



ARTIGO

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL E SEUS DESAFIOS

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA IN BRAZIL AND ITS CHALLENGES

Danylo Fernando Acioli Machado¹

Especialista em Direito Civil, do Consumidor e Processo Civil – IDCC

Especialista em Direito Público Aplicado – EBRADI

Mestrando em Direito e Tecnologia – Faculdades Londrina

Procurador Geral – Câmara Municipal de Apucarana

RESUMO

O presente artigo visa abordar a temática acerca da proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental e seus desafios. Centra-se na delimitação e conceituação deste direito pela ótica constitucional. Não obstante, até alcançar o ponto de inclusão deste direito fundamental é necessário entender o desenvolvimento histórico acerca da proteção de dados no Brasil. Após a análise histórica, discutir-se-á a implementação do direito fundamental à proteção de dados, seja por meio da Emenda Constitucional 115/2022, ou, antes, a partir do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de tal direito.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais. Proteção aos Dados Pessoais no Brasil. Desenvolvimento Histórico.

ABSTRACT

This article aims to address the issue of personal data protection as a fundamental right. However, until reaching the point of inclusion of this fundamental right and its challenges, it is necessary to understand the historical development regarding data protection. After the historical analysis, in Brazil, the implementation of the fundamental right to data protection will be discussed, either through Constitutional Amendment 115/2022, or rather from the recognition by the Supreme Court of such right.

KEYWORDS

Fundamental Rights. Protection of Personal Data in Brazil. Historical Development.

¹ Contato: danyloaciolim@gmail.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo em lustre visa ao desenvolver histórico, no Brasil, acerca da proteção de dados pessoais, já que, conforme é reconhecido recentemente pela Constituição Federal, a proteção aos dados pessoais é um dos novos direitos fundamentais explícitos. Dessarte o tema proposto objetiva tratar a proteção de dados enquanto direito fundamental e apresentar os desafios que perlustram a temática, sem, por óbvio, exaurir o tema.

Demonstrar-se-á que o Brasil, no decorrer de seu desenvolvimento histórico, não possuía aparatos suficientes a ensejar a real e necessária proteção aos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Assim, o objetivo do trabalho é apresentar o quadro fático que permeia o direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Adota-se no Brasil um modelo ou sistema jurídico romano-germânico do direito, como é consabido, sistema este que demanda a existência de legislação escrita, a qual exige a atuação de ao menos dois poderes, quais sejam, Poder Executivo e Poder Legislativo, este último exercendo a sua função típica de legislar. O Poder Judiciário não deixa de participar da análise do tema, contudo, participa exercendo sua função típica de julgar, em especial por meio do controle repressivo de constitucionalidade. Assim, apresenta-se ao leitor, na condição de problema proposto, a dificuldade em implementar uma legislação satisfatória e atualizada, ante o sistema jurídico adotado no Brasil.

A atuação dos poderes, conforme supradito, demanda tempo, o qual quando se trata de novas tecnologias é deveras escasso, já que a tecnologia avança de forma descomedida. Quando se fala em tecnologia é notória a mudança de linguagens, termos, incrementos de realidades virtuais que não esperam, de modo algum, o advento de leis reguladoras. Sendo este um desafio no modelo adotado pelo Brasil, já que a tutela jurídica é necessária, posto que as relações entre os particulares e estes com o Estado continuam a ocorrer.

O escopo deste trabalho será, ainda, apresentar ao leitor que o advento de novas tecnologias, em especial aquelas afetas ao mundo digital, são capazes de gerar, inclusive, novos direitos, até mesmo direitos fundamentais, como é o caso do reconhecimento da proteção de dados pessoais como um dos direitos fundamentais, este incutido no artigo 5º, da Carta Maior.

Não se olvida que cada Estado deva possuir regulamentação quando se trata do tema tecnologia e suas decorrências, ainda assim, deve existir um ponto de encontro nas regulamentações, posto que com a globalização e pela modalidade adotada nas tecnologias, em específico aquelas que incidem em meios virtuais, desconhece-se as fronteiras físicas.

Há, notadamente, dados sensíveis que são incluídos quando da utilização de tecnologias e os usuários esperam que estes dados não sejam compartilhados, ou seja, desejam que os dados sejam protegidos, posto que são capazes de caso compartilhados gerar uma série de consequências negativas na esfera jurídica de cada qual.

Isto posto, o presente trabalho permeará os assuntos susoditos, sem, por óbvio, exaurir a discussão que permeia sobre a proteção de dados, avanços tecnológicos ou direitos fundamentais, mas sim, almeja-se trazer à lustre uma análise, como dito, em resumo, do desenvolvimento da proteção de dados pessoais no Brasil, seu reconhecimento constitucional enquanto direito fundamental e a sua aplicabilidade em decisões judiciais. Utiliza-se da metodologia de pesquisa bibliográfica.

Ao final, busca-se demonstrar, enquanto resultado, que há avanços legislativos no que atine à proteção de dados, inclusive nos meios digitais, sendo imperioso reconhecer a importância da proteção nos meios tecnológicos, sem óbice de apresentar quais os desafios que permeiam a temática proposta.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E LEGISLATIVO DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

Neste item, busca-se demonstrar como se deu e como ocorre até o momento, dentro das fronteiras brasileiras, o desenvolvimento legislativo e histórico da proteção de dados.

Castells ensina que as novas tecnologias da informação e comunicação tiveram um *spread*, ou seja, uma difusão maior a partir da década de 1970, inclusive, sendo este um marco temporal para a expansão tecnológica, desta forma, acarretando o avanço das telecomunicações e das tecnologias de integração de computadores por meio de redes, as quais se deram atreladas ao surgimento de dispositivos microeletrônicos².

Camila Takano e Lucas Silva asseveram que, *in verbis*

As mudanças ocorridas no mundo nas últimas décadas criaram uma nova forma de interação entre os povos através de uma comunicação intensa e do compartilhamento instantâneo de informações. A inserção de novas tecnologias teve como principal consequência a necessidade de reformulação do agir e do pensar social. Governos, instituições, indivíduos e toda sociedade adequaram-se, obrigatoriamente, à nova estrutura cultural emergente³

Ora, acerca do que foi apresentado, Manuel Castells ainda ensina que as mudanças culturais que advieram ao final do século XX são resultantes de um novo paradigma tecnológico organizado, ou seja, envolto da Tecnologia de Informação,

2 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 20. ed. rev. amp. São Paulo: Paz e Terra, 2019. Pg. 80-82.

3 Takano, Camila & Silva, Lucas. (2020). **O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC)**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. 6. 1. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2020.v6i1.6392. Pg. 02. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/344856604_O_CONSTITUCIONALISMO_DIGITAL_E_AS_NOVAS_TECNOLOGIAS_DA_INFORMACAO_E_COMUNICACAO_TIC>. Acesso em 09 de set. 2022.

fato este que fez com que a humanidade vivenciasse severas mudanças culturais em seu meio, ainda, assevera que as revoluções tecnológicas são capazes de ingressar em todos os aspectos da atividade humana⁴.

A título de contribuição, Lévy ensina que as redes constituem um território em crescimento acelerado, além de fornecer uma série de ferramentas para que o internauta/usuário possa se orientar na utilização destas tecnologias⁵.

Ainda, tem-se que, conforme ensina Takano e Silva, vide abaixo

A era digital ampliou a comunicação entre indivíduos e proporcionou um tipo de interlocução instantânea, estreitando a distância física. A facilidade de acesso à internet deu ensejo à conexão diária ao conteúdo disponível na rede, bem como a prática de atividades e prestação de serviços online. Além disso, destacam-se as inúmeras comodidades trazidas pela TIC à população no tocante a compras de bens, à prestação de serviços e o acesso ao conhecimento. (...) Vislumbra-se, com isso, que os direitos fundamentais têm participado de um processo de expansão e desenvolvimento permanentes da sociedade. O reconhecimento de novos direitos e valores torna-se imprescindível para a proteção em face das situações de riscos emergentes⁶.

Neste contexto, pode-se afirmar que o ciberespaço viabiliza a consagração de novos direitos, mas não só, já que é possível vislumbrar o desenvolvimento e releitura de direitos já existentes, Rodotá adverte acerca da necessidade de reconhecimento com urgência de novos direitos fundamentais que assegurem os direitos da internet, promovendo-se a tutela do indivíduo em face de eventuais ingerências estatais, bem como em face dos detentores do poder da informação, os quais, em regra, são responsáveis pela coleta global de dados⁷.

Dentro do contexto apresentado, a proteção aos dados pessoais surge, no Brasil, não com a Emenda Constitucional 115 de 2022, mas na legislação infraconstitucional que visou abordar, ainda que de forma perfunctória, o tema, qual seja, o Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014, bem como a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709/2018. As leis mencionadas abordam a proteção de dados num momento enquanto princípio⁸ e noutro enquanto objetivo para a proteção dos direitos fundamentais à liberdade e privacidade⁹.

4 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 20. ed. rev. amp. São Paulo: Paz e Terra, 2019. Pg. 87-88

5 LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Coleção TRANS. São Paulo: Ed. 34, 1999. Pg. 85.

6 Takano, Camila & Silva, Lucas. (2020). **O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC)**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. 6. 1. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2020.v6i1.6392. Pg. 10. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/344856604_O_CONSTITUCIONALISMO_DIGITAL_E_AS_NOVAS_TECNOLOGIAS_DA_INFORMACAO_E_COMUNICACAO_TIC>. Acesso em 09 de set. 2022.

7 RODOTÁ, Stefano. **Il mondo nella rete quali diritti, quali i vincoli**. Roma Laterza, 2014. Pg. 61.

8 Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei

BRASIL. **Lei 12.965/2014**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022

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

BRASIL. **Lei 13.709/2018**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 24 jun. 2022

Neste ponto, antes de promover o aprofundamento teórico, tem-se por imperioso a apresentação de conceitos basilares para o correto desenvolvimento, em especial o conceito de proteção de dados pessoais.

No que atine à proteção de dados pessoais é possível encontrar um conceito legal contido na Lei Geral de Proteção de Dados, conforme o artigo 5º, incisos I, II e V, nos quais tem-se que os dados pessoais são as informações da pessoa natural identificada ou identificável, existindo dados pessoais sensíveis, os quais abordam sobre origem, opiniões, dados biológicos e genéticos etc., sendo, por fim, que o titular é a pessoa natural dos quais fazem jus os dados¹⁰.

Tratando do desenvolvimento histórico e legislativo, verificou-se que com a massificação do trânsito de dados os usuários das tecnologias virtuais careciam de regulamentação para a sua proteção. Neste sentido, o Brasil desde 2010 iniciou os procedimentos visando criar uma Lei Geral de Proteção de Dados, ocorre que, como o nosso modelo legislativo adotado é um tanto quanto moroso, a Lei Geral citada apenas veio no ano de 2018, com uma *vacatio legis* considerável¹¹.

Ainda, antes deste período mencionado, ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 quando de sua promulgação tratou de forma genérica acerca da privacidade, talvez um gênero do qual os dados pessoais sejam uma espécie. O artigo 5º, da Carta Magna, prevê a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, crê-se que naquele momento histórico era esta, de fato, a medida suficiente para buscar uma proteção dos dados atinentes à pessoa humana¹².

Além disso, verifica-se que o tratamento inicial acerca da proteção de dados não se iniciou com caráter de norma formalmente constitucional, já que inexistia previsão específica de direito à proteção de dados no ato da promulgação da Constituição Federal.

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

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

BRASIL. **Lei 13.709/2018**. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 24 jun. 2022

11 ALMEIDA, Juliana Evangelista de; LUGATI, Lys Nunes. **Da Evolução das Legislações sobre Proteção de Dados: A Necessidade de Reavaliação do Papel do Consentimento como Garantidos da Autodeterminação Informativa**. REVISTA DE DIREITO | VIÇOSA | ISSN 2527-0389 | V.12 N.02 2020 DOI: doi.org/10.32361/2020120210597. Pg. 3.

12 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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;

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília. DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor, legislação dos idos de 1990, trata, de forma sutil, acerca da proteção ao titular de seus dados em face dos bancos de cadastro de dados. O artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor, trouxe o *caput* e cinco parágrafos que visavam abordar o tema da proteção dos dados naquele contexto específico, sendo que em 2015, com o advento da Lei 13.146, houve a inclusão do parágrafo 6º, ao artigo citado, o qual foi mais incisivo no que tange à forma de disponibilização das informações/dados¹³.

Um pouco depois, surge literalmente um marco para o Brasil, qual seja, a Lei do Marco Civil da Internet, o qual se dá em um ambiente de insegurança gerado pelo escandaloso episódio de espionagem revelado por Edward Snowden, o Marco Civil da Internet se deu como uma tentativa conferir direitos e garantias aos usuários da internet sem que isso acarretasse num travamento ou embaraço para a inovação tecnológica no Brasil, em verdade, ao invés de criar espécies de embaraços, a lei supradita trata de forma principiológica a utilização da internet, buscando conferir uma proteção especial ao titular dos dados¹⁴.

Por fim, sem intentar exaurir o tema, surge em 2018, como já mencionado, a LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709/2018, sendo relevante citar que, posteriormente à LGPD, advém a inclusão do direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais com a Emenda à Constituição número 115/2022, a qual incluiu o inciso setenta e nove (LXXIX) junto ao artigo 5º, da Constituição Brasileira¹⁵.

A realidade, acerca do que fora demonstrado, é que o Brasil tem buscado implementar regulamentação que visa garantir a proteção de dados no país, não

13 Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília. DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>.

14 ALMEIDA, Juliana Evangelista de; LUGATI, Lys Nunes. **Da Evolução das Legislações sobre Proteção de Dados: A Necessidade de Reavaliação do Papel do Consentimento como Garantidos da Autodeterminação Informativa**. REVISTA DE DIREITO | VIÇOSA | ISSN 2527-0389 | V.12 N.02 2020 DOI: doi.org/10.32361/2020120210597. Pg. 12.

15 LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)

Brasil. **Constituição Federal**. Brasília. DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

há que se falar em efetividade plena quanto à proteção existente, mas é possível verificar que inexistem inércias por parte do Poder Público no que atine à matéria, sendo que ainda há capítulos a serem desencadeados quando o assunto é a proteção de dados e suas consequências em razão do advento de novas tecnologias, já que não é razoável crer que dentro do modelo adotado será possível chegar a uma proteção plena, ante a todos os fundamentos e realidades já expostos.

Sem prejuízo do que foi apresentado, pode-se discutir o direito à proteção de dados, antes da Emenda Constitucional 115/2022, não como uma norma formalmente constitucional, mas como uma norma materialmente constitucional, falando-se, então, do que foi consagrado por parte da doutrina e da Suprema Corte como bloco de constitucionalidade.

Em sede de dissertação junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Anderson Miguel de Souza Vargas assevera que

A Constituição, dotada de extrema rigidez para produção de suas normas, por um procedimento cauteloso de adequação do ordenamento jurídico ao seu conteúdo, de um órgão guardião pela sua permanência e durabilidade e, principalmente, pela subordinação das demais normas infraconstitucionais, impõe uma dificuldade em caracterizar quais normas são qualificadas como constitucionais. Significa dizer que, como as normas constitucionais possuem determinadas características que lhes atribuem uma natureza jurídica distinta das demais, identificar como tal, qualquer norma jurídica, exige um cuidado para não reconhecer como norma constitucional àquele que não o seja, justamente pela peculiaridade e superioridade que ela carrega. Essa tarefa de definir quais as normas que compõem a Constituição e, portanto, aquelas aptas a tornearem o instituto do Bloco de Constitucionalidade, demonstrando balizas constitucionais de determinado país, acabam por se tornar mais árdua quando visualizada de maneira global, ou seja, sem definir previamente um ordenamento jurídico específico¹⁶.

Ora, deste modo, por Bloco de Constitucionalidade entende-se como o conjunto de normas que não pertencem formalmente à Constituição Federal, mas que materialmente têm o caráter desta estirpe de norma, José Alfredo de Oliveira Baracho, leciona que

Como norma jurídica básica, a aplicação imediata e direta dos princípios constitucionais constitui não apenas um mandato genérico ao legislador ordinário, que deverá incorporar os princípios constitucionais ao Direito positivo ordinário. Está o legislador obrigado a adequar-se ao ordenamento e aos princípios da Constituição¹⁷.

Dessarte, por possuir um elevado caráter axiológico, há normas e princípios

16 VARGAS, Angelo Miguel de Souza. **O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE**: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo – SP. Pg. 11-12. Disponível em <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7774/1/angelo.pdf>> Acesso em 09 de set. 2022

17 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de Subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Pg. 80

que, mesmo não previstos formalmente no texto constitucional, são ou possuem o caráter de norma constitucional, já que o bloco de constitucionalidade não está contido dentro da Constituição escrita. Foge-se de um minimalismo conceitual e se vê como norma constitucional aquelas que possuem o caráter e a *ratio* de uma norma constitucional, reiterando-se, não apenas a norma contida no texto escrito da Carta Maior.

Deste modo, conforme demonstrado anteriormente a proteção de dados já havia sido prevista no ordenamento infraconstitucional como objetivo e princípio, possuindo, em verdade, caráter de norma constitucional e tendo sido, inclusive, reconhecida como direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal antes da promulgação da emenda constitucional, conforme será demonstrado no momento oportuno.

3 RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Neste tópico será discutido o reconhecimento constitucional do direito à proteção aos dados pessoais enquanto direito fundamental e o que isso importa em termos técnicos. Ultrapassada a análise, ainda que rasa, do conceito legal de proteção dos dados pessoais, seu desenvolvimento histórico e legislativo, impende analisar o que seria direito fundamental, já que, a partir deste momento textual, será analisada a proteção de dados enquanto um direito fundamental, utilizar-se-á dos ensinamentos de Gilmar Mendes, o qual assim preceitua

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão enquanto elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático¹⁸.

Assim, tem-se que os direitos fundamentais possuem um aspecto subjetivo, sendo a possibilidade de que seus titulares imponham seus interesses em face de terceiros, ressaltando que formam a base do ordenamento de um Estado Democrático de Direito.

Num mesmo sentido, complementando o conceito anterior, Luís Roberto Barroso ensina que os direitos fundamentais definem direitos subjetivos que outorgam aos beneficiários situações jurídicas desfrutáveis de imediato, seja por meio de prestações positivas ou negativas, exigidas de terceiros – Estado ou outros¹⁹.

18 MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**. Presidência da República – Subchefia para assuntos Jurídicos. Revista Jurídica Virtual, nº 14 – Julho/2000. Disponível em <<http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/OS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS-E-SEUS-M%C3%9ALTIPLOS-SIGNIFICADOS-NA-ORDEM-CONSTITUCIONAL.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022

19 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 221-222.

Como citado no contexto histórico, inicialmente a proteção de dados estava apenas contida dentro do gênero direito à intimidade, sobre este, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco ensinam que o direito à intimidade é aquele que envolve relações familiares, amizades próximas, fatos mais íntimos do agente, fazem então uma correlação com o direito à privacidade, o qual teria por objeto os acontecimentos relacionados aos relacionamentos pessoais em geral, às relações profissionais que o indivíduo não se interessa ou não deseja que sejam externados²⁰.

Não obstante, a ausência de previsão expressa na Carta Maior quanto à proteção de dados gerava certa insegurança jurídica, de modo tal que à Emenda Constitucional 115/2022 coube a tarefa de incluir formalmente a proteção de dados como uma previsão específica no artigo 5º, da Constituição Federal, ou seja, elevando indubitavelmente ao *status* de direito fundamental a proteção de dados.

Acerca da necessidade de previsão acerca da proteção de dados é plenamente possível entender que informações são coletadas a cada minuto junto aos ambientes virtuais, informações estas que se referem em muitos momentos a atributos da personalidade da pessoa, entre eles, orientação sexual, religiosa, racial, política, dentre tantos outros dados sensíveis, razão pela qual a proteção destes dados é condicionante para a boa convivência virtual e/ou física²¹.

O Ministro Gilmar Mendes a muito já lecionava que:

A importância da tutela jurídica dos dados pessoais reside no fato de que esses dados, assim como as demais informações extraídas a partir deles, podem se constituir em uma representação virtual da pessoa perante a sociedade. [...] A natureza do bem protegido, a própria personalidade a que os dados pessoais se referem, exige que a proteção de dados pessoais seja compreendida não como um direito à propriedade, mas como uma espécie dos direitos da personalidade²².

Ora, ainda antes da inclusão do direito fundamental à proteção de dados a doutrina pátria já mencionava a importância de considerar o tratamento de dados uma espécie de direito fundamental, qual seja, daquela atinente aos direitos da personalidade.

Ora, o Estado deve primar pelo desenvolvimento econômico e tecnológico, não agindo com ingerências indevidas, não obstante, deve existir a preocupação e a tutela dos dados pessoais, sobretudo por se tratar de direito fundamental.

20 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

21 SANTOS, Josilenni de Alencar Fonseca. **A Proteção de Dados como um Direito Fundamental no Brasil: Uma Análise de sua Fundamentalidade Material para a Construção de uma Estrutura Dogmática**. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional. Dissertação. Teresina/PI. Ano 2021. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3351/1/DISSERTA%20c3%87%20c3%83O_%20JOSILENNI%20DE%20ALENCAR%20FONSECA%20SANTOS%20_MESTRADO%20EM%20DIREITO.pdf>. Pág. 29.

22 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pag. 124.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade número 6393, em face da Medida Provisória 954/2020, reconheceu que a autodeterminação informativa e a proteção de dados são direitos fundamentais autônomos, vide excerto retirado do julgado e de sua fundamentação

A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, extraídos 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), previstos na Constituição Federal de 1988. [...] O presente voto é estruturado sobre a premissa de que o compartilhamento de dados, mesmo em cenários de crise, deve seguir os mandamentos constitucionais e legais, observando uma estrita relação entre adequação e necessidade. Nesse prisma, entendo que a Medida Provisória 954/2020 desborda dos limites fixados pelos direitos fundamentais à proteção de dados e à autodeterminação informativa, extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e vida privada (art. 5º, X, CF/88), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII, CF/88). A Medida Provisória afronta, ainda, o postulado da proporcionalidade, notadamente nas vertentes adequação e necessidade, mormente por não delimitar o objeto, a amplitude e a finalidade específica da estatística a ser produzida com os dados obtidos²³.

Destarte, defende-se que a proteção de dados, em verdade, foi reconhecida enquanto direito fundamental no ano de 2022, pela Emenda Constitucional 115/2022, não obstante, tratava-se de direito fundamental já reconhecido por parcela da doutrina e da jurisprudência, não seria o primeiro instituto jurídico que é tido por constitucional, mas sem previsão expressa, vide, a título de exemplo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com o reconhecimento expresso do direito fundamental à proteção de dados, tem-se que este passou a ser direito protetivo, ainda como corolário, ou seja, decorrência do direito à dignidade da pessoa humana, do direito à intimidade, inviolabilidade da vida privada e outros. Sem prejuízo, afirma-se que em decorrência do reconhecimento constitucional ou da elevação ao status de norma constitucional, a proteção aos dados pessoais é um dos direitos que se prestam a garantir o mínimo necessário para que o ser humano viva de forma digna numa sociedade que é gerida por leis e administrada pelo Estado²⁴.

Ainda, necessário entender que a proteção de dados pessoais vem atender uma demanda social, já que aqueles que compartilham seus dados pessoais, inclusive em ambientes virtuais, estão em situação não de vulnerabilidade, mas de

23 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6393 MC-REF/DF**. Relatoria Min. Rosa Weber. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344950595&ext=.pdf>>. Pág. 51-52.

24 SANTOS, Josilenni de Alencar Fonseca. **A Proteção de Dados como um Direito Fundamental no Brasil: Uma Análise de sua Fundamentalidade Material para a Construção de uma Estrutura Dogmática**. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional. Dissertação. Teresina/PI. Ano 2021. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3351/1/DISSERTA%20c3%87%20c3%83O%20JOSILENNI%20DE%20ALENCAR%20FONSECA%20SANTOS%20_MESTRADO%20EM%20DIREITO.pdf>. Pág. 33.

hiper vulnerabilidade, posto que, em verdade, não há uma real autodeterminação informativa. A regulamentação e o reconhecimento constitucional, jurisprudencial e doutrinário da necessidade de proteção de dados, do consentimento real para sua difusão e tantos outros procedimentos é o que assegura ao titular dos dados uma segurança na utilização e compartilhamento de dados pessoais²⁵.

Da análise promovida, verifica-se que o direito fundamental à proteção de dados foi reconhecido com *status* constitucional, inicialmente, por meio da doutrina, em seguida, via julgamento do Supremo Tribunal Federal e, por fim, pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, visando adequar o ordenamento jurídico, em especial a Constituição brasileira, com a realidade social.

4 CONCLUSÃO

Da análise realizada, tem-se que a proteção de dados no Brasil surgiu de maneira tímida, contudo ganhou um delineamento maior a partir de eventos que acarretaram comoção popular, como o caso do vazamento informado por Edward Snowden.

Verificou-se que o surgimento de Leis como o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, cada um à sua maneira, buscaram tratar sobre a proteção de dados em seus escopos legislativos.

A Lei Maior – Constituição Federal, de maneira tácita/implícita, tinha a proteção de dados como uma espécie da qual o gênero seria o direito fundamental à intimidade, inviolabilidade da vida privada, dignidade da pessoa humana, mas no ano de 2022 trouxe em seu rol de direitos fundamentais, previsto no artigo 5º, o inciso LXXIX, o qual estabeleceu o direito fundamental à proteção de dados.

O Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o tema proteção de dados e autodeterminação informativa em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, número 6393, do Distrito Federal, no qual se impugnava a Medida Provisória 954/2020, tal julgamento foi paradigmático para afirmar que a proteção de dados deveria ser tida e analisada sob o viés de um direito fundamental autônomo.

Por assim ser, afirma-se que no Brasil o direito fundamental à proteção de dados possui regulamentação própria, seja na Constituição Federal, seja em leis infraconstitucionais, ainda, há precedentes judiciais, junto ao Supremo Tribunal Federal e, ainda, defesa doutrinária acerca do tema. Ainda assim, seria utópico partir do pressuposto de que a discussão estaria pronta e acabada, já que, em verdade, com o advento de novas tecnologias houve o surgimento de um direito fundamental, mas não há que se imiscuir na ideia de que a regulamentação está finalizada. Posto

25 ALMEIDA, Juliana Evangelista de; LUGATI, Lys Nunes. **Da Evolução das Legislações sobre Proteção de Dados: A Necessidade de Reavaliação do Papel do Consentimento como Garantidos da Autodeterminação Informativa**. REVISTA DE DIREITO | VIÇOSA | ISSN 2527-0389 | V.12 N.02 2020 DOI: doi.org/10.32361/2020120210597. Pg. 29.

que a realidade virtual e tecnologia muta-se quase que diariamente e os operadores do direito e legisladores devem estar antenados para solucionar os novos cenários e as futuras lides que podem surgir em razão do tratamento de dados.

O presente artigo utilizou-se da pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa para trazer à lustre, ainda que de forma perfunctória, a realidade acerca da realidade que permeia o direito fundamental à proteção de dados no Brasil, apresentando ainda alguns de seus desafios.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de; LUGATI, Lys Nunes. **Da Evolução das Legislações sobre Proteção de Dados: A Necessidade de Reavaliação do Papel do Consentimento como Garantidos da Autodeterminação Informativa.** REVISTA DE DIREITO | VIÇOSA | ISSN 2527-0389 | V.12 N.02 2020 DOI: doi.org/10.32361/2020120210597.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Brasília. DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília. DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6393 MC-REF/DF.** Relatoria Min. Rosa Weber. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344950595&ext=.pdf>>.

BRASIL. **Lei 12.965/2014.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

BRASIL. **Lei 13.709/2018.** Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede.** Tradução de Roneide Venancio Majer. 20. ed. rev. amp. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. Coleção TRANS. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.** Presidência da República – Subchefia para assuntos Jurídicos. Revista Jurídica Virtual, nº 14 – Julho/2000. Disponível em <<http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/OS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS-E-SEUS-M%C3%9ALTIPLOS-SIGNIFICADOS-NA-ORDEM-CONSTITUCIONAL.pdf>>.

RODOTÁ, Stefano. **Il mondo nella rete quali diritti, quali i vincoli.** Roma Laterza, 2014. Pg. 61.

SANTOS, Josilenni de Alencar Fonseca. **A Proteção de Dados como um Direito Fundamental no Brasil: Uma Análise de sua Fundamentalidade Material para a Construção de uma Estrutura Dogmática.** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional. Dissertação. Teresina/PI. Ano 2021. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3351/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_%20JOSILENNI%20DE%20ALENCAR%20FONSECA%20SANTOS%20_MESTRADO%20EM%20DIREITO.pdf>.

Takano, Camila & Silva, Lucas. (2020). **O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC).** Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. 6. 1. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2020.v6i1.6392. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/344856604_O_CONSTITUCIONALISMO_DIGITAL_E_AS_NOVAS_TECNOLOGIAS_DA_INFORMACAO_E_COMUNICACAO_TIC>. Acesso em 09 de set. 2022.

VARGAS, Angelo Miguel de Souza. **O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: reconhecimento e consequências no Sistema Constitucional Brasileiro.** Dissertação. Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo – SP. Disponível em <<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/7774/1/angelo.pdf>>