus pleitos. A liberdade do indivíduo adquire agora uma faceta positiva, apta a exigir mais do que a simples abstenção do Estado (que era a característica do status negativo), levando a proibição da omissão estatal.

A quarta situação é a do status ativo (status activus), que consiste no conjunto de prerrogativas e faculdades que o indivíduo possui para participar da

³ A autores que pontuam que existem mais de 3 gerações, como o Ministro do STF Gilmar Mendes.

⁴ RAMOS, André de C. Curso de Direitos Humanos. Editora Saraiva, 2019. Pág. 57. Acesso em: 18 mai. 2022.

⁵ RAMOS, André de C. Curso de Direitos Humanos Editora Saraiva, 2019. Pág 57 e 58. Acesso em: 18 mai. 2022.

formação da vontade do Estado, refletindo no exercício de direitos políticos e no direito de aceder aos cargos em órgãos públicos

O status negativo da Teoria de Jellinek fomenta o direito do indivíduo à privacidade, a não interferência do ente estatal. Esse status ganha mais força com o fim das Grandes Guerras Mundiais, principalmente com a ascensão dos regimes totalitários, de modo que é inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 12⁶:

Artigo 12

Ninguém será sujeito à **interferência na sua vida privada**, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. **Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques** (grifos meus)

Observem que a construção do artigo 12 acima demonstra o status negativo do indivíduo e a prestação negativa do Estado perante o direito a privacidade.

De forma muito semelhante, a Teoria das Gerações do francês Karel Vasak, que bebe das revoluções liberais do século XVIII na Europa e Estados Unidos, dispõe que a primeira geração trata dos direitos de liberdade do indivíduo, direitos como a igualdade perante a lei, intimidade e segurança, estes direitos também são denominados de Direitos Individuais, que são um conjunto de direitos cujo conteúdo impacta a esfera de interesse protegido de um indivíduo⁷.

Como se vê uma teoria complementa a outra no que tange ao direito da privacidade, isto porque, os direitos de liberdade do indivíduo ocupam um *status*

⁶ <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, acessado em 17.03.2022

⁷ André de Carvalho Ramos trata os Direitos Individuais e os direitos de primeira geração como sinônimos, para o autor eles *representam os direitos clássicos de liberdade de agir do indivíduo em face do Estado e dos demais membros da coletividade. Representam direitos tanto a ações negativas do Estado (abstenção de agir do Estado) quanto a ações positivas (prestações)*. Ramos, André de C. Curso de Direitos Humanos, (8th edição). Editor, a Saraiva, 2020.

negativo frente ao Estado, este por último, atua com *prestações negativas* frente ao indivíduo detentor de direitos.

Enquanto o direito a privacidade se originou em períodos de Revoluções políticas, bélicas e sociais, enquanto o direito a proteção de dados pessoais nasceu posteriormente, na era da Revolução Tecnológica, na ultra captura, processamento e armazenamento de grande volume de *dados* (Big Data) e *informações*⁸ em *banco de dados*, que passaram a possuir um alto valor comercial na sociedade digital, nas palavras de Gabriela Machado Vergili *a preocupação com a proteção de dados pessoais deriva da percepção da amplitude e potencialidade de controle e manipulação sobre a sociedade e o mercado que este tipo de dado oferece*⁹.

Ainda na esteira das teorias apontadas inicialmente, vemos que o direito a proteção de dados pessoais confere aos titulares de direito um status positivo, ou seja, o titular dos dados pessoais vai até o Estado e invoca que o mesmo atue em prol dos seus direitos (ou seja, o tratamento que ocorre com os dados pessoais coletados), dando a eles o controle sobre a coleta e o processamento dos dados que lhe digam respeito¹⁰. De todo modo, *seja na literatura jurídica, seja na legislação e jurisprudência, o direito à proteção de dados vai além da tutela da privacidade, cuidando-se, de tal sorte, de um direito fundamental autônomo, diretamente vinculado à proteção da personalidade*¹¹.

1.1. Conceito de Privacidade

A proteção de dados pessoais é definida pelo regulamento europeu como uma *informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável*¹². Tal

⁸ Importante pontuar a diferença entre ambos: a) Dados: são incontáveis, símbolos que ainda não possuem tratamento; b) Informações: são dados que passaram por tratamento, podendo agora ser lidos; c) Banco de dados: são o conjunto de informações organizadas segundo uma determinada lógica

⁹ <https://dataprivacy.com.br/analise-comparativa-entre-direito-a-privacidade-e-direito-a-protecao-de-dados-pessoais-e-relacao-com-o-regime-de-dados-publicos-previsto-na-lei-geral-de-protecao-de-dados-2/>. Acessado em 19.03.22

¹⁰ BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais: Grupo GEN, 2020. Acesso em: 19 mar. 2022. Capítulo 2 – Fundamentos Constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados.

¹¹ BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais: Grupo GEN, 2020. Acesso em: 19 mar. 2022. – Capítulo 2 – Fundamentos Constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados.

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679#d1e1554-1-1> acesso em

conceito é amplamente utilizado por legislações distintas da europeia, como a LGPD no Brasil, por exemplo. Enquanto a proteção de dados possui amplo conceito, o termo privacidade ainda não encontrou uma definição âncora, que reflita uma consolidação do seu tratamento semântico¹³.

Para Danilo Doneda a dificuldade em definir um conceito de privacidade reside nas particularidades do ordenamento de cada sociedade, tais como a *privacy* norte americana, o *derecho a la intimidad* na Espanha, a *integritet* da Suécia (que compreende a noção pela qual as pessoas têm o direito de serem julgadas de acordo com o perfil completo e fiel da sua personalidade), até mesmo a doutrina brasileira utiliza diversos termos para se referir a privacidade, tais como, vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, privacidade, dentre outros¹⁴ (trabalharemos mais a frente o motivo pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro optou, em seus incisos X e XII se referir a privacidade usando os termos vida privada, intimidade e sigilo).

Tercio Sampaio Ferraz Junior conceitua o direito a privacidade como um direito subjetivo, que manifesta sua estrutura através dos seguintes elementos: a) sujeito: titular de direitos disposto no art. 5º da CF; b) o conteúdo: é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão, e o c) objeto: a integridade moral do sujeito¹⁵.

Danilo Doneda, afirma que o direito a privacidade não pode ser enquadrado como um direito subjetivo:

A imensa dificuldade em enquadrarmos a privacidade em uma concepção

17.05.2022

¹³ Doneda, Danilo. Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – pág.101

¹⁴ Doneda, Danilo. Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – pág.101 e 102

¹⁵ Ferraz Junior, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: O direito a Privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Acessado em 19.03.2022

coerente e unitaria já é, por si só, um motivo para que ela não seja concretizada como um direito subjetivo...a privacidade possui um caráter relacional, que deve determinar o nível de relação da própria personalidade [do indivíduo] com as outras pessoas e com o mundo exterior – pela qual a pessoa determina sua inserção e exposição¹⁶

Stefano Rodotà, propõe a seguinte definição para o direito a privacidade: é o direito de manter controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada¹⁷.

Entretanto, o conceito de direito a privacidade mais difundido foi o utilizado no artigo *The Right to Privacy* elaborado pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandels, publicado no final do século XIX, no qual o direito a privacidade iria além da proteção de uma pessoa e sua propriedade (como dispõe a quarta emenda da Constituição dos EUA), para abranger um direito de ser deixado em paz, garantindo a possibilidade de uma separação entre o si e o mundo exterior, existindo assim um pacto societal, que pontua o respeito aos nossos corpos e propriedades, reconhecendo o direito a integridade de quaisquer produtos de nosso intelecto e de nossas emoções¹⁸. Muitos autores veem problemas na utilização da definição do direito a privacidade elaborado pelos advogados americanos, Danilo Doneda, por exemplo, pontua que o artigo é mero reflexo de como a sociedade norte americana e o sistema capitalista se encontravam¹⁹, na qual buscava-se fundamentação diversa para se desvinciliar o direito da proteção da privacidade com o direito a proteção da propriedade²⁰.

O ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, optou por utilizar a teoria das

¹⁶ Doneda, Danilo. Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – pág.134

¹⁷ Stefano Rodotà. *Tecnologie e diritti*, pág. 122 e 123.

¹⁸ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/the-right-to-privacy/>>. Acessado em 19.03.2022

¹⁹ As questões sociais e capitalistas que o autor pontua são: (i) as mudanças trazidas para a sociedade pelas tecnologias de informação (jornais, fotografias) e a comunicação de massa, fenômeno que se renova e continua moldando a sociedade futura; (ii) abertura de espaço para o reconhecimento de constitucional garantido. Doneda, Danilo. Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – pág.128

²⁰ Doneda, Danilo. Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – pág.127

esferas (Sphärentheorie do direito alemão)²¹ para conceituar o direito a privacidade. A teoria divide a noção de privacidade em três esferas chamadas de Privatsphäre, Intimsphäre e Geheimsphäre (esfera privada, íntima e secreta). Na primeira, a esfera privada, estão contidas as outras duas esferas. Nela se encontram aspectos da vida da pessoa excluídos do conhecimento de terceiros. Aproxima-se, de certa forma, da noção de privacidade ou privacy²².

A esfera íntima é a segunda, intermediária às outras duas, contendo os valores do âmbito da intimidade, com acesso restrito a determinados indivíduos com os quais a pessoa se relaciona de forma mais intensa. Por fim, a menor e mais interna esfera, a do segredo, referindo-se ao sigilo. Desse modo, quanto mais interna for a esfera, mais intensiva deve ser a proteção jurídica da mesma²³, entretanto, esta teoria tem suas limitações, pois é extremamente difícil definir quando uma esfera começa e outra termina.

Para este trabalho, iremos usar como conceito de direito a privacidade o proposto por Stefano Rodotà, pois ela traz consigo um controle ao titular de direito sobre suas próprias informações (leia-se aqui informações como informações pessoais), pontuando assim como o titular de direito irá construir sua própria esfera privada.

Capítulo 2. Panorama Internacional: o direito fundamental de Proteção de Dados Pessoais no Direito Internacional

²¹ GÖTTING Horst-Peter, SCHERTZ Christian, SEITZ Walter. Handbuch des Pers önlichkeitsrechts.

²² HIRATA, Alessandro. Direito à privacidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-2/direito-a-privacidade> acesso em 17.05.2022

²³ HIRATA, Alessandro. Direito à privacidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-2/direito-a-privacidade> acesso em 17.05.2022

Mesmo ocupando hoje um espaço de grandes discussões a proteção de dados pessoais não é novidade para muitos ordenamentos jurídicos no mundo²⁴, pelo contrário, existem países que já alçaram a proteção constitucional à este direito, seja por legislações setoriais (como o caso dos Estados Unidos e França) ou por legislações gerais (como o Regulamento Geral de Proteção de Dados, na Europa, e a Lei Geral de Proteção de Dados, no Brasil).

O continente europeu, por questões históricas e políticas, foi pioneiro na construção de um sistema jurídico de proteção de dados²⁵, de forma mais exata, a Alemanha, no estado de Hesse, em 1977, publicou a primeira lei federal de proteção de dados, tendo por objeto proteger o uso indevido de dados pessoais no processamento de dados²⁶. Ainda na Alemanha, uma decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre o uso de dados pessoais utilizados na Lei do Censo²⁷,

²⁴ BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Proteção internacional de dados pessoais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/496/edicao-1/protecao-internacional-de-dados-pessoais>

²⁵ BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Proteção internacional de dados pessoais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/496/edicao-1/protecao-internacional-de-dados-pessoais>

²⁶ Lei Federal de proteção contra o uso indevido de dados pessoais no processamento de dados de 27 de janeiro de 1977 (*Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG)*).

²⁷ BVerfGE [Decisões do Tribunal Constitucional Federal] 65, 1 – decisão sobre o censo populacional. ...Por meio da Lei do Censo (Volkszählungsgesetz) de 1983, de 25 de março de 1982 (BGBl. I, p. 369), ordenou-se, no início de 1983, o recenseamento geral da população, com dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos. O objetivo declarado da lei era, por meio de levantamentos feitos por pesquisadores credenciados, reunir dados sobre o estágio do crescimento populacional, a distribuição espacial da população no território federal, sua composição segundo características demográficas e sociais, assim como também sobre sua atividade econômica. Tais dados sempre foram considerados indispensáveis para quaisquer decisões político-econômicas da União, Estados e municípios. O último censo havia acontecido em 1970. A Lei do Censo de 1983 listava os dados que deviam ser levantados pelos pesquisadores e determinava quem estava obrigado a fornecer as informações. O § 9 da Lei previa, entre outras, a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa. Várias Reclamações Constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei sob a alegação de que ela violaria diretamente alguns direitos fundamentais dos reclamantes, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG). O TCF considerou presentes as condições processuais das Reclamações Constitucionais (julgadas conjuntamente), pois os reclamantes seriam, em grande parte, própria, direta e atualmente atingidos. O pressuposto ser

atribuiu pela primeira vez à proteção de dados pessoais uma caracterização de direito constitucional, abrangida pelo direito geral da personalidade, dispostos nos artigos Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG ²⁸ (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). Abaixo alguns trechos desta decisão, que futuramente iria vir a impactar as legislações de muitos países sobre a cerne de proteção de dados pessoais:

...Decisão (Urteil) do Primeiro Senado de 15 de dezembro de 1983 após audiência de 18 e 19 de outubro de 1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83

...No centro da ordem constitucional estão o valor e a dignidade da pessoa que age com livre autodeterminação enquanto membro de uma sociedade livre. À sua proteção serve – além de garantias especiais de liberdade – o direito geral da personalidade protegido pelo Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG, que ganha importância principalmente em vista do desenvolvimento moderno e das novas ameaças à personalidade humana... Esse poder necessita, sob as condições atuais e futuras do processamento automático de dados, de uma **proteção especialmente intensa**... Com isso, ampliaram-se, de maneira até então desconhecida, as possibilidades de consulta e influência que [o Poder Estatal através da Lei de recenseamento] podem atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas... **O livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais.** Esta proteção, portanto, é abrangida pelo direito fundamental do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do cidadão de determinar em princípio ele mesmo sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais... **o legislador deve observar em sua regulamentação o princípio da proporcionalidade. Este princípio, que é**

diretamente atingido foi, no entanto, relativizado: embora o ato executório fosse o levantamento do dado em si, quando esse ocorresse, a potencial violação, nesse caso, seria necessariamente irreversível. No mérito, o TCF julgou as Reclamações Constitucionais só parcialmente procedentes, confirmando a constitucionalidade da lei em geral. Declarou, porém, nulos principalmente os dispositivos sobre a comparação e trocas de dados e sobre a competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa...

²⁸ Art. 1 I GG: (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Art 1*)

(1) *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*

(2) *Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.*

(3) *Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.*

Art. 2.I GG: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Art 2*

(1) *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.*

(2) *Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.*

provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesses públicos... o legislador deve, mais do que antes, tomar precauções organizacionais e processuais que combatam o perigo de uma violação do direito da personalidade... o legislador deve, mais do que antes, tomar precauções organizacionais e processuais que combatam o perigo de uma violação do direito da personalidade...²⁹ [grifos meus]

A decisão do TCF foi um reflexo da rejeição popular ao aumento da intervenção do Estado em suas vidas privadas, entretanto, este não era um reflexo que se via apenas em território alemão, mas também em todo o continente europeu, devido a experiência recente dos mesmos com o intervencionismo do aparelho estatal que caracterizou os governos totalitários na primeira metade do século XX, especialmente os nazistas³⁰.

As discussões iniciadas no continente causaram seu primeiro impacto formal no âmbito internacional em 23 de setembro de 1980, quando a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) adotou as Diretrizes para a

²⁹ BVerfGE 65, 1 Volkszählung Art. 2 I RCAN 15/12/8 – Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_de_jurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf acessado em 26.03.2022

³⁰ BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Proteção internacional de dados pessoais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/496/edicao-1/protacao-internacional-de-dados-pessoais>. – Acessado em 27.03.2022

proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais³¹, vigentes até os dias de hoje³² e sem caráter de poder vinculante.

No ano seguinte, em 1981, o Conselho da Europa, por meio da Convenção para Proteção de Indivíduos em Matéria de Processamento Automático de Dados Pessoais, ou simplesmente Convenção 108³³, reconheceu o direito à privacidade e o direito a proteção de dados pessoais como fundamentais para a manutenção dos direitos dos indivíduos. Pela primeira vez, estamos diante de um instrumento internacional, com poder vinculativo (disponível para adesão por países não europeus e europeus – atualmente existe 55 países que aderiram a Convenção 108, sendo que deste montante 9 países não são europeus³⁴) que protege o indivíduo contra abusos que possam acompanhar a recolha e tratamento de dados pessoais e que visa regular ao mesmo tempo o fluxo transfronteiriço de dados pessoais³⁵.

Ainda sobre a Convenção 108, em outubro de 2018, os membros do Conselho

³¹ <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>. Acessado em 27.03.22

...As Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais (as Diretrizes sobre a Privacidade) foram adotadas enquanto Recomendação do Conselho da OCDE em apoio aos três princípios comuns aos países membros da OECD: democracia pluralista, respeito aos direitos humanos e economias de mercado aberto. Entraram em vigor em 23 de setembro de 1980. As Diretrizes sobre a Privacidade representam um consenso internacional sobre a orientação geral a respeito da coleta e do gerenciamento da informação pessoal. Os princípios determinados nas Diretrizes sobre a Privacidade são caracterizados pela clareza e flexibilidade de aplicação e pela formulação, suficientemente ampla para possibilitar a adaptação às mudanças tecnológicas. Esses princípios abrangem todos os meios utilizados para o processamento automatizado de dados referentes a indivíduos (do computador local à rede de complexas ramificações nacionais e internacionais), todos os tipos de processamento de dados pessoais (da administração do pessoal ao levantamento de perfis de consumidores) e todas as categorias de dados (da circulação de dados ao seu conteúdo, dos mais comuns ao mais sensíveis). Os princípios aplicam-se a ambos os níveis nacional e internacional. Ao longo dos anos, foram postos em aplicação em grande número de instrumentos de regulamentação nacionais ou de autorregulamentação, e ainda são amplamente utilizados em ambos os setores público e privado. Prefácio das Diretrizes.

³² BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Proteção internacional de dados pessoais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/496/edicao-1/protacao-internacional-de-dados-pessoais>. – acessado em 28.03.2022

³³ Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal (Convenção 108) de 28 de janeiro de 1981. Disponível em inglês e francês em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108> Acesso em 28.03.2022.

³⁴ O Brasil não é signatário da Convenção 108, mas em outubro de 2018 tornou-se membro observador da Convenção, o que lhe dá direito de participar das reuniões, que ocorre duas vezes ao ano em Strasbourg, para discutir aspectos relevantes sobre proteção de dados pessoais.

³⁵ Além de fornecer garantias em relação à coleta e processamento de dados pessoais, proíbe o processamento de dados sensíveis de raça, política, saúde, religião, vida sexual, antecedentes criminais etc. garantias legais. A Convenção também consagra o direito do indivíduo de saber que as informações estão armazenadas sobre ele e, se necessário, corrigi-las. A restrição dos direitos previstos na Convenção só é possível quando estão em jogo interesses superiores (por exemplo, segurança do Estado, defesa, etc.). A Convenção também impõe algumas restrições aos fluxos transfronteiriços de dados pessoais para Estados onde a regulamentação legal não oferece proteção equivalente.

da Europa propuseram a modernização da Convenção (denominada como Convenção 108+), alegando a necessidade de modernizar e melhorar a Convenção 108 devido aos novos desafios à privacidade decorrentes do uso de novas tecnologias de informação e comunicação³⁶.

Nos anos 2000, a União Europeia reconheceu o carácter de direito fundamental da proteção de dados pessoais por meio do artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDF)³⁷

Artigo 8º

Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente... (Tradução livre)

De igual modo, as garantias de direitos fundamentais no tocante à proteção de dados pessoais também se encontra no art. 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)

Artigo 16º

(ex-artigo 286. o TCE)

³⁶ O Protocolo fornece uma estrutura legal multilateral robusta e flexível para facilitar o fluxo de dados através das fronteiras, ao mesmo tempo em que fornece salvaguardas eficazes quando os dados pessoais estão sendo usados. Constitui uma ponte entre diferentes regiões do mundo e diferentes quadros normativos, incluindo a nova legislação da União Europeia que entrará em plena aplicação a 25 de maio de 2018 e que faz referência à Convenção 108 no âmbito dos fluxos de dados transfronteiriços. Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=223>. Acesso em 28.03.2022

³⁷ Disponível em <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000X1218\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000X1218(01)&from=EN)>. Acesso em 28.03.2022

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de atividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes... [Tradução livre]

Já antes da consagração da proteção de dados como direito fundamental na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ou no art. 16 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, foi promulgada a Diretiva de Proteção de Dados da UE (DPD ou Diretiva 95/46/CE), que entrou em vigor em 1995³⁸. A Diretiva previa uma regulamentação ampla dos tratamentos de dados pessoais e a livre circulação desses dados, para a esfera privada e pública³⁹. Vale destacar, que a publicação da Diretiva serviu de ensejo para que vários países membros da União Europeia promulgassem, pela primeira vez, regulações sobre a proteção de dados⁴⁰. Por muito tempo, a Diretiva foi o texto principal regulando o tema na União Europeia, que em 2018 foi substituído pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados⁴¹ (GDPR) mais atento às particularidades do tratamento de dados pessoais na atual conjuntura⁴², enquanto regulamento, a GDPR é aplicável em todos os países-membros da União Europeia, não sendo necessária a transposição de seus termos para o direito interno de cada jurisdição⁴³.

³⁸ BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Grupo GEN, 2020. Pág. 40 Acesso em: 28 mar. 2022.

³⁹ https://www.ipvc.pt/wp-content/uploads/2021/01/Directiva-n.%C2%BA-95_46_CE-do-Parlamento-Europeu-e-do-Conselho-de-24-de-outubro-de-1995.pdf. Acesso em 28.03.2022

⁴⁰ Simitis; Hornung; Spiecker gen. Döhmman, in: id. (ed.), 2019, Introdução, n.º 143.

⁴¹ <https://gdprinfo.eu/pt-pt> - acesso em 28.03.2022

⁴² BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Proteção internacional de dados pessoais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/496/edicao-1/protecao-internacional-de-dados-pessoais> acesso em 28.03.2022

⁴³ Doneda, Danilo. Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – pág.206

Mesmo depois dessa cronologia de atos, muitos ainda questionam a necessidade de o Brasil possuir sua própria legislação geral, bem como sua atuação no campo de proteção de dados. Ocorre que o Brasil e muitos outros países não europeus fazem acordos comerciais com países europeus, acordos estes que possuem uma troca de dados pessoais muito grande. A Diretiva 95/46/CE em seu artigo 25 iniciou as discussões sobre a transferência de dados pessoais de cidadãos europeus a países terceiros, e o regulamento manteve este capítulo em seu art. 45 (1), ambos artigos se baseiam na técnica de negar, como solução padrão, a transferência de dados pessoais da UE para países terceiros, a não ser que esses países possuam um sistema de proteção de dados pessoais que atenda ao nível requerido de adequação do regulamento⁴⁴.

A decisão de adequação, segundo o considerando nº 103 e art. 45 (9) do GDPR, basicamente avalia se o país terceiro de destino possui em sua legislação a presença dos elementos dispostos no art. 5º (conforme disciplina o art. 42 (2)⁴⁵), bem como, os princípios e mecanismos básicos relativos aos conteúdos e aos requisitos materiais relativos a proteção de dados pessoais, após o preenchimento destes requisitos o selo de adequação é concedido ao país terceiro.

O Brasil possui atualmente um certo grau de proteção aos dados pessoais, principalmente quando comparado com o cenário existente anteriormente, no qual eram praticamente ausentes as regras acerca do tema. Com a LGPD, o Brasil ingressa num seleto grupo de países que confere à proteção de dados pessoais a importância devida. Entretanto, ainda não possui uma decisão de adequação, conferido pelo Conselho da União Europeia⁴⁶.

Cabe destacar que as decisões de adequação (e seu efeito extraterritorial de normas de proteção de dados pessoais) emitidas pelo Conselho da União Europeia não foi bem recebido por países não europeus (como os Estados Unidos, por exemplo,

⁴⁴ Doneda, Danilo. Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – pág.261

⁴⁵ <https://gdpr-info.eu/art-42-gdpr/> acesso em 31.03.2022

⁴⁶ https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_UK_Azul_INTERACTIVE_Justificado.pdf acesso em 31.03.2022

antes de propor acordos bilaterais com a EU⁴⁷) que criticam a necessidade de se obter uma decisão de adequação dos países não europeus ao regulamento europeu para que ocorra a transferência internacional de dados pessoais. De todo modo, como Paulo Marcos Brancher pontua *não há dúvidas de que a sistemática de decisões de adequação contribui para a uniformização do arcabouço internacional de proteção de dados*⁴⁸.

3. Panorama Nacional: a arquitetura normativa de Proteção de Dados Pessoais no Brasil antes da EC 115/22

O termo proteção de dados pessoais no campo da jurisprudência brasileira é muito recente, e por muito tempo esse direito autônomo (inserido na Carta Magna através da Emenda a Constituição 115/2022, bem como foi comparado e usado como sinônimo ao direito à Privacidade, apesar de o direito à privacidade ter introduzido no ordenamento brasileiro uma série de valores que estão fortemente presentes também na proteção de dados, a dinâmica do desenvolvimento desta última acaba dialogando relativamente pouco com o direito à privacidade e, quase sempre, de forma retórica⁴⁹, como demonstrado no primeiro capítulo desta dissertação.

Para além do Direito à Privacidade, as questões que hoje são tratadas diretamente pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) não são estranhas às práticas jurídicas no País. Por muito tempo elas apareceram vinculadas ao *habeas data* (com o direito de acesso e retificação de informações pessoais), ao direito do consumidor, aos bancos de dados e cadastros da Lei do Cadastro Positivo e aos direitos dos indivíduos no acesso e tratamento e informações pessoais na Lei do Marco Civil da Internet civil da ⁵⁰.

⁴⁷ https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_UK_Azul_INTERACTIVE_Justificado.pdf acesso em 17.05.2022

⁴⁸ BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Proteção internacional de dados pessoais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/496/edicao-1/protecao-internacional-de-dados-pessoais>

⁴⁹ BIONI, Bruno. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Grupo GEN, 2020. Pág. 42. Acesso em: 21 abr. 2022.

⁵⁰ BIONI, Bruno. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Grupo GEN, 2020. Pág. 47 Acesso em:

O primeiro movimento de legislação brasileira que fez referência direta a proteção de dados surgiu em maio de 1980 com o projeto de lei (PL) 2.796/80⁵¹, de autoria da Deputada Cristina Tavares, que tinha por objeto assegurar aos cidadãos acesso as informações sobre sua pessoa constantes de bancos de dados e dá outras providências. O PL, que foi fortemente influenciado pelas legislações de países europeus e norte americanos, pontuava que, se por um lado, o desenvolvimento da informática possibilitou um grande avanço no sentido da imediata recuperação de dados, por outro constituía ameaça à intimidade do cidadão – cabe destacar que o PL trabalhou sua justificativa sob o prisma da garantia de direito a vida privada, a identidade humana e a privacidade. O projeto foi arquivado ao final da legislatura, porém a demanda de que fosse dada maior concretude a alguns direitos relacionados à proteção de dados, em especial os direitos de acesso e retificação, foi se intensificando e ressoava com o movimento de redemocratização da década de 1980, vindo a resultar, entre outros, na presença da ação de *habeas data* na Constituição de 1988⁵².

No mesmo período do projeto de lei acima, algumas legislações estaduais já abordavam sobre normas que contemplavam o direito de acesso e retificação de dados pessoais, como os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo⁵³, que até os dias atuais não foram expressos em normativa federal, como o princípio da finalidade ou do consentimento informado⁵⁴.

O *habeas data* foi apresentado primeiramente através do Projeto de Constituição elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) com a forma abaixo:

17.05.2022

⁵¹https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FBF15270DD557906FEB1829EFEA68AED.proposicoesWeb1?codteor=1172300&filename=Avulso+-PL+2796/1980 Acesso em 21 de abril de 2022.

⁵² BIONI, Bruno. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**: Grupo GEN, 2020. Pág. 57. Acesso em: 21 abr. 2022.

⁵³ No Rio de Janeiro: Lei Estadual nº 824 de 28 de dezembro de 1984, e em São Paulo: Lei Estadual nº 5702 de 5 de junho de 1987.

⁵⁴ Doneda, Danilo. *Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados* – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – pág.280.

Art. 17. Todos têm direito de acesso às referências e informações a seu respeito, registradas por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados, com sua atualização e supressão dos incorretos, mediante procedimento judicial sigiloso.

§ 1.º É vedado o registro informático sobre convicções pessoais, atividades políticas ou vida privada, ressalvado o processamento de dados não identificados para fins estatísticos.

§ 2.º A lesão decorrente do lançamento ou da utilização de registros falsos gera a responsabilidade civil, penal e administrativa. [...]

Art. 48. Dar-se-á habeas data ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no art. 17.⁵⁵

Entretanto, o constituinte optou por não estabelecer um sistema de garantias individuais expressas positivamente, integrando o direito de acesso, retificação e outros com a principiologia relacionada para a proteção de dados pessoais, mas sim, optou pela técnica de reconhecer tais direitos por meio de uma ação voltada para sua defesa (contrariando o Projeto de Comissão de Afonso Arinos), na forma abaixo:

LXXII - conceder-se-á habeas-data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Passados nove anos depois da publicação da Constituição Federal o *habeas data* assumiu a forma de ação constitucional por meio da lei 9.507/1997, que não ousou enfrentar os problemas proporcionados pelo crescente tratamento de dados pessoais na sociedade da informação, bem como sua utilização não chegou a ser determinante na posterior discussão a respeito de um marco regulatório sobre proteção de dados, eventualmente pelo fato de a ideia de liberdade informática (conceito apresentado por Vitorio Fransini em 1981, que trata da extensão da liberdade pessoal – acesso e retificação de seus dados pessoais - como exigência

⁵⁵ <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf> acesso em 21.04.2022

imposta pelo desenvolvimento tecnológico, aludindo para a importância do *habeas corpus* para a liberdade pessoal) ter sido, de certa forma, enclausurada em uma estrutura processual⁵⁶ que para muitos doutrinadores com foi meramente simbólica, podendo, ao invés de criar uma nova ação constitucional, usar instrumentos constitucionais já existentes, como o *habeas corpus* ou mandado de segurança.

De acordo com Danilo Doneda, o *habeas data* tem caráter limitador de atuação no que tange a proteção de dados pessoais, isso porque, (i) o remédio constitucional, quando movido pelo impetrante por meio de ação, objetiva assegurar ao mesmo o direito de acesso e retificação de seus dados (o remédio tem caráter personalíssimo, ou seja, a ação morre com o autor não se transmitindo a terceiros) em banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; (ii) o coator do conteúdo da petição é constringido a revelar a informação sobre o impetrante e, no caso do seu erro, proceder com a retificação; (iii) o impetrante somente consegue acessar a via jurídica depois de obter uma negativa da via administrativa; (iv) o tratamento⁵⁷ de dados pessoais ocorrem cada vez mais sem o consentimento do Titular de Dados⁵⁸, ou até mesmo sem que ele perceba que estão usando seus dados pessoais para cometer ilícitos, nesse caso, o Titular encontra-se diante da incerteza de qual via administrativa deverá recorrer, tendo em vista que seus dados podem estar armazenados em bancos de dados que vão além dos bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou mais além, compartilhados sem seu consentimento.

Na esteira cronológica interna, o Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990 (CDC), que tem por objetivo estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, possui princípios⁵⁹ que

⁵⁶ BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais Grupo GEN, 2020. Pág. 102. Acesso em: 21 abr. 2022.

⁵⁷ 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; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm acesso em 24.04.22

⁵⁸ V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm acesso em 24.04.22

⁵⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Art. 6º - acesso em 27.04.2022

coadunam com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)⁶⁰, tais com, a informação, transparência, ciência, segurança, educação, limitação e exceção, temas tratados em ambas as legislações de forma semelhante⁶¹.

O CDC em seu art. 43 pontua uma vasta e relevante matéria que afeta praticamente a vida de todo o consumidor: os bancos de dados e os cadastros positivos, que são considerados úteis para a dinâmica da economia, com benefícios aos fornecedores e consumidores. Entretanto, mesmo antes da atual discussão acerca da importância da proteção de dados pessoais, já no início da década de 1990, notava-se uma certa tensão em relação ao uso dos bancos de dados e os cadastros positivos sobre o direito da personalidade do indivíduo.

Para um maior entendimento, cabe diferenciar, brevemente, a distinção terminológica entre Bancos de Dados e Cadastros Positivos, em síntese essa distinção se destaca em dois aspectos: (a) a origem da informação, ou seja, como ela é coletada, e; (b) o seu destino. No cadastro, é o próprio consumidor que oferece seus dados para o estabelecimento físico ou virtual, os quais serão utilizados para estreitar a relação com o consumidor, neste caso, a origem da informação é o próprio consumidor e o destino é o fornecedor específico⁶².

No que tange aos Bancos de Dados de consumo, que em suma são administrados por entidades de proteção de crédito (tais com Serasa Experian, Boa Vista, Quoad, entre outras), a origem da informação é, em regra, provida por estabelecimentos comerciais. E o destino final é o fornecedor, mesmo as entidades realizando o armazenamento, a informação pessoal é repassado aos fornecedores para que eles tenham acesso ao perfil dos consumidores para fins históricos, estatísticos, ou seja, toda informação pessoal que possa ser útil para o mercado de consumo.

⁶⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Art. 6º - acesso em 27.04.2022

⁶¹ <https://www.privacidade.com.br/justica-usa-lgpd-e-codigo-do-consumidor-para-manter-suspensao-de-site-que-vendia-dados-pessoais-obrigando-o-a-se-adequar-a-lei-sob-pena-de-multa/#:~:text=Os%20princ%C3%ADpios%20do%20CDC%20e,se%20complementam%20e%20se%20fortalecem>. Acesso em 27.04.2022

⁶² BESSA, Leonardo R. Código de Defesa do Consumidor Comentado. Grupo GEN, 2020. Pág. 48. Acesso em: 27 abr. 2022.

Igualmente disposto na LGPD e *habeas data*, o CDC também garante ao consumidor o direito ao acesso (art. 43, caput) às informações constantes em bancos de dados e cadastro⁶³, fato curioso sobre o direito de acesso é que ele não se restringe apenas a banco de dados de entidades de proteção de crédito, mas também a cadastros de consumo (que são as informações pessoais passadas pelo próprio consumidor no ato da compra física ou digital, e que são organizadas, posteriormente, em arquivos de dados ao Fornecedor).

No caminhar de outras legislações relacionadas ao tema de proteção de dados pessoais, a Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414 - de 9 de junho de 2011) foi publicada devido ao uso crescente e necessário de informações pessoais sobre consumidores oriundos de bancos de dados e cadastros.

Inicialmente, ela tinha por objeto disciplinar sobre o tratamento de informações pessoais acerca do histórico de crédito do consumidor para possibilitar a redução de taxas de juros. Entretanto, em 2019 ela foi consideravelmente alterada, surgindo assim a Lei Complementar 166, o intuito da lei complementar era propor o dialogo de fonte entre a Lei do Cadastro Positivo e o CDC, bem como incluir automaticamente as informações sobre os consumidores no Cadastro Positivo (art, 4, I e II)⁶⁴. Infelizmente, a utilização do cadastro positivo teve uma baixa aderência entre os consumidores brasileiros, não demonstrando assim impactos significativos para o fomento da cultura de proteção de dados⁶⁵ no país.

Ainda no ano de 2011, a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), foi publicada para regulamentar o princípio constitucional da transparência disposto no inciso XXXIII, art. 5º, CF, além de definir pela primeira vez o conceito de informação pessoal⁶⁶, que viria a ser futuramente utilizado pela LGPD. Ainda em seu art. 31, a

⁶³ BESSA, Leonardo R. Código de Defesa do Consumidor Comentado. Grupo GEN, 2020. Pág. 102. Acesso em: 27 abr. 2022.

⁶⁴ Na redação original da Lei do Cadastro Positivo o modelo era *opt in*, ou seja, as informações apenas eram compartilhadas quando ocorria o consentimento expresso e informado do consumidor.

⁶⁵ BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Grupo GEN, 2020. Pág. 312. Acesso em: 27 abr. 2022.

⁶⁶ IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

lei dispõe sobre um regramento específico para a proteção de dados pessoais detidos pelo Poder Público, reconhecendo a necessidade de que a proteção de dados esteja contemplada dentro de uma normativa destinada a regular o princípio da transparência, até como fator essencial para a sua legitimação⁶⁷.

Após três anos, a publicação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) estabeleceu um regime de direitos para o usuário da Internet, implementando uma série de direitos e procedimentos relacionados ao uso de seus dados pessoais. A princípio, a intenção do Marco Civil da Internet não era de suprir a ausência de uma legislação geral acerca da proteção de dados pessoais, tanto que, demonstra em seu art. 3.º, III, a proteção de dados pessoais como um dos princípios da disciplina do uso da Internet no Brasil, com o cuidado específico de que deva ser considerado, textualmente, na forma da lei⁶⁸, entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência já acenavam para uma regulamentação específica sobre proteção de dados, que anos depois viria a ser publicada através da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a EC 115/2022, que constitucionalizou proteção de dados e a autodeterminação informativo ao rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna.

4. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental no ordenamento jurídico brasileiro Contemporâneo

4.1. Considerações gerais sobre a LGPD e a ADIN n. 6.387

A LGPD é tida como um marco no Brasil, isso porque ela foi capaz de consolidar uma matéria que era tratada de forma fragmentada e assistemática em uma única legislação⁶⁹, tendo como uma de suas principais contribuições introduzir no ordenamento jurídico brasileiro um nível mais elevado de segurança jurídica a

⁶⁷ BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Grupo GEN, 2020. Pág 47. Acesso em: 27 abr. 2022.

⁶⁸ BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Grupo GEN, 2020. Pág. 74 e 75. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁶⁹ BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Grupo GEN, 2020. Acesso em: 05 maio. 2022.

proteção de dados pessoais, bem como estabelecer balizas e regras mais claras sobre o tema.

A autora Patricia Peck pontua que a LGPD é uma lei principiológica, vide abaixo:

...[A LGPD] traz um rol de princípios que precisam ser atendidos [por quem realiza o Tratamento de Dados Pessoais]. A melhor forma de analisar a lei é pela verificação da conformidade dos itens de controle, ou seja, se o controle não está presente, aplicado e implementado, logo o princípio não está atendido... Essa metodologia foi uma forma mais objetiva encontrada pelo Regulador de se tratar uma regra que, apesar de se referir a direitos fundamentais...Necessita de uma aplicação procedimental dentro dos modelos de negócios das estruturas empresariais [já existem diretrizes publicadas pela ANPD que dispõem que a aplicação procedimental é necessária tanto no âmbito Privado como no Público⁷⁰]...Portanto, a legislação visa fortalecer a proteção da privacidade do titular dos dados, a liberdade de expressão, de informação, de opinião e de comunicação, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem e o desenvolvimento econômico e tecnológico.⁷¹

A proteção aos direitos fundamentais que a autora pontua são elencados no art. 2º da LGPD⁷², que podem facilmente ser relacionados com os direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal (CF) no que concerne ao seu conteúdo.

⁷⁰ <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/no-dia-internacional-da-protacao-de-dados-anpd-publica-guia-orientativo-sobre-tratamento-de-dados-pessoais-pelo-poder-publico> acesso em 02.05.2022

⁷¹ Peck, Patricia. Proteção de dados pessoais. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Editora Saraiva, 2020. Acesso em 02.05.2022

⁷² Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Além dos direitos fundamentais do art. 2º, a LGPD assegura em seu art. 17 que *toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade*, de igual modo, o art. 18 elenca direitos que o titular de dados pessoais possui e pode obter do Controlador (seja esse Público ou Privado) *em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição*, fato interessante sobre o art. 18 é que as disposições contidas nele também são exercidas perante os organismos de defesa do consumidor, § 8º, isso porque a LGPD possui um diálogo de fonte normativa com o CDC. Ou seja, o rol de direito do titulares de dados pessoais, elencados no art. 18 da LGPD é aplicado ao CDC, podendo os consumidores fazerem uso dos direitos como legislação suplementar.

Diferentemente do que dispõe o *habeas data*, a LGPD dispõe em seu art. 22 que *a defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva*. Foi por meio da tutela coletiva, que o tema de proteção de dados pessoais chegou as portas do Supremo Tribunal Federal em 2020, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387, tendo como relatora a Ministra Rosa Weber, que veio a reconhecer, após plenário, proteção de dados como direito fundamental.

Cabe pontuar que a LGPD, no momento que a ADIN 6.387 chegou ao STF, estava em *vation legis* e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão responsável por fiscalizar o tema de proteção de dados pessoais, também não estava em operação. Como bem pontuado pelo Ministro Luiz Fux no seu voto na ADIN 6.387, *a ausência de diploma legislativo e de autoridade administrativa específicos para a proteção de dados agrava as deficiências e imprecisões da MPv, evidenciando os riscos do compartilhamento*⁷³.

A ADIN 6.387 (que absorveu as outras ADIN's 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393) tinha por objeto de discussão a Medida Provisória n. 954, editada em 17 de abril de 2020 pelo governo, que *dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de*

⁷³ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020⁷⁴, a medida provisória foi justificada pelo então Ministério da Economia em aproximadamente duas laudas, tendo por argumentação o fato de que o IBGE, no período de pandemia, (a pedido do Ministério de Saúde) não realizasse as pesquisas que compõem o plano regular de trabalho do instituto, ou seja, entrevistas e coletas de dados presenciais. Argumentando que tais dados pessoais coletados (número de telefone, endereço residencial dos consumidores de serviços de telecomunicações de pessoas naturais ou jurídicas), mesmo que de forma temporária – enquanto o estado de pandemia estivesse vigente -, eram essenciais para o desenvolvimento de políticas públicas no combate a COVID-19.

A MP n.954/2020, ainda pontuava como seus principais objetivos as seguintes premissas: *1) a necessidade da produção tempestiva de dados para o monitoramento da pandemia de COVID-19; 2) a necessidade de garantir a continuidade da PNAD Contínua, com a natural preservação de suas séries históricas básicas, úteis à gestão e avaliação de políticas públicas em âmbito nacional; 3) a tempestividade necessária para a obtenção dos dados requeridos junto às empresas de telecomunicações, supondo-se que uma Medida Provisória terá eficácia mais significativa se comparada a quaisquer outras normas ou instrumentos de solicitação dos dados⁷⁵.*

Elementos como finalidade genérica, falha em precisar a necessidade do compartilhamento massivo de dados pessoais e ausência de medidas de segurança da informação motivaram o questionamento da constitucionalidade da medida (pelos partidos políticos PSB, PSDB, Psol e PCdoB, bem como pelo Conselho Federal da OAB)⁷⁶ e, na ocasião, o Plenário da Suprema Corte referendou, com maioria de 10

⁷⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954impressao.htm
acesso em 03.05.2022

⁷⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf acesso em 03.05.2022

⁷⁶ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755538665&prclID=6079238>
acesso em 03.05.22

votos favoráveis, a suspender a sua eficácia e impedir que a transferência dos dados se efetivasse.

A ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados foi escolhida como principal porque abarcava de forma minuciosa os pedidos das outras ações de inconstitucionalidade, bem como argumentava sobre a inconstitucionalidade forma e material da Medida Provisória 954/2020, como exposto abaixo:

Aponta o autor que a **MP nº 954/2020**, em síntese:

a) viola dados sigilosos, inclusive o telefônico, de todos os brasileiros; **b)** tem como finalidade informada, de modo genérico e impreciso, a produção de estatística oficial mediante a realização de entrevistas não presenciais no âmbito de pesquisas domiciliares; **c)** estabelece a guarda dos dados disponibilizados no âmbito da Fundação IBGE, sem definir procedimentos de controle pelo Judiciário, pelo Ministério Público ou por órgãos da sociedade civil; **d)** não apresenta com precisão a modalidade, a frequência e o objetivo das pesquisas a serem realizadas; **e)** não aponta razões justificadoras da urgência e da relevância da medida; **f)** não apresenta razões que justifiquem a necessidade do compartilhamento dos dados para a pesquisa estatística; **g)** silencia sobre a adoção de mecanismo de segurança para reduzir o risco de acesso e uso indevidos; e **h)** ao prever a elaboração de relatório de impacto após o uso dos dados, e não previamente ao compartilhamento, impede a efetiva avaliação dos riscos.

[...] Defende a **inconstitucionalidade formal** da medida provisória impugnada, por inobservância dos requisitos da relevância e da urgência previstos no art. 62 da CF, bem como a sua **inconstitucionalidade material**, por afronta ao postulado fundamental da dignidade da pessoa humana e às cláusulas fundamentais assecuratórias da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como do sigilo de dados e da **autodeterminação informativa** (arts. 1º, III, e 5º, X e XII, da Lei Maior)...⁷⁷ (grifos meus)

⁷⁷ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

A relatora, Ministra Rosa Weber, na decisão liminar que suspendeu a MP (antes do tema ir a plenário) teve por fundamento o seguinte trecho:

Tais informações, relacionadas à **identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual** (art. 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, não de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. **Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa** foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais... Cumpre, pois, equacionar se a MP n. 954/2020 exorbitou dos limites traçados pela Constituição ao dispor sobre a disponibilização dos dados pessoais de todos os consumidores dos serviços STFC e SMP, pelos respectivos operadores, a entidade integrante da Administração indireta...

...Nessa ordem de ideias, não emerge da Medida Provisória n. 954/2020, nos moldes em que posta, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, **consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida**...ao não definir [os parâmetros de necessidade, adequação e proporcionalidade]...a MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a **compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal** (art. 5º, LIV, da Lei Maior), em sua dimensão substantiva...

...Ao não prever exigência alguma quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados compartilhados, a MP n. 954/2020 não satisfaz as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção de direitos fundamentais dos brasileiros...

... Não se subestima a gravidade do cenário de urgência decorrente da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de

enfrentamento. O seu combate, todavia, **não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição...**

...Reforço, em cumprimento ao dever de justificação decisória, no âmbito de medida liminar, que a adequada tutela do direito à intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais é estruturada pela característica da inviolabilidade. Vale dizer, uma vez afrontada a norma de proteção de tais direitos, o ressarcimento se apresenta como tutela insuficiente aos deveres de proteção...⁷⁸ (grifos meus)

Além dos pontos destacados acima da decisão liminar da Ministra Relatora, que foram usados como argumento por quase todos os ministros que votaram a favor do referendar a medida cautelar, com exceção do Ministro Celso de Melo – que votou negando o referendo, outros pontos foram suscitados pela Corte de forma unanime, como: **a)** o fato de que a PNAD é realizada desde a sua concepção por amostragem, de pouco mais de duzentos mil domicílios, sendo desnecessário e excesso o compartilhamento de mais de duzentos milhões de dados pessoais, tal como disciplinado na MP 954/2020; **b)** O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005), acordado na 58ª Assembleia Geral da OMS, em 23 de maio de 2005, fixou no art. 45, parágrafo 2º, diretrizes a serem observadas pelos Estados Membros no tocante ao tratamento essencial de dados pessoais para fins de avaliação e construção de políticas públicas relacionadas a saúde⁷⁹ - a 58ª Assembleia Geral da OMS foi incorporada ao direito brasileiro por meio do decreto legislativo nº 395/2009, e promulgado em 30 de janeiro de 2020, pelo Decreto nº 10.212; c) que não questionam a *relevância, a seriedade e a legitimidade do trabalho desempenhado pelo IBGE, desde a sua fundação na década de 1930, ao produzir dados e informações*

⁷⁸ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

⁷⁹ Artigo 45 Tratamento de dados pessoais

2. Não obstante o Parágrafo 1º, os Estados Partes poderão revelar e processar dados pessoais quando isso for essencial para os fins de avaliação e manejo de um risco para a saúde pública, no entanto os Estados Partes, em conformidade com a legislação nacional, e a OMS devem garantir que os dados pessoais sejam: (a) processados de modo justo e legal, e sem outros processamentos desnecessários e incompatíveis com tal propósito; (b) adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito; (c) acurados e, quando necessário, mantidos atualizados; todas as medidas razoáveis deverão ser tomadas a fim de garantir que dados imprecisos ou incompletos sejam apagados ou retificados; e (d) conservados apenas pelo tempo necessário. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm

*estatísticas com reconhecida qualidade técnica*⁸⁰, e; **d)** A decisão do Tribunal Alemão referente a Lei do Censo de 1983, que trouxe o debate sobre a constitucionalização do direito de proteção de dados pessoais, bem como a autodeterminação informativa, ou seja, o poder que cada cidadão têm sobre seus próprios dados pessoais. Isso quer dizer que, em determinadas circunstâncias, ou seja, quando a pessoa puder fazer essa escolha, ela pode decidir se seus dados serão coletados, tratados, compartilhados.

O Ministro Luiz Fux foi cirurgico ao expor no seu voto que *apesar dos limites próprios à sede cautelar, o presente julgamento pode emergir como um paradigma da proteção de dados no país, com a definição de princípios e parâmetros para o tratamento e compartilhamento de informações pessoais*⁸¹. E de fato o foi, pois tempos depois o Senado Federal iria dar andamento na PEC 17/2019, mas passamos agora a analisar alguns votos que coadunam com o exposto no presente trabalho.

O Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto pontuou que a *guarda de milhões de informações de pessoas físicas e jurídicas traduz invulgar responsabilidade de quem os detenha, tendo em conta o caráter constitucional da proteção ao direito fundamental da privacidade e intimidade (art. 5º, X, da CF), bem como da inviolabilidade dos dados telefônicos e telemáticos (art. 5º, XII, da CF). No que toca às pessoas físicas, tal procedimento engloba, sem dúvida alguma, dados que estão diretamente ligadas aos direitos de personalidade*⁸². O voto do Ministro demonstra o que alguns de seus pares, como os ministros Edson Fachin e Luis Roberto Barroso, sintetizaram em seus votos, ou seja, os dados pessoais são as novas *commodities* da economia na era da Sociedade da Informação, e que a violação aos direitos da personalidade em detrimento do legítimo interesse do mercado financeiro é uma grave afronta, cabendo ao Direito se manifestar sobre as violações aos valores constitucionais, pois o mesmo não vive apartado da realidade⁸³. No mais, considerando que os espaços digitais são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados

⁸⁰ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

⁸¹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

⁸² <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

⁸³ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

personais, a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade⁸⁴

Como pontuado pelo Ministro Luiz Fux:

...A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa **são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos**. Esses direitos **são extraídos da interpretação integrada** da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988... (grifos meus)

O Ministro Gilmar Mendes completa que:

...Desse modo, a afirmação da força normativa do direito fundamental à proteção de dados pessoais decorre da necessidade indissociável de proteção à dignidade da pessoa humana ante a contínua exposição dos indivíduos aos riscos de comprometimento da autodeterminação informacional nas sociedades contemporâneas...No caso do direito fundamental à proteção de dados, este envolve, em uma perspectiva subjetiva, a proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais e, em uma perspectiva objetiva, a atribuição ao indivíduo da garantia de controlar o fluxo de seus dados. (MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140., p. 176-177)...

A dimensão subjetiva que o Ministro Gilmar Mendes traz em seu voto pode ser traduzida como a identificação da finalidade e o estabelecimento de limites ao tratamento de dados pessoais, ou seja, a intervenção de terceiro neste direito fundamental somente pode ocorrer de maneira excepcional, por razões de interesse público superior que demostrem a finalidade, proporcionalidade, necessidade e

⁸⁴ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

transparência de como os dados pessoais serão tratados (destaco que, como pontuado pela Ministra Relatora a MP 954/2020 não demonstra o interesse público, pois não oferece condições para uma avaliação da sua finalidade, bem como o mínimo necessário para que o tratamento de dados pessoais ocorra respeitando os direitos de personalidade), pois sua proteção deve ser tratada como via de regra. Por outro lado, a dimensão objetiva impõe ao legislador uma atuação positiva, ou seja, cabe a ele proteger tais direitos fundamentais através da previsão de mecanismos institucionais de salvaguardas, como o *habeas data*, e normas de proteção, como a LGPD.

Igualmente pontuou o Ministro Alexandre de Moraes (que utilizou como premissa a Teoria das Gerações de Karel Vasak – no caso, a primeira geração, e o sopesamento de princípios dispostos na Carta Magna) que *os direitos e garantias fundamentais, especificamente intimidade, vida privada e sigilo de dados, não são absolutos, não são ilimitados[...] encontram, obviamente, limites nos demais direitos consagrados pela nossa Carta Magna*⁸⁵. Ou seja, mesmo sendo via de regra a proteção aos dados pessoais e a autodeterminação informativa, sua efetividade deve ser relativizada em prol do interesse público que demonstre sua finalidade, necessidade, proporcionalidade e transparência.

A Ministra Carmen Lúcia em seu voto tratou de expor as questões dos Direitos Humanos em relação aos limites legalmente definidos no que concerne a proteção da privacidade do indivíduo, bem como as diretrizes elaboradas pelo Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, ao dizer:

...para que se saiba que não é sob a desculpa da pandemia **que se vai abrir mão dos limites, dos requisitos, constitucionalmente exigidos, para validade, para legitimidade da utilização dos dados necessários**, mesmo que para fins estatísticos, que igualmente são necessários sim para formulação de políticas públicas, para implementação das medidas necessárias para uma sociedade. Mas o que se teve, nesta Medida Provisória n. 954, vai além do que a

⁸⁵ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

Constituição permite e a quem do que ela exige para que se tenha, então, a legitimidade do uso das ferramentas como foi feito... (grifos meus)

O Ministro Marco Aurelio foi o único que votou contra o referendo da MP 954/2020, por pontuar que entre o sopesamento de valores do individuo frente ao coletivo, deve-se prevalecer o coletivo, alegando inclusive que a Corte não teve os mesmos preceitos ao decidir sobre a validade da Lei Complementar nº 105/2001, que permitia que a Receita Federal tenha acesso as informações bancárias dos contribuintes sem autorização judicial⁸⁶

Em meio a tantos votos proferidos na Corte, e como já antecipado na liminar proferida pela Ministra Relatora, pode-se destacar uma considerável ampliação da proteção constitucional destinada aos dados pessoais⁸⁷, e como bem construído pelo instituto Data Privacy Brasil na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 649, figurando como *amicus curiae*, a ADIN n. 6.387, trouxe uma valiosa lição para proteção de dados no Brasil: *i) o direito à proteção de dados, embora não prescrito expressamente na Constituição, é um direito fundamental autônomo, distinto do direito à privacidade (embora relacionado a ele); ii) o direito à proteção de dados é um pilar da democracia em sua dimensão coletiva, não se limitando à esfera individual, privada; iii) o direito à proteção de dados tem sua raiz na cláusula constitucional do devido processo legal*⁸⁸.

4.2. A Emenda Constitucional 115/2021 – Proteção de Dados Pessoais como garantia fundamental.

⁸⁶ No caso, o ministro Marco Aurélio votou pela inconstitucionalidade da norma, por entender que o compartilhamento dos dados entre o Fisco e as instituições bancárias trata-se de quebra de sigilo fiscal.

No Brasil pressupõe-se que todos sejam salafários, até que se prove o contrário. A quebra de sigilo não pode ser manipulada de forma arbitrária pelo poder público, disse - <https://crcgo.org.br/novo/?p=11547> – acesso em 17.05.2022

⁸⁷ BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Grupo GEN, 2020. Pag. 83 Acesso em: 03 mai. 2022.

⁸⁸ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755538665&prclD=6079238> acesso em 03.05.2022

É inegável que o reconhecimento de garantia fundamental, que o julgamento da ADIN n.6.387 deu a proteção de dados pessoais foi uma passo extremamente importante em direção a tutela constitucional dos dados pessoais no ordenamento brasileiro, entretanto, antes mesmo do tema ser pautado na Suprema Corte as casas legislativas federais já apontavam para a inserção de tal garantia na Constituição Federal.

A Proposta de Emenda à Constituição Federal 17/2019 partiu do Senado Federal, em 12 de março de 2019, tendo como autoria 29 senadores⁸⁹, e tinha como proposta *acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.*

A justificativa apresentada pelos autores é que a *intenção essencial da proposição é incorporar à Constituição Federal um direito decorrente dos avanços tecnológicos do ambiente digital, assegurando ao cidadão brasileiro a inviolabilidade de seus dados pessoais, inclusive os que circulam na internet. Ao mesmo tempo em que reconhecem a importância da existência de legislação ordinária sobre o tema - a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) -, os autores buscam assegurar a privacidade dessas informações em âmbito constitucional*⁹⁰.

Em 09 de abril de 2019, a PEC, que necessitava do aval de admissibilidade da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi avocada pela presidente da

⁸⁹ Senador Eduardo Gomes (MDB/TO) (1º signatário), Senadora Eliziane Gama (PPS/MA), Senadora Leila Barros (PSB/DF), Senadora Mailza Gomes (PP/AC), Senadora Maria do Carmo Alves (DEM/SE), Senador Angelo Coronel (PSD/BA), Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG), Senador Chico Rodrigues (DEM/RR), Senador Eduardo Braga (MDB/AM), Senador Flávio Arns (REDE/PR), Senador Humberto Costa (PT/PE), Senador Irajá (PSD/TO), Senador Jean Paul Prates (PT/RN), Senador Jorge Kajuru (PSB/GO), Senador Lasier Martins (PODE/RS), Senador Luiz do Carmo (MDB/GO), Senador Marcos do Val (PPS/ES), Senador Marcos Rogério (DEM/RO), Senador Mecias de Jesus (PRB/RR), Senador Nelsinho Trad (PSD/MS), Senador Paulo Paim (PT/RS), Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), Senador Rodrigo Pacheco (DEM/MG), Senador Rogério Carvalho (PT/SE), Senador Telmário Mota (PROS/RR), Senador Veneziano Vital do Rêgo (PSB/PB), Senador Wellington Fagundes (PR/MT), Senador Weverton (PDT/MA), Senador Zequinha Marinho (PSC/PA)

⁹⁰ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7954439&ts=1647518557730&disposition=inline> acesso em 03.05.2022

Comissão na época, a senadora Simone Tebet, que em seu relatório destacou como premissa a normatização internacional que o tema vinha ganhando – como garantia fundamental - dentro de países como Estados Unidos (a quarta emenda, right to privacy), Chile (Ley 19628/1999), e a União Europeia (o artigo 8º da Carta dos Direitos Humanos Fundamentais), como se mostra abaixo:

O direito à proteção de dados pessoais no País encontra-se tutelado de forma reflexa em nossa Constituição da República, a partir da interpretação conjunta dos artigos 1º, III; 3º, I e IV, 5º, X, XII e LXXII. Contudo, a doutrina e a jurisprudência já reconhecem que o direito à privacidade vai além da proteção à vida íntima do indivíduo, mas também de seus dados pessoais, visto que estes exprimem uma abrangente projeção da personalidade humana. apesar de já termos um arcabouço legislativo infraconstitucional com a LGPD e outras normativas esparsas – tais como o Marco Civil da Internet, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação, Decreto de Comércio Eletrônico, dentre outros - que dispõem sobre o tratamento dos dados pessoais e representam um caminho sem volta, no sentido de conferir maior proteção ao tratamento de dados pessoais, é necessário prever tal garantia no texto constitucional. No Brasil, o Constituinte Originário consagrou expressamente o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Todavia, devido à constante evolução dos assuntos ligados à proteção e tratamento dos dados pessoais e a natureza desse tipo de relação em um cenário onde as desigualdades não se situam apenas na relação Estado/particular, mas também entre os próprios particulares, nas relações privadas, se faz imperioso acrescentar, de forma inequívoca, a proteção dos dados pessoais no rol das garantias individuais, ao lado de direitos fundamentais consagrados.⁹¹

Cumprido destacar que a PEC 17/2019 sofreu alterações em seu texto original, pois ao invés de se criar o inciso XII-A ao artigo 5º da CF, o Senador Rodrigo Pacheco apresentou a sugestão de incluir a garantia ao tema no inciso XII⁹², qu foi aceito pela relatora, ficando com a seguinte redação:

⁹¹ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7954439&ts=1647518557730&disposition=inline> acesso em 03.05.2022

⁹² <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956536&ts=1647518557553&disposition=inline> acesso em 03.05.2022

...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, **bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais...** [grifos meus]

A PEC foi aprovada por unanimidade nos dois turnos, em 02 de julho de 2019, sendo 66 presentes no primeiro turno e 63 presentes no segundo turno e submetida a casa revisora.

A Câmara dos Deputados fez duas alterações, a primeira, um ajuste de forma, estabeleceu, em comando específico (o novo inciso LXXIX do art. 5º), a proteção dos dados pessoais como direito individual, ao invés de tratar essa proteção no mesmo mandamento que garante ao indivíduo a inviolabilidade de suas comunicações (inciso XII do art. 5º). A segunda modificação, de mérito, atribuiu à União as competências de organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, de acordo com a lei⁹³ (alteração altamente significativa para que o Brasil conseguisse futuramente uma decisão de adequação pela Conselho da União Europeia⁹⁴). Os ajustes da Câmara foram aprovados em primeiro turno com o placar de sim: 439; não: 1; abstenção: 1; total: 441. Entretanto, antes de ocorrer a votação no segundo turno o partido Novo solicitou Destaque (pedido feito por líder de partido ou deputado, para votar, de forma separada, emenda ou parte do texto) para o art. 2º (que dispõe sobre a criação de um órgão regulador independente) alegando que não é de caráter da PEC constitucionalizar a criação de agências reguladoras. O Plenário seguiu a intenção do partido e rejeitou o trecho por 266 votos a 165⁹⁵. No final, a Proposta de Emenda foi

⁹³ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2102385 acesso em 03.05.2022

⁹⁴ O art. 45, 2º do regulamento europeu, pontua que a decisão de adequação (ou seja, a equivalência do grau de proteção) somente se dará quando a legislação do país terceiro possuir alguns elementos, dentre eles a presença de Autoridade de Controle Independente. A ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados), é prevista como órgão integrante da Presidência da República por meio da Medida Provisória nº 869/18, convertida na Lei nº 13.853/2019. O fato de a ANPD estar vinculada à administração direta atrai críticas no sentido de que esse órgão responsável pelo controle e fiscalização do cumprimento da lei de proteção de dados no Brasil pode não possuir a independência que seria esperada.

⁹⁵ Agência Câmara de Notícias - <https://www.camara.leg.br/noticias/801696-camara-aprova-em-2o-turno-pec-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-na-constituicao/> acesso em 03.05.2022

aprovada em segundo turno pelos deputados e submetida ao Senado Federal, que foi aprovada sem nenhuma alteração no texto e posteriormente enviada ao Congresso para promulgação.

Finalmente, após intensas consultas públicas com especialistas e associações, e alterações no corpo do texto, o Congresso Nacional, em 10 de fevereiro de 2022 promulgou a Emenda a Constitucional nº 115, 2022, em Sessão Solene, e sua publicação em Diário Oficial se deu em 11 de fevereiro de 2022, com a seguinte redação:

...Art. 5º...LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive em meios digitais...

Art. 21...XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei...

Art. 22... proteção e tratamento de dados pessoais...

Por fim, a competência exclusiva da União sobre legislar sobre o tema foi ponto que ambas as casas concordaram por unanimidade, isso porque, de acordo com o princípio da predominância do interesse, compete à União editar normas sobre matérias de interesse geral ou nacional, conforme dispõe os incisos do art. 22 da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, isso em razão do tema requerer uniformidade de tratamento normativo em todo o território nacional, de modo a entregar segurança jurídica⁹⁶. Ademais, como o próprio relator, Orlando Silva expõe, *caso haja de fato interesses locais relevantes acerca do tratamento e proteção de dados pessoais, é sempre possível que lei complementar federal venha a autorizar que os estados-membros a legislem sobre questões específicas dessas matérias*, tal qual é feito em outros temas em caráter suplementar.

⁹⁶ <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020191211002220000.PDF#page=175> – Diário da Câmara dos Deputado de 11/12/2019, página 182.

CONCLUSÃO

Por todo exposto neste trabalho, conclue-se que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais é um direito de status positivo, de acordo com a Teoria de Jellinek, pois o sujeito invocou a atuação do Estado frente ao seu direito de proteger suas informações, sejam elas consentidas, ou não. A LGPD é uma regulamentação ordinária que se ateuve as novas demandas dos indivíduos de uma sociedade altamente conectada as redes de informação, uma nova sociedade que não se limite as fronteiras físicas.

No aspecto internacional, foi somente na Convenção 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (1981), que o cuidado ao tratamento dos dados pessoais passou a ser regulado de forma expressa. Entretanto, foi somente no ano de 2000, nas disposições da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que o direito à proteção de dados finalmente alçou a condição de direito fundamental de natureza autônoma, mas vinculando, como tal, apenas os estados integrantes da União Europeia.

No aspecto nacional anterior a EC 115/2022, tal garantia era tratada como implicitamente positivado e vinculado ao direito à autodeterminação informativa, seja pelo *habeas data*, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei de Acesso a Informação e o Marco Civil da Internet, que trazia como principio a proteção de dados pessoais em seu texto normativo.

Fazendo-se assim a decisão da Suprema Corte ser histórica porque, pela primeira vez, encontrou-se consenso considerável em torno de um conceito amplo de dado pessoal e, por consequência, sobre sua necessária tutela constitucional para além dos ditos dados íntimos ou simplesmente ao rol de garantias atreladas a privacidade, sigilo e intimidade.

Tal decisão trouxe ar de urgência a trâmitação do projeto de emenda à Constituição 17/2021, que após promulgada se transformaria na EC 115/2022. A emenda a constituição proporcionou uma equalização entre uma serie de direitos

fundamentais que repercutem diretamente sobre proteção de dados pessoais, tais como o direito à privacidade (que vai muito além do direito de ser deixado só). Sua inserção no art. 5º proporciona uma isonomia entre esses direitos e evidencia os direitos da personalidade, que são inerentes ao indivíduo e tem por objetivo resguardar a dignidade da pessoa humana.

Mesmo aparecendo no cenário brasileiro de maneiras distintas (seja por meio do judiciário ou por meio do legislativo), é unânime o que esta garantia traz a sociedade a resposta adequada aos desafios sociais atuais no tocante ao tratamento de dados pessoais.

Registre-se, por fim, a afirmação do Ministro Ricardo Lewandowski: *e nos tempos atuais o maior perigo para a democracia não é mais representado por golpes de Estado tradicionais, perpetrados com fuzis, tanques ou canhões, mas pelo progressivo controle da vida privada dos cidadãos, levado a efeito por governos de distintos matizes ideológicos, mediante a coleta maciça e indiscriminada de informações pessoais, incluindo, de maneira crescente*⁹⁷.

⁹⁷ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>

BIBLIOGRAFIA

- BESSA, Leonardo Roscoe.** *Código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.
- BIONI, Bruno Ricardo.** *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento* – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BIONI, Bruno.** *Tratado de proteção de dados pessoais* – Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues.** *Proteção internacional de dados pessoais*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/496/edicao-1/protacao-internacional-de-dados-pessoais>
- CARVALHO RAMOS, André de C.** *Curso de Direitos Humanos*. (7ª edição). São Paulo: Editora Saraiva, 2019.
- DONEDA, Danilo.** *Da Privacidade a Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados* – 3. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021
- HIRATA, Alessandro.** *Direito à privacidade*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-2/direito-a-privacidade>
- MENDES, Laura Schertel.** *Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor : linhas gerais de um novo direito fundamental*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- MORAES, Alexandre de.** *Direito constitucional* – 38. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.
- PINHEIRO, Patrícia Peck.** *Proteção de dados pessoais*. (2ª edição). São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital.* (7th edição). São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Helena Lane Sousa Queiros, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (41785223), período (noturno), turma (10ºU), tendo realizado o TCC com o título: Proteção de dados pessoais: análise sobre o direito fundamental de proteção de dados pessoais no Brasil, sob a orientação do(a) Professor(a) Denise Neves de Abade, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 18 de maio de 2022

Helena Lane Sousa Queiros

Assinatura do discente