

A importância do reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental

The importance of recognizing the protection of personal data as a fundamental right

La importancia de reconocer la protección de datos personales como un derecho fundamental

Recebido: 08/07/2022 | Revisado: 17/07/2022 | Aceitado: 20/10/2022 | Publicado: 25/10/2022

Simone Medeiros Jalil

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7629-7515>
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil
E-mail: simonejalil2021@gmail.com

Aquiles Medeiros Filgueira Burlamaqui

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6754-8335>
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil
E-mail: aquilesburlamaqui@gmail.com

Resumo

A Constituição Federal brasileira de 1988, através da Emenda Constitucional 115/2022, passou a contemplar no seu texto um direito fundamental à proteção de dados pessoais. A emenda vem rematar o conceito do direito à proteção de dados, para além de mera tutela da privacidade, mas como um direito fundamental atrelado à proteção da personalidade, tornando ainda mais explícita a sua relevância e sua crescente presença nas relações sociais. Nessa perspectiva o presente texto tem por objetivo apresentar e discutir alguns dos aspectos mais relevantes concernentes ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, formalmente integrado ao texto constitucional, abordando seu conceito, sua importância, seu conteúdo e o objeto de sua tutela com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O presente artigo, através de uma metodologia qualitativa com caráter exploratório e descritivo, seguiu as diretrizes de uma revisão integrativa de literatura norteada pela necessidade da compreensão do âmbito de proteção de um direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; Privacidade informacional; Constituição Federal Brasileira; Desenvolvimento da personalidade; Direito fundamental.

Abstract

The Brazilian Federal Constitution of 1988, through Constitutional Amendment 115/2022, began to include in its text an fundamental right to the protection of personal data. The amendment completes the concept of the right to data protection, beyond mere protection of privacy, but as a fundamental right linked to the protection of personality, making its relevance and growing presence in social relations even more explicit. In this perspective, the present text aims to present and discuss some of the most relevant aspects concerning the fundamental right to the protection of personal data, its justification, its content, associated legal positions, the related protection duties, its horizontal effectiveness, as well as its importance and legal certainty.

Keywords: Personal data protection; Informational privacy; Brazilian Federal Constitution; Personality development; Fundamental rights.

Resumen

La Constitución Federal brasileña de 1988, a través de la Enmienda Constitucional 115/2022, pasó a incluir en su texto un derecho fundamental a la protección de datos personales. La modificación completa el concepto del derecho a la protección de datos, más allá de la mera protección de la intimidad, sino como un derecho fundamental vinculado a la protección de la personalidad, haciendo aún más explícita su relevancia y presencia creciente en las relaciones sociales. En esta perspectiva, el presente texto tiene como objetivo presentar y discutir algunos de los aspectos más relevantes en relación con el derecho fundamental a la protección de datos personales, su justificación, su contenido, posiciones jurídicas asociadas, los deberes de protección relacionados, su eficacia horizontal, así como su importancia y seguridad jurídica. Este artículo, a través de una metodología exploratoria y descriptiva, con fuentes bibliográficas primarias y secundarias, siguió los lineamientos de una revisión integradora de literatura guiada por la necesidad de comprender el alcance de protección de un derecho fundamental a la protección de datos personales.

Palabras clave: Protección de datos personales; Privacidad informativa; Constitución Federal Brasileña; Desarrollo de personalidad; Derecho fundamental.

1. Introdução

As sucessivas inovações tecnológicas, coadunadas com boas práticas de gestão, têm permeado todos os setores da economia objetivando promover maior eficiência e eficácia no fornecimento de serviços. As organizações passaram a adotar sistemas informatizados para a condução da gestão de cadeias produtivas e tomada de decisões a partir de dados, levando ao que hoje conhecemos como data-driven economy - DDE ou seja, economia movida a dados, na qual há extração e processamento massivo de dados pessoais, o que vem gerando questionamentos no tocante ao respeito à dignidade dos titulares de dados e proteção da privacidade desses usuários (Ciuriak, 2018).

O DDE está se desdobrando em um ritmo que supera o desenvolvimento de políticas baseadas em experiência e experimentação com modelos regulatórios alternativos para abordar o risco sistêmico, pondo em risco a questão da privacidade de dados pessoais, manipulação política e segurança cibernética. (Ciuriak, 2018).

De acordo com Frank Pasquale, como citado em Frazão (2019):

[...] os dados pessoais têm sido utilizados por governos e grandes players econômicos para a criação do que chama de one-way mirror, possibilitando que tais agentes saibam tudo dos cidadãos, enquanto estes nada sabem dos primeiros. E tudo isso acontece por meio de um monitoramento e vigília constantes sobre cada passo da vida das pessoas, o que leva a um verdadeiro capitalismo de vigilância, cuja principal consequência é a constituição de uma sociedade também de vigilância. (p. 27)

O tratamento desses dados pessoais, em particular por processos automatizados passa a ser assim, uma atividade de risco. Segundo Doneda (2011):

Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste, somente para citar algumas hipóteses reais. (p. 91)

O autor informa ainda que os bancos de dados que contêm dados pessoais, tão comuns em dias atuais, proporcionam uma nova definição dos poderes e direitos a respeito das informações pessoais e, conseqüentemente, sobre a própria pessoa. Aumenta o número de sujeitos que podem ter acesso a um conjunto sempre mais detalhado e preciso de informações sobre terceiros, o que faz com que o estatuto jurídico desses dados se torne um dos pontos centrais que vão definir a própria autonomia, identidade e liberdade do cidadão contemporâneo (Doneda, 2010).

Ainda, segundo o mesmo autor, é necessária a instituição de meios que possibilitem à pessoa ter o conhecimento e o controle sobre seus próprios dados os quais são expressão direta de sua própria personalidade e, desse modo, tornou-se imprescindível voltar o olhar para a importância de ser conferido aos dados pessoais, tutela jurídica constitucional, por ser instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e como um direito fundamental (Doneda, 2020).

Nesse sentido foi aprovada a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, publicada em 11 de fevereiro do mesmo ano, em que altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais (Brasil, 2022).

Bem antes desta previsão constitucional, foi publicada a Lei nº 13.709¹, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, para dispor sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Brasil, 2018).

¹ Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)

Segundo Pinheiro (2018) o espírito da lei foi proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controles técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis.

Percebe-se, claramente que doravante o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, é direito fundamental, com colorido de cláusula pétrea, de graves consequências para o seu violador. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é descrever a existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais na ordem jurídica brasileira formalmente integrado ao texto constitucional, abordando seu conceito, sua importância, seu conteúdo, e o objeto de sua tutela com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Para tanto, a exposição se desenvolverá em quatro seções. para além dessa introdução. Apresentar-se-á, primeiramente, a metodologia usada. Em seguida se trará todo o contexto histórico em que surge a imprescindibilidade de proteção de dados como direito fundamental da pessoa humana para, então, tratar da EC 115/2022 que reconheceu esse direito fundamental e sua importância. Como encerramento, serão apresentadas as principais conclusões derivadas da análise realizada.

2. Metodologia

Segundo Pereira et al (2018), “para escrever um artigo torna-se necessária a realização de uma pesquisa que inicialmente pode ser a bibliográfica para se tomar conhecimento ou se aprofundar no tema”. (p. 95)

Desse modo, para chegarmos à conclusão pretendida, analisar a bibliografia produzida é o primeiro passo para construção de um novo conhecimento científico, uma vez que a investigação permite explorar as lacunas existentes e formular novas teorias (Botelho, et. Al., 2011). Em sendo assim, o presente artigo seguiu as diretrizes de uma revisão integrativa de literatura norteada pela necessidade da compreensão do âmbito de proteção de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, utilizando-se, pois, de uma metodologia qualitativa com caráter exploratório e descritivo, com fontes de bibliografia primárias e secundária.

Foi realizada uma pesquisa bibliográfica acerca do tema proteção de dados como direito fundamental por meio de livros, documentos oficiais e das seguintes bases de dados eletrônicos: Scielo, Conjur, Lexml, periódicos Capes, repositório PUC. Para pesquisas nesses bancos de dados foram utilizadas as seguintes palavras-chave: Proteção de dados pessoais; Privacidade informacional; Constituição Federal Brasileira; Desenvolvimento da personalidade; Direito fundamental.

Foram considerados os artigos científicos de pesquisa disponíveis e originais, relacionados à temática em estudo, sem limite de tempo de publicação, disponíveis na língua portuguesa, inglesa, francesa e espanhola, com e sem tradução. Adotou-se os seguintes métodos de exclusão: artigos que não abordassem a temática específica, que não estivessem disponíveis na íntegra, os que não atendiam os critérios de inclusão, ou que estavam disponíveis em outra língua que não uma das escolhidas para o estudo.

3. O Direito à Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental. A Importância do Contexto

O reconhecimento da proteção dos dados pessoais com um direito fundamental humano, começou a incorporar à linguística jurídico constitucional na segunda metade do século XX, na Constituição da República Portuguesa de 1976² e na

² A proteção dos direitos fundamentais no campo da informática está detalhadamente prevista no artigo 35 da Constituição Portuguesa, aqui transcrito na sua versão inicial: “(utilização da informática)

Constituição Espanhola de 1978³.

Todavia, no ordenamento jurídico internacional, o principal marco de uma abordagem da matéria pelo eixo de direito fundamental, foi a Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, instituída em 1981 em Estrasburgo, na França⁴, e que ainda é consagrada como um dos mais relevantes instrumentos envolvendo o tema globalmente. Já em seu preâmbulo, a Convenção explicita que a proteção de dados pessoais está diretamente ligada à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais⁵, entendendo-a como pressuposto do estado democrático evidenciando, ainda, sua deferência ao artigo 8º da Convenção Europeia para os Direitos do Homem⁶ (Doneda 2020) com destaque para:

- 1- Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
- 2- Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. (p. 195)

Posteriormente, também transparece, com clareza, a presença dos direitos fundamentais na Diretiva 95/46/CE sobre proteção de dados pessoais na União Europeia. Em suas considerações iniciais a expressão “direitos fundamentais” é evocada seis vezes (Doneda, 2020, p. 196).

Seu artigo 1º, que trata do “objetivo da diretiva”, afirma que

Os Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.” O documento europeu que levou mais adiante essa sistemática foi, certamente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de dezembro de 2000. Seu artigo 8º, que trata da “proteção de dados pessoais”, inspira-se no artigo 8º da Convenção de Strasbourg, na Diretiva 95/46/CE e no artigo 286º do tratado instituidor da União Europeia.⁷

Entretanto, há de se destacar, que já avançado o século XXI, ainda existem países onde não há um reconhecimento da proteção de dados como direito fundamental, ao menos como direito expressamente previsto na Constituição, muito embora,

1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.

2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.

3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos”. Note-se que tal dispositivo foi alterado três vezes por leis de revisão constitucional de 1982, 1989 e 1997, tendo sido substancialmente atualizado e ampliado.

³ Art. 18, nº 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Cuida-se aqui, na versão original de 1978, de uma proteção indireta dos dados pessoais, visto que não há menção expressa aos mesmos.

⁴ “Resumo: Esta Convenção é o primeiro instrumento internacional vinculativo 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 pessoais.

Além de fornecer garantias em relação à coleta e processamento de dados pessoais, proíbe o processamento de dados “sensíveis” sobre 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.”

⁵ “Considérant qu’il est nécessaire de garantir la dignité humaine ainsi que la protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales de toute personne, et, eu égard à la diversification, à l’intensification et à la mondialisation des traitements des données et des flux de données à caractère personnel, l’autonomie personnelle, fondée sur le droit de la personne de contrôler ses propres données à caractère personnel et le traitement qui en est fait;”

⁶ A Convenção Europeia dos Direitos Humanos foi adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, e entrou em vigor em 1953. Seu objetivo é proteger os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais, permitindo um controle judiciário do respeito desses direitos individuais. A Convenção faz referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. (https://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Europeia_dos_Direitos_Humanos)

⁷ De seguinte teor:

Artigo 286º. 1. A partir de 1 de janeiro de 1999, os actos comunitários relativos à protecção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados de carácter pessoal e de livre circulação desses dados serão aplicáveis às instituições e órgãos instituídos pelo presente Tratado, ou com base nele. 2. Antes da data prevista no nº 1, o Conselho, deliberando nos termos do artigo 251º., criará um órgão independente de supervisão, incumbido de fiscalizar a aplicação dos citados “actos comunitários às instituições e órgãos da Comunidade e adoptará as demais disposições que se afigurem adequadas.

em vários casos, seja tal direito seja implicitamente reconhecido como positivado, sem embargo de maior ou menor regulação legislativa e/ou administrativa, acrescida de sintomático desenvolvimento no meio jurisprudencial (Sarlet, 2021).

No decorrer do século XX com as inúmeras inovações tecnológicas e a valorização do produto informação, passou a ser muito mais fácil ter acesso a informações privadas e divulgá-las, não ficando tal divulgação restrita à comunidade onde vive a pessoa, mas podendo alcançar toda coletividade. (Cancelier, 2017).

Mais especificamente na última metade do século XX chega a internet, modificando as formas de comunicação e interação da sociedade, abrindo uma nova forma de diálogos, ampliando a maneira de interagir e nos oferecendo acesso a uma quantidade infinita de informações. (Cancelier, 2017).

Greenwald (2014) define que a internet não é apenas um meio de comunicação como o correio ou o telefone; ela acabou por tornar-se “[...] o lugar onde quase tudo acontece [...]” e “[...] é lá que são criados e armazenados os dados mais particulares de cada um. É na internet que desenvolvemos e expressamos nossa personalidade e individualidade”. (p. 15)

Diante da hiperconectividade, aliada à globalização e a questões de infraestrutura, a cada dia aumenta o tráfego de dados pessoais globalmente, muitas vezes sem que os titulares de tais dados se deem conta.

Cancellier (2017) enfatiza ainda, que há inúmeros benefícios aportados pela digitalização do cotidiano, mas, não obstante todas as facilidades, naquilo que diz respeito à privacidade, a internet acrescentou algumas questões a um debate já bastante complexo. E continua:

Para começar, há o fato de que no plano físico, material, tem-se mais condição de controle dos nossos passos. É evidente que se vive em uma sociedade onde somos constantemente vigiados, porém, virtualmente as pegadas são mais profundas. Como dito por Thibes (2014, p. 35), se nos ambientes públicos tradicionais, é “[...] possível guiar com maior segurança a interação pelos aspectos visíveis do cenário e dos observadores presentes, na interação online nunca se sabe ao certo por quem se está sendo notado”. Uma segunda alteração é a do alcance do ato. Algo divulgado virtualmente pode ser potencialmente acessado por todos imediatamente. A viralização da informação tornou-se um dos principais atrativos e, ao mesmo tempo, um dos maiores perigos da rede. “O modelo viral de expansão significa que cada usuário pode compartilhar com vários outros uma informação, o que permite sua disseminação em progressão geométrica” (THIBES, 2014, p. 24-25). A internet não permite arrependimento; aquilo que é postado não terá como ser apagado de fato. O que se percebe é que, com a popularização da internet, para além da intensificação da invasão da privacidade, a população passou a exercer um movimento de evasão da privacidade, enaltecendo a exposição deliberada de suas informações privadas. A precisão de Bauman (2014, p. 47) é notável: “o medo da exposição foi abafado pela alegria de ser notado. (p. 15-16)

Vivemos em um tempo em que a simultaneidade proporcionada pela internet oportuniza a vivência de uma experiência revolucionária da comunicação, do relacionamento social e do consumo (Boff & Fortes, 2013).

Nesse contexto percebe-se o avanço do capitalismo de vigilância⁸, com acelerado desenvolvimento de sistemas baseados em algoritmos de Inteligência Artificial, elevando a discussão acerca de proteção de dados pessoais, criação de perfis, predição e vigilância. Nesse capitalismo de vigilância, o direito à informação e o uso de dados pessoais na produção de informações, nos traz inúmeros desafios com intensa mercantilização e tentativas de subordinação de interesses públicos a interesses privados, como ressaltado no artigo de Keinert e Cortizo (2018).

Aranha e Ferreira (2020), destacam que com a chegada da internet e a nossa presença no espaço digital, estamos diante de riscos em nossa vida privada que se relacionam diretamente com a coleta de dados e uso de informações pessoais,

⁸ O conceito foi criado pela acadêmica norte-americana Shoshana Zuboff, da Escola de Administração de Harvard. Para a autora (2018, p. 18), o capitalismo de vigilância, expressão que cunhou para designar o estágio da economia capitalista baseada em uma rotina de vigilância da qual se extrai lucro e poder, é a consequência de uma nova lógica de acumulação, o Big Data, e se traduz numa “[...] nova forma de capitalismo da informação [que] procura prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado”, sendo que a empresa pioneira dessa lógica foi a Google. A autora destaca ainda que o computador impactou as transações econômicas e entre os elementos que compõem essas transações estão a “[...] análise e a extração de dados” que seriam pontos essenciais para compreender o Big Data (Zuboff, 2018, p. 26). ZUBOFF, Shoshana. Capitalismo de Vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5143632/mod_resource/content/1/Untitled_31102019_195822.pdf.

comportamentais, psicológicas, elevando-se um novo conceito de privacidade de maior amplitude, a chamada privacidade informacional que reclama o direito a autodeterminação informativa.

O homem moderno cada vez mais procura a internet para realizar diversas transações, e isso ocorre por vários fatores, como por exemplo, a otimização do tempo disponível, a tentativa de manutenção da privacidade e a amplitude na realização de pesquisas na internet, o que Boff e Fortes (2013) chamam de “ato de googlear”. Nas palavras dos autores:

Figura-se uma geração de indivíduos cada vez mais familiarizados com o ato de “googlear”. Sim, “googlear”, da tradução do verbo “to google”, inserido no vocabulário do inglês estadunidense após a transformação do buscador Google em uma das maiores potências em comunicação e informação do Planeta. A internet e, sobretudo, o ato de “Googlear”, trouxeram repercussões das mais diversas na vida individual e em sociedade, colocando em xeque diversos paradigmas da vida pós-moderna: o consumo, as relações sociais, a comunicação e a informação jamais serão as mesmas. (p.15)

Como afirma Sarlet (2020) o direito à privacidade como um direito de isolamento apenas, tem uma importância limitada nos contextos em que vigilância constante está implicada nos modos de reprodução social, determinando a classificação da população e efetuando a discriminação de cidadãos. Para o autor, ao fazermos uma análise do desenvolvimento da ideia de privacidade e o caminho que levou ao Direito a proteção de dados:

[...] podemos notar que, desde o conceito clássico de ter do “direito de ser deixado sozinho” (“the right to be left alone”) (Warren, 1890) até nova concepção da digital person (Solove, 2004), um traço característico de toda a discussão é tentativa de proteção da liberdade, mas, em especial no caso da proteção de dados, o foco passa a ser o do livre desenvolvimento e determinação da personalidade (Solove, 2002, p. 1135 e ss.). E, nesse sentido, fica claro que o direito à proteção de dados deve ter um caráter de direito fundamental autônomo, diretamente vinculado à proteção da personalidade. (p.39)

Dessa forma, o direito à privacidade inicialmente concebido como o direito a ser deixado em paz e de não intromissão na vida privada, passa a englobar o direito a controlar o uso que outros fazem das informações pessoais, constituindo-se o direito à informação (Rodotá, 2008).

Se inicialmente esse direito à informação reservou atenção especial à privacidade e à proteção do indivíduo, mais recentemente incorpora-se à noção mais completa de proteção de dados, que extrapola a tutela individual, e busca conciliar esta proteção com a crescente exigência social de se ter acesso a informações sobre os mais diversos aspectos da vida, como direito fundamental à tomada de decisões públicas ou privadas (Rodotá, 2008).

No atual mundo digitalizado, além de resguardar a possibilidade de isolamento, o direito à privacidade passa a garantir o controle sobre essa circulação de informações, ou seja, o exercício do direito à privacidade será assegurado mesmo “em público”, não sendo mais limitado ao que não é exposto (Doneda, 2000). A privacidade está presente mesmo quando há exposição, mesmo quando há compartilhamento da informação, sendo que o “[...] que mais importa é a natureza da exposição e o que é feito posteriormente com essa informação [...]”, havendo “[...] uma clara distinção entre uma observação casual de um fato público e o seu registro, de forma indelével, em fotografias e filmes posteriormente veiculados por meio da Internet” (Leonardi, 2011, p. 362).

Trazendo a lume as palavras de Doneda (2020):

O tratamento de informações pessoais, portanto, transforma-se em atividade que possibilita o acesso à esfera privada. O recôndito mundo privado, antes garantido pelo chamado direito à privacidade, passou assim a demandar modelos jurídicos específicos para sua proteção – para a qual não bastam as ações individuais ressarcitórias, associadas à noção de privacidade como isolamento e reserva, na perspectiva tornada clássica por Warren e Brandeis no inciado século XX. Torna-se imperioso, no mundo globalizado, impedir que os dados pessoais sejam tratados como simples ativo

empresarial, controlando-se as finalidades de sua utilização e especialmente suas transferências – usualmente ditadas por opções do mercado –, de modo a se evitarem abusos e interferências nos mais variados campos de atuação da vida privada. (p. 13)

Para Aline Marinho Bailão Iglesias (2015), o direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima e dos espaços privado do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais, pois estes constituem uma relevante projeção da personalidade do indivíduo perante o Estado e sistemas comerciais privados. Ainda, para a autora:

O direito à privacidade surgiu com a ascensão da burguesia, no século XVIII. As atividades que eram feitas de forma comunitária passaram a se desenvolver na órbita privada. No âmbito do direito à privacidade, estão as relações pessoais do indivíduo com seus familiares e amigos; tutela de tudo o que o indivíduo não deseja que seja de conhecimento público, isto é, o direito de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que somente a ele se refira, que diga respeito ao seu modo de ser na sua vida privada; ao passo que a intimidade constitui o núcleo mais essencial da privacidade, atinente ao que diz respeito somente à pessoa, à sua esfera mais reservada. Portanto, tem-se que a privacidade é mais ampla e engloba a intimidade. (p.14)

Segundo Cancelier (2017) “se a intimidade é a expressão, compartilhada ou não, do sujeito, a vida privada é o espaço que a pessoa tem para expor a intimidade”. (p. 13)

O autor enfatiza que conceitos relacionados à privacidade não podem ser rigidamente conceituados havendo necessidade para sua compreensão de se analisar os relacionamentos humanos. Ainda nas palavras do autor:

Há informações que, mesmo não sendo íntimas, estão inseridas na vida privada. O endereço de uma pessoa, por exemplo, dificilmente poderia ser classificado como informação íntima sendo, no entanto, parte da vida privada. A casa em si pode ser classificada como um espaço - no caso físico - representante da vida privada; ao ser violada a casa, viola-se a vida privada de seu dono e não necessariamente a intimidade dele. Da mesma forma, um funcionário que conhece os horários do dia a dia de sua chefia detém importantes informações sobre sua vida privada, mas não obrigatoriamente sobre sua intimidade. Em outras palavras, diferente do direito à intimidade, cujo objeto é a manifestação pessoal do sujeito, o direito à vida privada protege o contexto. Quando uma empresa telefônica fornece metadados (como a hora e o local da ligação) sobre as ligações que alguém efetua sem, contudo, expor o conteúdo, a violação é à vida privada; se o conteúdo também for divulgado, se está diante de dano à intimidade (caso o conteúdo seja íntimo, evidentemente). De toda forma, em qualquer dos casos relacionados há dano à privacidade. (Cancelier, 2017, p.14)

Como lembrado por Doneda (2010) torna-se crucial a análise da privacidade e proteção de dados sob a ótica da dignidade da pessoa humana, por ser tema de profunda discussão e importância, devido ter-lhe sido concedido tratamento singular, abrangente e ter sido elevado a direito fundamental pela Constituição Federal de 1988.

4. EC 115/22 - Reconhecimento da Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental no Brasil

No Brasil, o direito à proteção de dados, somente foi consagrado como direito fundamental com a aprovação da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, publicada em 11 de fevereiro do mesmo ano, que altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais⁹.

Com a EC 115/22, ao caput do art. 5º da CF/889 foi inserido um novo inciso LXXIX, prevendo que "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais"¹⁰. Com isso, a novel norma elevou a proteção dos dados pessoais (aplicados em quaisquer meios, físicos ou digitais) para o nível de cláusula pétrea constitucional, ingressando no rol de direitos fundamentais e inalienáveis, juntamente com o direito à vida, à liberdade, à segurança, à

⁹ EC 115/22. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

¹⁰ EC 115/22. "Art. 1º O caput do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso LXXIX: "Art. 5º (...) LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.".

propriedade e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, dentre tantos outros ali estabelecidos¹¹.

A nossa Constituição Federal de 1988 em seu art. 5.º já trazia como inviolável “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” (inciso XII), mas não havia previsão expressa a um direito fundamental à proteção dos dados. Essa proteção dos dados pessoais, agora definitivamente incorporada, se sobrepõe ao sigilo da comunicação de dados. Doneda (2020) já esclarecia que o sigilo das comunicações de dados não se tratavam especificamente do direito à proteção de dados pessoais, mas está se referindo à comunicação. Nas palavras do autor:

[Se.] por um lado, a privacidade é encarada como um direito fundamental, as informações pessoais em si parecem, a uma parte da doutrina, serem protegidas somente em relação à sua “comunicação”, conforme art. 5, XII, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados. Tal interpretação traz consigo o risco de sugerir uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais. Nesse sentido, uma decisão do STF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu expressamente a inexistência de uma garantia de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador com fulcro em garantias constitucionais...O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade... Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica... A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho... A decisão tem sido, desde então, constantemente mencionada como precedente em julgados nos quais o STF identifica que a natureza fundamental da proteção aos dados está restrita ao momento de sua comunicação (Doneda, 2020, pp.267-268).

No entendimento do autor, o direito à proteção dos dados pessoais está, assim, associado muito mais:

a outros princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade à privacidade e à intimidade, no sentido do que alguns também chamam de uma “intimidade informática”¹²(Doneda, 2011. pp. 531 e ss).

Mota Pinto (2018) ressalta que o fundamento constitucional direto que mais se aproxima do direito indeclinável à proteção de dados é o livre desenvolvimento da personalidade, radicado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito de liberdade, o qual também assume a condição de uma cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana, que, de acordo com tradição jurídica “já consolidada no direito constitucional estrangeiro e no direito internacional (universal e regional) dos direitos humanos, inclui o (mas não se limita ao!) direito à livre disposição sobre os dados pessoais, o assim designado direito à livre autodeterminação informativa”. (p. 33)

Igualmente, o direito fundamental à proteção de dados, embora fortemente articulado com direitos fundamentais principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, além do direito à privacidade e à autodeterminação informativa, apresentam objetos distintos. (Sarlet, 2021, p. 18)

Na realidade, a compreensão da abrangência do direito fundamental à proteção de dados envolve uma contraposição com outros direitos indeclináveis, com destaque ao direito à privacidade e à autodeterminação informativa que são autônomos, mas revelam zonas de aderência extremamente importantes (Sarlet, 2021, p. 19).

O direito à autodeterminação informativa atribui ao proprietário dos dados pessoais, além da plena ciência sobre o modo como seus dados são utilizados, também a liberdade de requerer sua exclusão, portabilidade, retificação ou acréscimo de informações ao big data. Consiste em um direito individual de decisão sobre os seus dados, não havendo sobreposição entre

¹¹ Constituição Federal - art. 5º.

¹² Doneda cita como exemplo, entre nós, SAMPAIO, José Adércio Leite. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531 e ss.

esses direitos, havendo apenas, como diz Sarlet (2021), um destaque para a autodeterminação informativa, que se constitui em uma pré-condição para uma ordem informacional democrática e livre, afastando-se do conceito de privacidade individual e isolada e daquele conceito de estar só.

No que concerne a sua interação com o direito a privacidade, Bioni (2019) já nos alerta que a tutela jurídica dos dados pessoais reclama uma normatização própria que não pode ser reduzida a uma mera “evolução” do direito à privacidade, mas encarada como um novo direito da personalidade que percorre, dentre outras liberdades e garantias fundamentais, a liberdade de expressão, de acesso à informação e de não discriminação e entender que o direito à proteção dos dados pessoais seria uma mera evolução do direito à privacidade, é uma construção dogmática falha que dificulta a sua compreensão.

Para o autor, o direito à privacidade é o direito de estar a salvo de interferências alheias, do segredo ou sigilo que seriam calibrados pela dicotomia das esferas públicas e privadas; seria o direito da pessoa de retrain aspectos de sua vida do domínio público.

O que é público e privado é o que normatiza o conteúdo do direito à privacidade, sendo a sua lógica centrada na liberdade negativa de o indivíduo não sofrer interferência alheia. (...) A casa, a correspondência e as comunicações dos indivíduos são claras hipóteses de espaços da vida privadas que angariaram dispositivos constitucionais autônomos para tutelar a sua individualidade (Bioni, 2019, p. 126-127).

Rodotà, citado por Doneda (2020) esclarece que a privacidade, nas últimas décadas, modificou seu perfil na medida em que passou a se relacionar com uma série de interesses e valores e o autor aponta como a mais importante mudança seria que o direito à privacidade não mais se estrutura em torno do eixo “pessoa-informação-segredo”, no paradigma da zero-relationship, mas sim no eixo “pessoa-informação-circulação-controle. Doneda continua:

Algo paradoxalmente, a proteção da privacidade na sociedade da informação, a partir da proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos outrora improponíveis e nos induz a pensá-la como um elemento que, mais do que garantir o isolamento ou a tranquilidade, serve a proporcionar ao indivíduo os meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade – isto é, de forma que a tutela da privacidade cumpra um papel positivo para o potencial de comunicação e relacionamentos do indivíduo. Tal função interessa à personalidade como um todo e ganha importância ainda maior quando fatores como a vida em relação e as escolhas pessoais entram em jogo – como ocorre nas relações privadas, na utilização das novas tecnologias, no caso da política e, paradoxalmente, na própria vida pública. Essa tendência de ampliação de suas funções, à qual podemos nos referir como uma “força expansiva” da proteção de dados pessoais, é mais que uma mera característica congênita dos chamados “novos direitos”; ela se verifica na própria mutação do ambiente pelo qual circulam os dados e no qual se manifestam os interesses ligados à privacidade. (p. 39)

Essa mudança ampliativa do conceito de privacidade que o autor chama de força expansiva da proteção de dados pessoais. Segundo Doneda (2020):

“é mais que uma característica congênita dos chamados “novos direitos”; ela se verifica na própria mutação do ambiente pelo qual circulam os dados e no qual se manifestam os interesses ligados à privacidade, havendo necessidade do desenvolvimento desse direito à privacidade e de sua funcionalização. (p. 40)

Neste sentido, já no início da década de 1970, Alan Westin, citado por Doneda (2020) elaborou um modelo com três espécies de ameaças de natureza tecnológica à privacidade: a vigilância física (através de microfones etc.), a vigilância psicológica e a vigilância dos dados pessoais:

Ocorre que, com a convergência de variadas tecnologias para o meio eletrônico e a redução de seus outputs ao meio digital como o moderno denominador comum da informação, ocorre um interessante fenômeno de convergência: uma

grande parte do que era tomado como vigilância física ou psicológica passa a ser tratado como uma forma de vigilância sobre dados pessoais, na qual ocorre um exercício abusivo do poder. (p. 40)

Ao tratar da evolução desse direito de privacidade, Doneda (2020) conclui ainda que é razoável constatar que a privacidade em sua trajetória está condicionada pelo estado de tecnologia em cada época e sociedade. “Podemos, inclusive, aventar a hipótese de que o advento de estruturas jurídicas e sociais que tratem do problema da privacidade são respostas diretas a uma nova condição da informação, determinada pela tecnologia”. (p. 57).

Essa necessidade de funcionalização do direito de proteção à privacidade, acompanhando a evolução tecnológica, fez com que se desse origem à disciplina de proteção de dados pessoais. (Doneda, 2020).

Pode-se afirmar aqui que no meio jurídico, seja na jurisprudência ou na legislação, o direito à proteção de dados supera a simples tutela da privacidade, mas é direito fundamental autônomo atrelado à proteção da personalidade (Sarlet, 2021).

[...]a proteção de dados pessoais assume a tarefa de abordar uma série de interesses cuja magnitude aumenta consideravelmente na sociedade pós-industrial e acaba, por isso, assumindo uma série de características próprias, especialmente na forma de atuar os interesses que protege, mas também em referências a outros valores e direitos fundamentais. Daí a necessidade de superar a ordem conceitual pela qual o direito à privacidade era limitado por uma tutela de índole patrimonialista, e de estabelecer novos mecanismos e mesmo institutos para possibilitar a efetiva tutela dos interesses da pessoa (Doneda, 2020, p. 41)

De fato, o objeto do direito de proteção de dados pessoais é de maior amplitude, uma vez que compreende todos os dados referentes a uma certa pessoa natural, não sendo foco apenas a esfera da vida pessoal ao qual se referem (Schreinert, 2011).

Spiecker, citado por Sarlet e Saavedra (2020) afirma que “a proteção de dados é, enquanto proteção de direitos fundamentais, espinha dorsal de uma democracia liberal”. (, p. 17)

Como nos lembra Sarlet (2021) esse reconhecimento da proteção de dados como direito autônomo (diferenciado do princípio da privacidade) e fundamental, já vinha sendo reconhecido pela nossa Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal).

Nesse sentido, vale rememorar o julgamento sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória 954/2020 — a qual previa o compartilhamento de dados dos usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia, fundamentando-se na impossibilidade de realização de pesquisas presenciais — onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a proteção de dados deveria ser considerada um direito fundamental, ainda que de forma implícita, em decorrência da interpretação harmônica com outros dispositivos elencados no artigo 5º. Vale aqui citar parte da ementa do acórdão¹³:

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO.

1. 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. 2.

2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, **o tratamento e a manipulação de dados pessoais não de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas**

¹³ STF - ADI: 6387 DF 0090566-08.2020.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 07/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020

constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados.

3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas b e d).
(...)

10. *Fumus boni juris* e *periculum in mora* demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. (g.n.) (STF, 2020). (grifos originais).

Ainda, segundo o ministro Luiz Fux, em seu voto, no mesmo julgamento:

[...] a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem a tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, X), do princípio da dignidade humana (artigo 1º, III) e da garantia processual do *habeas data* (artigo 5º, LXXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988 (STF, 2020).

No mesmo sentido, o voto do Ministro Gilmar Mendes onde afirmou que o direito fundamental à proteção de dados deriva do direito fundamental à dignidade da pessoa humana; do compromisso da renovação da força normativa da Constituição Federal diante dos novos riscos provenientes do avanço tecnológico e no reconhecimento do *Habeas Data* como instrumento de tutela da autodeterminação informativa.

A declaração da proteção de dados como direito autônomo e fundamental decorre, assim, da inafastável necessidade da afirmação dos direitos fundamentais e de proteção à dignidade da pessoa humana ante a contínua exposição dos indivíduos aos riscos de comprometimento da autodeterminação informacional. Os espaços digitais são controlados por agentes econômicos com alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais com intenso fluxo na internet colocando em alto risco a possibilidade de violação dos direitos de personalidade e privacidade, por se tratar de um cenário hipervulnerável, cujos traços de vulneração são peculiares e se sobrepõem ao ordinário daí decorrendo a afirmação da proteção de dados como direito fundamental (Bioni, 2019).

A sua inserção na lista dos direitos fundamentais da Carta Magna Brasileira, consagra um marco normativo que concretiza o âmbito de proteção e as funções e dimensões do direito à proteção de dados, colocando o nosso país ao lado de experiências internacionais positivas no tratamento do assunto.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha já considerava a proteção de dados como um direito fundamental a partir do julgamento de uma reclamação constitucional contra o recenseamento geral da população determinado pela Lei do Censo¹⁴. O Tribunal de Justiça da União Europeia, proferiu em 2014 uma decisão histórica sobre o tema no caso Google Espanha contra AEPD e Mario Costeja González, determinando que a página de pesquisa virtual é responsável pelo tratamento de informações pessoais que efetua e admitiu os direitos da pessoa sobre seus dados disponíveis na rede¹⁵.

Destaque ainda, no campo legislativo, para a Diretiva de Proteção de Dados de 1995 (relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados), com todas as suas consequências, que foi substituída pelo atual Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), em 2018,

¹⁴ A sentença de 15 de dezembro de 1983 do Tribunal Constitucional Federal alemão consolidou a existência de um “direito à autodeterminação informativa” (*informationelle selbstbestimmung*), que consistia no direito de um indivíduo controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e transmissão de dados relativos à sua pessoa.

¹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de maio de 2014.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>. Acesso em 04/04/2022.

composta por 90 artigos, distribuídos em 9 capítulos, que inspirou o correspondente legislativo brasileiro — a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹⁶.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia já prevê, desde 2000, em seu artigo 8º, o direito de proteção de dados pessoais, e ainda aos valores fundamentais, determinando que devem ser processadas de forma justa, balizada no consentimento dos titulares ou especificada por lei. Traz ainda garantia aos titulares do direito de acessar e reter seus dados, bem como apontar a forma de fiscalização (Aranha & Ferreira, 2020).

No Brasil, como bem pontuado pelo Ministro Gilmar Mendes no voto já mencionado (STF, 2020), “essa afirmação de um novo direito fundamental não resulta de um criacionismo jurisprudencial dissociado da própria tradição jurídica brasileira naquilo que transformada pelos recentes influxos legislativos”. O direito brasileiro possui diversos diplomas legais que foram sendo criados ao longo dos anos de forma a solucionar os conflitos que começaram a surgir com o avanço tecnológico e o uso de dados pessoais e seu confronto com o direito à privacidade. Destaca-se o Código de Defesa do Consumidor que disciplinou em seu art. 43, os bancos de dados e cadastros de consumidores. A amplitude desse dispositivo

“[...]alcança todo e qualquer dado pessoal do consumidor, indo muito além, portanto, dos bancos de dados de informações negativas para fins de concessão de crédito. A racional do legislador foi alcançar todo e qualquer banco de dados que atinja o livre desenvolvimento da personalidade do consumidor.” (Bioni, 2019, p. 184).

Em 2011, publicava-se a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) que regula o direito fundamental de acesso à informação; em 2012, a chamada Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012) que reconheceu como crime a invasão de dispositivos sem autorização; em 2013, através da Lei 7.962, se estabeleceu o Regulamento do Comércio Eletrônico; em 2014 publica-se o chamado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), lei que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do DF e dos municípios em relação à matéria, sendo o principal documento legislativo que trata sobre o direito digital no Brasil (Andrea, et al., 2020). E, em 2018, a proteção de dados no Brasil ganhou novos contornos com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709, de 2018).

Nota-se que são diversas leis que tratam sobre temas específicos que foram positivados conforme as necessidades que surgiram e foram absorvidas pelo Direito na forma de lei.

Como já atentava Sarlet (2020), uma compreensão/interpretação/ aplicação constitucionalmente adequada do direito fundamental à proteção de dados deveria sempre ser pautada por uma perspectiva sistemática, que, a despeito do caráter autônomo desse direito, não poderia prescindir do diálogo e da interação com demais princípios e direitos fundamentais, que, dentre outros pontos a considerar, auxiliariam a determinar o seu âmbito de proteção, inclusive mediante o estabelecimento de limites diretos e indiretos.

Todavia, a existência dos diversos diplomas infraconstitucionais e o fato da privacidade ter tutela constitucional, como bem ressaltado por Doneda (2020). A, não significava, automaticamente, que a proteção de dados pessoais estaria tutelada constitucionalmente. A interpretação no que diz respeito à matéria era, no sentir do autor, temerosa uma vez que, se, por um lado, “a privacidade é encarada como um direito fundamental, as informações pessoais em si parecem, a uma parte da doutrina, serem protegidas somente em relação à sua “comunicação”, conforme art. 5, XII, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados”. (p. 267)

E continua o autor:

Tal interpretação traz consigo o risco de sugerir uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais. Nesse sentido, uma decisão do STF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu expressamente a

¹⁶ A normativa europeia também acaba tendo uma marcante influência internacional. Entre os motivos para tanto, um é que o crescente fluxo internacional de dados pessoais gera uma demanda por padrões normativos que o legitimem, e as normas europeias são certamente o modelo mais desenvolvido nesse sentido (Doneda, 2020).

inexistência de uma garantia de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador com fulcro em garantias constitucionais, endossando tese de Tércio Sampaio Ferraz Júnior segundo a qual o ordenamento brasileiro tutelaria o sigilo das comunicações – e não dos dados em si (Doneda, 2020, pp. 267-268).

Pensar de tal forma deixaria um hiato segregando a tutela da privacidade, da tutela dos dados pessoais que teria uma proteção mais tênue e, nesse sentido, a pessoa que tivesse seus direitos personalíssimo desrespeitados pelo uso abusivo de seus dados pessoais não estaria albergado pela legislação (Doneda, 2020). E continua:

Se hoje a privacidade e a proteção dos dados pessoais são assuntos na pauta cotidiana do jurista, isto se deve a uma orientação estrutural do ordenamento jurídico com vistas à atuação dos direitos fundamentais, tendo como pano de fundo o papel do desenvolvimento tecnológico na definição de novos espaços submetidos à regulação jurídica. A recente e significativa experiência de vários ordenamentos com o tema nos indica que, para esse trabalho, uma certa familiaridade é exigida, não somente com a tecnologia em si – por importante que seja – mas também com o seu modo de operar e influir na sociedade. Nas relações jurídicas mais estritamente ligadas à tecnologia, o grau de indeterminação presente em toda tentativa de regulação feita pelo direito é sensivelmente alto, o que potencializa situações de risco.

Portanto, a metodologia utilizada pelo jurista deve levar em consideração as novas variáveis introduzidas, de forma a refletir na modelagem de institutos adaptados a essa realidade. (p. 269)

Reconhecer a proteção de dados como direito fundamental, dessa forma, não deriva tão somente de uma manifestação clara e evidente mas depreendesse-se da constatação dos riscos que tratar os dados de forma automatizada traz à proteção da personalidade da pessoa nos moldes das garantias previstas constitucionalmente da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, em conjunto com a proteção à intimidade e à vida privada (Doneda, 2010) e vem conferir, um novo e atual sentido à proteção da pessoa humana e da dignidade, da autonomia e das esferas de liberdade que lhes são inerentes (Molinari & Sarlet, 2019).

Percebe-se que a incorporação à Constituição do direito à proteção de dados como garantia constitucional equaliza uma série de direitos fundamentais, como o próprio direito, à intimidade, à privacidade, à informação e a comunicação de dados, integrando a personalidade “em sua acepção mais completa nas vicissitudes da Sociedade da Informação” (Doneda, 2020, p.270).

5. Considerações Finais

Ao longo do último século e início do século XXI, a proteção de dados sofreu um processo evolutivo de grandes proporções. Ultrapassa-se o conceito de privacidade como o direito de estar só para um conceito bem mais abrangente que envolve não apenas a possibilidade de isolamento, mas, no atual mundo digitalizado, o conceito passa a abranger o controle sobre a circulação de seus próprios dados os quais são expressão direta de sua personalidade.

Inicialmente o presente trabalho se propôs a abordar o trajeto percorrido pelo tema da proteção de dados como direito fundamental no contexto mundial, tendo como principal marco de abordagem da matéria pelo eixo de direito humano e fundamental, a Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, instituída em 1981 em Estrasburgo, na França, a qual ainda é consagrada como um dos mais relevantes instrumentos envolvendo o tema globalmente.

No segundo momento do estudo desenvolvido, em considerando a evolução da legislação sobre o tema e, no Brasil, das normas regulamentadas pelo Estado, passa a análise do fenômeno jurídico revestido de conteúdo normativo a tutelar os interesses dos titulares dos dados, e a imprescindibilidade de seu reconhecimento enquanto direito fundamental, decorrente das diversas transformações sociais, econômicas e tecnológicas.

Demonstrou-se como a internet mudou e vem mudando a forma das pessoas se relacionarem e que, com o exponencial crescimento do ambiente digital e do incremento das relações no formato “on-line”, resta incontestemente o surgimento de novos desafios na gestão da vida privada, que estão interligadas ao uso de nossas informações pessoais.

Nesse contexto, chegou-se ao entendimento de que a internet contribuiu de maneira decisiva para o processo de produção de dados. Isso porque o homem moderno cada vez mais procura a internet para realizar diversas transações, e isso ocorre por vários fatores, como por exemplo, a otimização do tempo disponível, a tentativa de manutenção da privacidade e a amplitude na realização de pesquisas na internet, o que Boff e Fortes (2013) chamam de “ato de googlear”. Essa interação no mundo digital permite a formação de trilhas digitais, que podem ser exploradas por diversas organizações. Tal fato, juntamente com a disseminação de dispositivos móveis, funciona cada vez mais como potente catalizador de produção de dados.

Nesse passo pode-se observar que tratar dados pessoais se transformou em atividade que possibilita o acesso à esfera privada o que, por sua vez, passou a demandar modelos jurídicos específicos para sua proteção, para a qual não são suficientes ações individuais associadas ao conceito clássico de ter o “direito de ser deixado sozinho”, “the right to be left alone”, mas, no atual mundo globalizado, necessário impedir que os dados pessoais sejam tratados como simples ativo empresarial, de modo a se evitem abusos e interferências na vida privada.

Notadamente, aquele direito à privacidade inicialmente concebido como o direito a ser deixado em paz e de não intromissão na vida privada, se desenvolve na medida de desenvolvimento da tecnologia, e passa, no mundo atual, a englobar o direito a controlar o uso que outros fazem das informações pessoais coletadas, constituindo-se o direito à informação e incorporando-se à noção mais completa de proteção de dados, que extrapola a tutela individual e busca conciliar essa proteção com a crescente exigência social de se ter acesso a informações sobre os mais diversos aspectos da vida.

Essa mudança ampliadora do conceito de privacidade leva também à necessidade de ampliar sua funcionalização, o que deu origem à disciplina de proteção de dados pessoais, que ultrapassa mera tutela da privacidade, mas é um direito fundamental autônomo vinculado à proteção da personalidade.

Portanto, o reconhecimento da proteção de dados como direito fundamental, vem conferir, um moderno e contemporâneo sentido à proteção da pessoa humana e da dignidade, da autonomia e das esferas de liberdade que lhes são inerentes. Significa dar efetividade ao sujeito de direito que busca desenvolver livremente a sua personalidade, sem que suas informações sejam utilizadas de forma indevidas ou ilegítimas de forma a comprometer ou tolher o exercício de sua liberdade e de ter controle sobre seus próprios dados.

Outrossim, com o intuito de colaborar com pesquisas futuras acerca da temática, alvitra-se um estudo sobre a integração e harmonização dos diplomas legais que versam sobre a matéria, de modo a superar eventuais oposições ou ambiguidades, e assegurar ao direito fundamental à proteção de dados, garantido constitucionalmente, sua plena eficácia e efetividade.

Referências

- Andrea, G. F. M., Arquite, H. R. L., & Camargo, J. M. (2020). Proteção dos dados pessoais como direito fundamental: a evolução da tecnologia da informação e a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 121, 115 – 139. <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/4212>
- Aranha, E., & Ferreira, M. L. O. (2019). Direito Fundamental à proteção de dados e a importância da Emenda Constitucional n 17/2019. *Revista OABRJ*. <https://www.oabRJ.org.br/noticias/artigo-direito-fundamental-protacao-dados-importancia-proposta-alteracao-constitucional>
- Bioni, B. R. (2019). *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense.
- Boff, S. O., & Fortes, V. B. (2013). *A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil*. IMED – Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil. UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. 10.5007/2177-7055.2013v35n68p109

- Botelho, L. L. R., Cunha, C. C. A., & Macedo, M. (2011). O método da revisão integrativa nos estudos organizacionais. *Gestão e Sociedade*, 5(11), 121-136. <http://www.spell.org.br/documentos/ver/10515/o-metodo-da-revisao-integrativa-nos-estudos-org--->
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Brasil. (2018). *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm
- Cancelier, M. V. L. O. (2017). Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. *Revista Seqüência (Florianópolis)*, 76, 213-240. <https://www.scielo.br/j/seq/a/ZNmgSYVR8kfvZGYWW7g6nJD/?format=pdf&lang=pt>
- Castells, M. A. (1999). *Sociedade em rede (A era da informação, economia, sociedade e cultura)* (v. 1). São Paulo: Paz e Terra.
- Ciuriak, D. (2018). The Economics of Data: Implications for the Data-Driven Economy (February 4, 2018). In *Data Governance in the Digital Age, Centre for International Governance Innovation*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3118022>
- Conselho da Europa. *Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981*. <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem. https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf
- Doneda, D. C. M. (2006). *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Doneda, D. C. M. (2010). *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda. Brasília: SDE/DPDC. https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf
- Doneda, D. C. M. (2011). A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Espaço Jurídico. Espaço Jurídico Joaçaba. *Journal of Law*, 12(2), 91-108. <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>
- Doneda, D. C. M. (2020). *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 111-136. <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8196-8195-1-PB.htm>
- Doneda, D. C. M. (2020). *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil. <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/47323/6855-2020DaPrivacidadeaProtecaoDeDadosPessoaisDaniloDoneda.pdf>
- Frazão, A., Oliva, M. D., & Abilio, V. S. (2019). *Compliance de dados pessoais. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. Thomson Reuters. <https://doi.org/10.33242/rbdc.2020.01.009>
- Iglesias, A. M. B., Oliveira, J. O. S. Z., & Marques, J. F. (2014). Aspectos Controversos do Processo Eletrônico. *Revista Esmat*, 6(7), 11-42. <https://doi.org/10.34060/reemat.v6i7.3>
- Keinert, T. M. M., & Cortizo, C. T. (2018). Dimensões da privacidade das informações em saúde. *Cadernos de Saúde Pública*. 34(7):e00039417. <https://www.scielo.br/j/csp/a/VQbX3mB7hz4rZvrYwHqG9Lx/?format=pdf&lang=pt>
- Molinari, C. A., & Sarlet, G. B.S. (2019). Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. *Direitos Fundamentais & Justiça*, 13(41), 183-212.
- Mota Pinto, P. (2018). *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*. Coimbra: Gestlegal.
- Parlamento Europeu. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>
- Pereira A. S., Shitsuka, D. M., Parreira, F. J., & Shitsuka, R. (2018). Metodologia da pesquisa científica. UFSM.
- Rodotá, S. (2008). *A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar.
- Sampaio, J. A. L. S. (1997). *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Sampaio, J. A. L. (2011). A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. In: *Sarmento, D. & Sarlet, I. W. (Coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Sarlet, I. W. (2018). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sarlet, I. W., & Saavedra, G. A. (2020). Fundamentos Jusfilosóficos e Âmbito de Proteção do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. Brasília: RDP 17(93), 33-57. https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18861/2/Fundamentos_Jusfilosoficos_e_mbito_de_Proteo_do_Direito_Fundamental_Proteo_de_Dados_Pessoais.pdf
- Sarlet, I. W. (2020). O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988, *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, 14(42), 175-214. <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/18868>
- Schreiner, R. R., & Ruaro, R. L. (2011). O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de vigilância: a necessidade de um marco regulatório como dever prestacional do estado democrático de direito. *Anais do Seminário Interno de Avaliação da Iniciação Científica*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. <https://docplayer.com.br/45242426-Ricardo-ruiz-schreiner-regina-linden-ruaro-1-orientador-resumo.html>

Solove, D. J. (2017). A brief history of information privacy law. GWU Law School Public Law Research Paper No. 215. <https://ssrn.com/abstract=914271>

Strasbourg, Convenção 108 (1981) - *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*. <https://rm.coe.int/16808ade9d>

Superior Tribunal de Justiça. (1995). *Recurso Especial 22.337/RS*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Diário da Justiça. Brasília, DF. <https://www.stj.jus.br/RevSTJ/article/download>

Supremo Tribunal Federal. (2020). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387/DF - 0090566-08.2020.1.00.0000*, Relator: Ministra ROSA WEBER, Data de Julgamento: 07/05/2020, Tribunal Pleno. Brasília, DF. <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>