

# A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL: FUNDAMENTOS, ALCANCE E DESAFIOS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AS A FUNDAMENTAL RIGHT: FOUNDATIONS, SCOPE, AND CHALLENGES IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

Yandra Karolliny Santos de Carvalho<sup>1</sup>  
Felipe Gomes Santiago<sup>2</sup>  
Laura Vieira Silva Araújo<sup>3</sup>

## RESUMO

A entrada em vigor da Lei Geral de Dados Pessoais traz à baila o debate sobre a natureza jurídica da proteção de dados pessoais. Dessa maneira, o seguinte trabalho analisa a necessidade de inclusão da proteção de dados pessoais como um direito fundamental positivado na Constituição Federal. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo. Inicialmente será necessário observar a configuração da sociedade atual frente aos rápidos avanços tecnológicos trabalhando em cima de conceitos como sociedade da informação, sociedade do risco e ciberespaço. Em seguida, busca compreender os direitos fundamentais, sua compreensão e características, bem como o seu papel jurídico e social. Logo após, será observada a situação da Europa ante o reconhecimento da proteção de dados pessoais (principalmente pela paradigmática decisão da Lei do Censo de 1983), a situação brasileira com a entrada em vigor da LGPD, a decisão da ADI nº 6.387 e a Emenda Constitucional nº 115/2022, ressaltando quais as diferenças entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade. Por fim, será possível concluir que o direito à proteção de dados não estaria abarcado pelo direito à privacidade, se mostrando como acertada a sua positivação no artigo 5º da Constituição Federal, positivando situação jurídica já declarada pelo Superior Tribunal Federal e assegurando maior segurança jurídica aos indivíduos.

**PALAVRAS-CHAVE:** proteção de dados pessoais; direito fundamental; dados pessoais; direito à privacidade.

## ABSTRACT

The entry into force of the General Data Protection Law (LGPD) brings to the forefront the debate on the legal nature of personal data protection. Thereby, this work analyzes the need to include personal data protection as a fundamental right enshrined in the Federal Constitution. The methodology used will be qualitative bibliographic research. Initially, it will be necessary to

<sup>1</sup>Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) na condição de bolsista CAPES. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) na condição de bolsista UFOP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ages (UniAGES). Advogada. Contato: yandrascarvalho@gmail.com.

<sup>2</sup>Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) na condição de bolsista CAPES TAXA. Mestre em Direito pela UFOP na condição de bolsista FAPEMIG. Professor do Curso de Direito da UNIFENAS – Campus Divinópolis e Anhanguera – Campus Divinópolis. Advogado. Contato: felipe.santia@hotmail.com.

<sup>3</sup>Doutoranda em História pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) na condição de bolsista FAPEMIG. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Viçosa (UNIVICOSA). Advogada. Contato: lauravsaraujo26@gmail.com.

observe the configuration of current society in the face of rapid technological advances, working on concepts such as the information society, the risk society, and cyberspace. Next, it seeks to understand fundamental rights, their understanding and characteristics, as well as their legal and social role. Following this, we will examine the situation in Europe regarding the recognition of personal data protection (mainly due to the paradigmatic decision of the 1983 Census Law), the Brazilian situation with the entry into force of the LGPD, the decision of ADI No. 6.387, and Constitutional Amendment No. 115/2022 will be observed, highlighting the differences between the right to personal data protection and the right to privacy. Finally, it can be concluded that the right to data protection is not encompassed by the right to privacy, thus proving to be correct in its inclusion in Article 5 of the Federal Constitution, codifying a legal situation already declared by the Supreme Federal Court and ensuring greater legal certainty for individuals.

**KEYWORDS:** personal data protection; fundamental rights; personal data; right to privacy.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados, que entrou em vigor em 18 de setembro de 2020, trouxe à baila a discussão acerca da proteção de dados pessoais. Nos tempos pós-modernos, chama atenção o debate acerca da inclusão da proteção dos dados pessoais como direito fundamental positivado no art. 5º na Constituição da República Federativa do Brasil através da Emenda Constitucional nº 115/2022.

Em uma sociedade em que os avanços tecnológicos são cada vez mais importantes, nasce o debate acerca da segurança da informação e da importância dos dados pessoais. Desta feita, almeja-se entender se realmente havia a necessidade de incluir a proteção aos dados pessoais como direito garantido no art. 5º da Constituição Federal ou se ele já estaria enquadrado como uma ramificação do direito à privacidade (art. 5º, X da CF).

O objetivo geral será o de analisar a inclusão da proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo. Tem-se como objetivos específicos a inicial análise da importância dos dados pessoais na sociedade moderna, bem como a constituição dos direitos fundamentais e a trajetória da proteção dos dados pessoais como direito fundamental na Europa e no Brasil, diferenciando-o do direito à privacidade.

Na presente pesquisa busca-se a produção de conhecimento e para tanto utilizamos da pesquisa bibliográfica principalmente em livros, dissertações, teses, artigos, reportagens jornalísticas, julgados e as legislações vigentes em território nacional, que venham a contemplar as questões referentes à proteção de dados pessoais como direito fundamental. A abordagem que utilizamos é da pesquisa qualitativa, pois nos preocupamos com o aprofundamento da compreensão do tema em análise (Lakatos; Marconi, 2018, p. 303). Analisamos a inclusão dos dados pessoais como direito positivado na Constituição Federal.

Na sociedade atual, os dados pessoais possuem cada vez mais importância econômica e social, polêmicas envolvendo o seu uso inadequado ou, até mesmo, os seus vazamentos se tornam cada vez mais comuns. É importante avaliar a importância da tutela constitucional a fim de garantir a maior segurança dos dados para os usuários, bem como assegurar a autodeterminação informativa. O conceito de ciberespaço também será primordial para compreender o espaço de vivência entre computadores e a sua conexão com a internet, se mostrando como um âmbito que ocorrem trocas econômicas importantes para o século XXI.

Nessa esteira, traçaremos um panorama da proteção de dados pessoais no Brasil com a entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) que passou a vigorar em setembro de 2018, incluindo conceitos importantes como o da autodeterminação informativa. Focamos também na decisão da ADI nº 6.387 em 07 de maio de 2020 (que reconheceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental), e a Emenda Constitucional nº 115/2022 que incluiu a proteção de dados pessoais como um direito fundamental na Constituição Federal.

## **2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

O alemão Klaus Schwab (2016) cunhou o termo Quarta Revolução Industrial, para se referir as grandes transformações tecnológicas que ocorreram no início do século XX, baseando-se na revolução digital. Sendo caracterizada, principalmente, por uma internet móvel e sensores mais poderosos que tornam a inteligência artificial mais barata e de aprendizagem automática.

Diferentemente das revoluções anteriores, a Quarta Revolução Industrial ou a chamada Indústria 4.0 caracteriza-se pela ampliação pelos vários setores, não se encontrando limitada apenas a sistemas ou máquinas inteligentes e conectada, mas sim pela fusão de tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos. (Schwab, 2016, p. 19). Os impactos causados pela Quarta Revolução Industrial também se estendem à sociedade, assim surgiu o termo Sociedade da Informação ou Sociedade do Conhecimento, que foi cunhado por Fritz Machlup, no seu livro *The Production and Distribution of Knowledge in the United States* em 1962.

Em seus estudos sobre a economia da livre concorrência nos Estados Unidos, Fritz Machlup (1962) observou uma emergente atividade econômica baseada na relação entre os homens e não entre o homem e as coisas ou o homem e a natureza, como ocorria anteriormente. O saber passou a ocupar o centro das relações econômicas, numa situação onde maior conhecimento levava ao aumento de produtividade de determinados produtos e, conseqüentemente, em um crescimento econômico mais rápido. Neste sentido:

A relação mais plausível que se impõe neste contexto é que um maior conhecimento leva a um aumento da produtividade de determinados recursos e, conseqüentemente, a um crescimento econômico mais rápido. [...] Mesmo que nos concentremos apenas no “conhecimento produtivo”, é fácil perceber a probabilidade de uma interdependência, ou “operação de vai-vém”, entre o investimento em conhecimento que permite um aumento do produto nacional e os aumentos do produto nacional que permitem maiores investimentos em conhecimento. Mas os muitos tipos de conhecimento que não resultam em maior produtividade não devem ser deixados de fora do quadro (Machlup, 1962, p. 362, tradução nossa)

Para Machlup (1962), a produção de conhecimento estava dividida em quatro classes: a primeira se referia a itens de consumo, como livros, filmes e televisão. A segunda era composta pela produção de treinamento no local de trabalho, serviços jurídicos, telefone, postal, entre outros. A terceira por itens de investimento, como educação, pesquisa e desenvolvimento; e a última de produção de itens gerais, como os governamentais.

A grande inovação surgiu em 1º de setembro de 1969 com o surgimento da internet que, inicialmente, proporcionou a conectividade entre estudantes da Universidade da Califórnia em Los Angeles, no *Stanford Research Institute*, na Universidade da Califórnia em Santa Bárbara e na Universidade de Utah. Nesse momento a tecnologia não estava servindo apenas a fins governamentais e militares, mas de comunicações científicas e, até mesmo, para conversas pessoais (Casttels, 2011).

Nos anos seguintes, mesmo que algumas pessoas começassem a ter acesso ao computador e a internet, ainda era muito difícil a busca de informações e a comunicação em rede. O principal motivo dizia respeito à ausência de padronização e unificação dos seus sistemas, problemas que foram solucionados com a criação da rede mundial (*world wide web* – WWW), da linguagem de marcação de hipertexto (*hypertext markup language* – HTML), do protocolo de transferência de hipertexto (*hypertext transfer protocol* – HTTP) e do localizador uniforme de recursos (*uniform resource locator* – URL) (Casttels, 2011).

A partir desse cenário, foi possibilitado que em outubro de 1994, Marc Andreessen e seu colaborador Eric Bina fossem procurados por Jim Clark para produzir e comercializar o que seria o primeiro navegador da internet, o *Netscape Navigator* (Lewis, 2000). Houve também avanços na telefonia móvel que, em 1997, começaram a permitir o envio de dados a 384 *kilobits* por segundo (Casttels, 2011). Com o maior acesso populacional às tecnologias possibilitaram uma nova forma de relacionamento humano. Torna-se difícil mensurar a consequência de todos esses componentes, uma vez que a sociedade está intrinsecamente interligada. O grande desafio é de adaptar a todos os avanços tecnológicos. (Schwab, 2016, p. 97).

## 2.1 PARADIGMAS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

No livro *A Sociedade em Rede*, Casttels (2011) define cinco exemplos que servem como modelos norteadores para melhor compreensão da sociedade da informação. O primeiro deles diz respeito à existência de tecnologias que agem sobre a informação. Como apresentamos, diferente das revoluções anteriores em que a informação agia sobre a tecnologia, na Revolução 4.0 as tecnologias tomam como base os bancos de dados. O segundo diz respeito à penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias. Ou seja, a informação é tratada como parte integral de qualquer atividade humana, conseqüentemente, os processos acabam sendo moldados pelos novos meios tecnológicos que foram ou serão criados. A próxima característica é a chamada Lógica das Redes. Segundo Kelly (1995) a rede é o novo átomo, representando o futuro da modernidade. Uma rede é representada pela inexistência de inícios e fins, pois todos os pontos estão interligados, como o formato de uma teia. Falando sobre o tema, Casttels (2011) acrescenta que as redes possuem uma grande capacidade de crescimento exponencial quando se difundem. Com o aumento das conexões, eleva-se também a penalidade pelas oportunidades que são perdidas ao não se estar conectado. O próximo ponto diz respeito à flexibilidade, a sociedade da informação apresenta uma grande capacidade de reconfiguração, diante das inovações que são rapidamente trazidas e a necessidade de adaptação. Com os rápidos avanços, novas tecnologias são cada vez mais rapidamente criadas, caracterizando a sociedade como de constante mudança e fluidez organizacional (Casttels, 2011). E por fim, levanta a convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado. Por estarem interligados, os avanços em determinadas áreas do conhecimento estão interdependentes de revoluções em outras áreas, por exemplo, biologia, microeletrônica e informática.

Logo, constata-se que, todos os paradigmas levam a sociedade da informação a se constituir como um sistema cada vez mais interrelacionado e atrativo aos novos adeptos que não estão dispostos a suportar o ônus da sua exclusão. Ao mesmo tempo, se constitui como extremamente flexível para todas as novas inovações que surgem constantemente, demonstrando cada vez mais a capacidade de adaptação presente.

## 2.2 A SOCIEDADE DO RISCO

Delineado o momento da quarta revolução industrial o qual a sociedade atual está inserida, entendemos como importante nos debruçar no estudo de uma nova característica que é preponderante para compreender os acontecimentos contemporâneos.

Ulrich Beck (2011) defende que a pós-modernidade se encontra em um momento de ruptura

histórica representando a reconfiguração da sociedade moderna. Vive-se em um momento de transformação entre a sociedade da terceira revolução industrial, para o que ele denomina de sociedade industrial de risco, sendo esse o fator que domina a lógica da produção dos bens. Assim, surgiu o que Ulrich Beck (2011) denominou de sociedade do risco na sua obra *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Segundo o autor, os riscos sempre estiveram presentes na sociedade, porém se limitavam a fontes externas (como os deuses ou a natureza), porém, com os avanços tecnológicos “[...] a ciência se converte em causa (entre outras causas concorrentes), expediente definidor e fonte de soluções em relação aos riscos e, precisamente desse modo, conquista novos mercados da cientificização.” (Beck, 2011, p. 234).

Ao contemplar tal afirmação, Giddens (2010) afirma que a época atual se diferencia pela alteração do equilíbrio entre risco e perigo. A sociedade contemporânea seria caracterizada pelo fato dos riscos criados pelo ser humano serem tão alarmantes quanto os riscos naturais. Nesta senda:

A nossa época não é mais perigosa – não é mais arriscada – do que as épocas anteriores, mas o equilíbrio entre riscos e perigos alterou-se. Vivemos num mundo em que os perigos criados por nós são tão ameaçadores, ou mais, do que os perigos que nos são exteriores. (Giddens, 2010, p. 42)

A partir desse momento, o sociólogo alemão afirma que os riscos passam a representar oportunidades de mercado com a ciência representando o papel principal, uma vez que tudo passa ser baseado no conhecimento. Levanta-se também o conceito de individualização, onde cada agente acaba sendo gestor da sua parcela do risco (Cardoso, 2012). No entanto, é importante frisar que, embora a individualização e gerenciamento da própria carga de riscos, a sociedade pós-moderna evoluiu de tal forma que é inegável a existência de riscos que afetam coletivamente os indivíduos, como as ameaças nucleares e os desastres ambientais causados pelo uso desmedido dos avanços tecnológicos (Giddens, 1991).

Em sua crítica ao desenvolvimento científico-tecnológico Beck (2011) desenvolveu o conceito de cientificização simples e a reflexiva. A cientificização simples seria compreendida como a ciência ocorrida até a primeira metade do século XX, momento em que a ciência seria confrontada com o mundo preexistente e os riscos seria apenas algo residual. A cientificização reflexiva decorreria do embate entre a ciência e o seu próprio produto, tornando o debate especificamente problemático. A ciência então passa a ser o objeto da própria reflexão, avalia-se não apenas os seus benefícios, mas também todos os seus malefícios e fracassos que potencialmente podem ocorrer (Doneta, 2020).

A sociedade do risco é caracterizada por um risco muito maior, incalculável, o risco é causa pelo próprio homem, sua ciência, sua tecnologia, os seus resultados são completamente

imprevisíveis. A única contestação capaz de ser feita é que as consequências são superiores aos riscos que antes ocorriam apenas com o uso dos meios da natureza.

### 2.3 CIBERESPAÇO

O termo Ciberespaço foi usado pela primeira vez por William Gibson (2016) no seu livro de ficção científica *Neuromancer* publicado originalmente em 1984. Posteriormente, o filósofo e sociólogo Pierre Lévy (1999) escreveu a obra *Cibercultura* que, entre outros, abordava o tema do ciberespaço, sendo compreendido por ele como:

[...] o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização. (Lévy, 1999, p. 92)

Ele examinou também alguns pontos relativos ao modo de comunicação e interação que seriam possibilitados pelo ciberespaço. A primeira questão levantada por Lévy (1999) diz respeito ao acesso à distância e a fácil transmissão de arquivos, permitindo que comunidades diversas possam se comunicar. O segundo ponto se refere ao Correio Eletrônico ao qual ele atribui a função de troca de mensagens que, na época, ocorria apenas no formato de texto. Conseguimos perceber que, atualmente, essa foi uma das áreas que mais evoluíram, com a possibilidade de troca de mensagens de vários tipos e formatos, além dos serviços terem se popularizado e se tornado mais rápidos e acessíveis. Lévy (1999) levanta também a questão da comunicação através dos mundos virtuais compartilhados, ou seja, a interação com os usuários e o banco de dados poderia gerar uma alteração nesse último. A cada momento que a alteração ocorresse, seria possível que as demais pessoas também visualizassem esse fato, podendo ser utilizado para “(...) jogos, ambientes de aprendizagem ou de trabalho, a prefigurações urbanísticas, a simulações de combate, etc.” (Lévy, 1999, p. 105). Por fim, surgem as navegações, com os avanços tecnológicos, seria possível que todos os tópicos anteriores fossem acessados por pessoas leigas, não apenas por especialistas em informática, como ocorria anteriormente (LÉVY, 1999). Para tal, é utilizado alguns dispositivos como a *World Wide Web* e o hipertexto, como trouxemos no início da seção.

Nesse momento do texto, consideramos como importante pontuar a pandemia do agente do Coronavírus<sup>1</sup>. Com alto grau de contaminação, foi considerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (o mais alto nível de alerta

<sup>1</sup> Grupo de vírus que causam infecções respiratórias, descoberto na China em 31 de dezembro de 2019, conforme informação no site do Ministério da Saúde (2020).

da Organização), enquadrando-se como pandemia em 11 de março de 2020, conforme informações da Organização Pan-Americana da Saúde (2020).

Por se tratar de um novo agente, permaneceu durante muito tempo sem cura ou vacina, de modo que evitar a aglomeração de pessoas foi uma das medidas mais eficientes a ser adotadas (dados do Ministério da Saúde em 2020). Com o mundo em um novo cenário, com diversos estabelecimentos fechados, novos rumos foram tomados para se adaptar a situação. As várias esferas da vida passaram a ocorrer através de recursos virtuais, incluindo educação, saúde, trabalho e lazer. Os serviços de conferência, troca de mensagens e arquivos se tornaram primordiais para se adaptar à nova realidade.

Mesmo no pós-pandemia, muitos desses avanços permaneceram, assim, o cenário atual também representa maior circulação de dados pessoais, o que facilita que empresas lucrem com esse comércio, pois muitas das redes sociais que são utilizadas diariamente se sustentam através da publicidade digital. Nesse sentido:

A grande maioria dos modelos de negócio que viabilizam esse oferecimento gratuito de produtos e serviços está fundada na publicidade digital. Embora a lógica seja fundamentalmente a mesma daquela que financia a produção de conteúdos para parte da imprensa escrita e televisionada, qual seja a venda de espaços publicitários para anunciantes, o ambiente digital sofisticou muito a possibilidade de monetização desses espaços, fazendo que eles sejam também, muitas vezes, menos transparentes. Isso porque a partir da coleta e tratamento de dados pessoais é possível segmentar usuários por grupos de interesse específicos e, portanto, direcionar os anúncios de forma mais eficiente. Nesse sentido, quanto mais usuários, mais valiosa a empresa se torna como veículo de divulgação de anúncios (Antonialli, 2017, p. 15)

Esse ponto serve também para lembrar à necessidade dos dados pessoais para a econômica. Ressaltamos a necessidade de os indivíduos confiarem na empresa e que os seus dados estejam em segurança para que a economia possa funcionar, demonstrando a importância de os proteger (Doneta, 2020). Conseguimos perceber que os dados pessoais são imensamente importantes para a sociedade pós-moderna, influenciando o modo de vida dos indivíduos, suas tarefas mais básicas e que, além de tudo, possuem também um forte impacto na economia.

### **3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: COMO CONCEITUAR E CLASSIFICÁ-LOS?**

Ao fazer uma busca pela conceituação dos chamados Direitos Fundamentais, nos foi possível identificar debates travados, isto pois, habitualmente os cursos e manuais de Direito Constitucional apresentam o seu significado de forma simplista e, até certo ponto, reducionista. Pois, veja-se o conceito apresentado por Bulos (2015) em seu Curso de Direito Constitucional:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente do credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. (Bulos, 2015, p. 226)

André Ramos (2020) no seu Curso de Direitos Humanos, acredita que os direitos fundamentais “(...) consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna” (Ramos, 2020, p. 24). Por sua vez, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2020), mesmo no seu Curso de Direito Constitucional, apresentou a complexidade de se encontrar um fundamento último ou uma conceituação dos direitos fundamentais de modo que venha a abranger todo o seu conteúdo. Nesse sentido, Medauar (2020) afirma que a própria pergunta de “o que são direitos fundamentais?” encerraria um equívoco em si mesma, uma vez que o cerne da questão deveria ser compreendê-los e não conceituá-los.

Dessa maneira, tais Direitos Fundamentais podem ser considerados como uma criação histórica e não apenas como direitos inatos inerentes à pessoa humana (Medauar, 2020). Dessa maneira, seriam também princípios ou argumentos de princípios, vinculando os juízes a decidirem com base neles a fim de afirmar direitos aos cidadãos.

Em 1979, Karel Vasak (*apud* Medauar, 2020) foi o primeiro a trazer à tona a ideia de que os direitos fundamentais não surgiram de uma vez, mas foram sendo conquistados a partir da evolução social. Esse entendimento foi consolidado por Noberto Bobbio (2004) na sua obra *A Era dos Direitos*, oportunidade em que o autor dividiu os Direitos Fundamentais em três gerações. A primeira geração seria caracterizada pela abstenção de ação do Estado para a concretização dos direitos dos cidadãos, tendo assim um cunho “negativo” por parte do poder público (Sarlet, 2012). A segunda geração seria composta pelos chamados direitos sociais ou prestacionais e surgiu já no decorrer do século XIX, após lutas originadas pelos problemas sociais decorrentes do contexto econômico e social da época. O grande diferencial era o de atribuir ao Estado uma prestação positiva para que os seus titulares pudessem vir a exercer os seus direitos (Sarlet, 2012). Sobre o tema Medauar (2020) mostrou a necessidade da intervenção do Estado para a efetivação dos direitos, exemplificando através de condutas como a contratação de profissionais e construção de escolas para garantir o direito à educação ou de hospitais para o direito à saúde. Por fim, a terceira e última geração seria composta por “(...) uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata.” (Bobbio, 2004). Atualmente já se pode compreendê-los como direitos difusos pertencentes a um número indeterminado de pessoas, conseqüentemente, qualquer dano causado também impactaria uma inúmera quantidade de cidadãos (Medauar, 2020), o maior exemplo seriam os direitos relacionados à proteção ambiental.

Por sua vez, alguns autores, como Paulo Bonavides (2016) defendem a imprecisão do termo “gerações” e passam a utilizar o termo “dimensões”. Esse também é o entendimento de Pedro Lenza (2020) por entender que “(...) uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária.” (Lenza, 2020, p. 757). Argumenta-se que o termo “gerações de direitos fundamentais” seria inapropriado por partir do pressuposto que uma nova geração sempre abandonaria a geração anterior e a superaria. A doutrina recente passou a utilizar “dimensões” pelo entendimento que haveria uma maior integração e complementariedade entre os direitos apresentados, defendendo assim a sua interdependência e indivisibilidade.

Portanto, pode ser razoável o entendimento que a classificação dos direitos fundamentais até poderia ser utilizada em um primeiro momento em sede de apresentação didática do assunto para melhor compreensão histórica. Porém, após minuciosa análise do assunto, não se sustenta tal divisão, uma vez que as delimitações das características de tais direitos seriam muito mais complexas que o que se pode parecer à primeira vista.

#### **4 CONSTITUCIONALISMO E COMPARATIVISMO: PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E NO MUNDO**

Analisamos agora a trajetória percorrida para que a proteção de dados pessoais deixasse de ser vista como uma ramificação da privacidade e se tornasse um direito *per si*. Além disso, sustenta-se a posição da Proteção de Dados Pessoais no arcabouço jurídico brasileiro com a Lei Geral de Proteção de Dados entrando em vigor em 18 de setembro de 2018, o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao considera-lo como Direito Fundamental e a Emenda Constitucional nº 115/2022, diferencia-o também do direito à privacidade.

##### **4.1 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA EUROPA**

O berço da discussão acerca da proteção de dados pessoais foi a paradigmática votação acerca da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) de 1983 na Alemanha, através de uma decisão Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE - Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung*). Em 25 de março de 1982 o governo editou uma lei determinando que, no início de 1983, deveria ocorrer um recenseamento em que a população seria obrigada a informar vários dados, como, por exemplo, moradia, local, profissão, entre outros, para fins estatísticos, sendo que esses seriam compartilhados com terceiros indeterminados. O Tribunal Constitucional

Federal da Alemanha (TCF) decidiu que a referida norma era apenas parcialmente constitucional. Foram considerados nulos os dispositivos que permitiam o compartilhamento dos dados dos usuários, uma vez que não fora especificado quem iria receber e o que poderia ser feito com eles, no direito à autodeterminação informativa. Nesse sentido:

No mérito, o TCF julgou as Reclamações Constitucionais só parcialmente procedentes, confirmando a constitucionalidade da lei em geral. Declarou, porém, nulos principalmente os dispositivos sobre a comparação e trocas de dados e sobre a competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa. (BVERFGGE, p. 243)

Apesar da Lei Fundamental da República da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) não prever a proteção de dados pessoais como um dos seus direitos, a decisão do TCF se baseou em uma interpretação extensiva conjunta do Art. 2 I com o Art. 1 I GG<sup>2</sup>. A grande inovação trazida por essa decisão do TCF foi o fato de se considerar a proteção de dados pessoais como um direito autônomo, assegurando, principalmente à autodeterminação informativa. Em nenhum momento se falou de considerar a proteção e dados como uma espécie de ramificação do direito à personalidade (que já era previsto na Lei Fundamental da República da Alemanha). Destacamos também o fato de o julgado conferir protagonismo ao proprietário dos dados pessoais no quadro normativo em questão. O direito autodeterminação informacional foi devidamente assegurado, garantindo aos cidadãos o poder sobre os seus dados, destacando a importância do consentimento na situação (Bioni, 2019).

O caso *Digital Rights Ireland* (C-293/12) também foi outro em que foi declarada a existência do direito à proteção de dados pessoais através de decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia. A empresa *Digital Rights Ireland Ltd* deu entrada em um processo contra o Ministro das Comunicações, Recursos Marinhos e Naturais, o Ministro da Justiça, Igualdade e Reforma Legislativa, o Comissário da Garda Síochána e o procurador geral da Irlanda. No acórdão fora declarada a existência do direito fundamental à proteção dos dados pessoais e determinando que qualquer medida legislativa com base legal no tema deve atender ao princípio da proporcionalidade de modo que:

(...) só podem ser introduzidas restrições a esses direitos e liberdades se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.  
(Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção). *Digital Rights Ireland Ltd versus Minister for Communications, Marine and Natural Resources e o. e Kämtner Landesregierung e o.* Acórdão de 8 de abril de 2014. Item nº 38 do Acórdão.)

<sup>2</sup> Art. 2 I GG dizendo respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, desde que não viole a ordem constitucional ou a lei moral e o Art. 1 I GG cuja dicção se refere ao direito à dignidade da pessoa humana como inviolável e dever de todos os poderes do Estado para respeitá-lo e protegê-lo.

Percebemos então que a Europa já tratava à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo e diverso do direito à privacidade através do art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Alemanha foi pioneira nessa decisão ao, em 1983, proferir julgado que já considerava o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo e completamente independente do direito à privacidade, decisão essa que fora reproduzida no caso *Digital Rights Ireland*.

#### 4.2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

No Brasil a proteção de dados pessoais só se constituiu como Direito Fundamental através da Emenda Constitucional nº 115 de 10 de fevereiro de 2022. No entanto, esse direito fora primeiramente assegurado através da criação da Lei nº 13.709/2018 que entrou em vigor em 18 de setembro de 2020. Antes dessa norma, a proteção de dados no país contava apenas com algumas leis setoriais e não uniformes (Bioni, 2019).

A chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) foi criada no intuito de garantir um maior nível de segurança de dados (principalmente nos meios digitais) para igualá-lo aos padrões europeus e assim cumprir o requisito da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e permitir o compartilhamento de dados entre o Brasil e essas nações.

A referida legislação surgiu com o objetivo de proteger os direitos de liberdade e privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade de pessoa natural (art. 1º da LGPD). Possui alguns fundamentos como, por exemplo, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa e ao desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (art. 2º, I, II e V da LGPD). Ressaltamos que, segundo a legislação até os dados anonimizados podem ser considerados como dados pessoais se esses forem utilizados com o objetivo de formar perfis comportamentais (art. 12, § 2º da LGPD), portanto, todos merecem receber a tutela jurisdicional. Segundo Bioni:

Com isso, facilita-se, dentre outras coisas, a percepção de que o tratamento de dados – sejam eles anônimos ou pessoais – que submeta uma coletividade ou uma pessoa a processos de decisões automatizadas deve estar dentro do escopo normativo da proteção dos dados pessoais. Essa é uma chave de leitura essencial para a compreensão da matéria na cultura jurídico-legal brasileira e dos desafios regulatórios de uma sociedade e uma economia cada vez mais movidas por dados. (Bioni, 2019, p. 117)

Passando agora para a análise da proteção de dados na esfera de direito fundamental, o Supremo Tribunal Federal (STF) inicialmente entendeu pela sua configuração através da paradigmática votação da medida provisória na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.387 em 07 de maio de 2020.

A controvérsia surgiu quando o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 954/2020 determinando o compartilhamento dos dados pessoais dos usuários das empresas prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal, com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) visando à produção de estatística para a situação de emergência decorrente do Coronavírus (Covid-19).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs a ADI alegando que a Medida Provisória nº 954/2020 violava dados sigilosos de todos os brasileiros e que a finalidade informada seria genérica e imprecisa. Argumentou, em sede de mérito, pela inconstitucionalidade material da medida por violar o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), bem como os direitos fundamentais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas e o sigilo de dados e da autodeterminação informativa (art. 5º, X e XII, da CF).

A inconstitucionalidade da Medida Provisória foi decretada através dos votos favoráveis da Ministra-Relatora Rosa Weber e dos Ministros Dias Toffoli, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. O único voto dissonante fora o do Ministro Marco Aurélio.

O art. 5º, XII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã previu a inviolabilidade ao sigilo dos dados demonstrando que, para a visão ocidental de democracia e manutenção do Estado de Direito é necessário a observâncias de tais direitos fundamentais. Nesse sentido o voto do Ministro Alexandre de Moraes:

Pela primeira vez, no inciso XII, nosso sistema constitucional expressamente previu a proteção constitucional ao sigilo de dados, mostrando, dessa forma, a importância, na visão ocidental de democracia, da interligação entre democracia e Estado de Direito e democracia e limitação do exercício do Poder - ambos indissolavelmente combinados -, sendo imprescindível a observância dos direitos e garantias fundamentais. São comandos proibitórios expressos dirigidos ao Estado não violar a intimidade, a vida privada e o sigilo de dados.

(Brasil. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020, p. 34)

Foi-se entendido que a proteção de dados pessoais, bem como a autodeterminação informativa seriam direitos fundamentais *per se*, extraídos de uma interpretação combinada da garantia de inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X da CF), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII da CF). Veja-se o voto do Ministro Luiz Fux:

A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art.

1º, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988.

(Brasil. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020, p. 65)

Esse foi o mesmo entendimento do Ministro Gilmar Mendes ao afirmar que o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais surge da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana na sociedade democrática, devendo ocorrer a sua positivação para garantir o controle efetivo e transparente do indivíduo sobre seus dados:

A afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais – há de se dizer – não se faz tributária de mero encantamento teórico, mas antes da necessidade inafastável de afirmação de direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas.

[...] a afirmação da força normativa do direito fundamental à proteção de dados pessoais decorre da necessidade indissociável de proteção à dignidade da pessoa humana ante a contínua exposição dos indivíduos aos riscos de comprometimento da autodeterminação informacional nas sociedades contemporâneas.

(Brasil. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020, p. 110 - 111)

Essas normas devem ser positivadas justamente para garantir o controle efetivo e transparente do indivíduo relativamente à circulação dos seus dados, tendo como chave-interpretativa da juridicidade desse controle a noção de consentimento.

(Brasil. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020, p. 115)

Ressaltamos que, atualmente, o risco à democracia é concretizado pelo uso inadequado de dados pessoais que criam bolhas de pensamento no objetivo de manipular a própria liberdade de pensamento do indivíduo, como o próprio caso da *Cambridge Analytica*, demonstrada no documentário *The Great Hacker* (2019)<sup>3</sup>. Nesse sentido a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski:

Penso que o maior perigo para a Democracia nos dias atuais não é mais representado por golpes de Estado tradicionais, perpetrados com fuzis, tanques ou canhões, mas pelo progressivo controle da vida privada dos cidadãos, levado a efeito por governos de distintos matizes ideológicos, mediante a coleta maciça e indiscriminada de informações pessoais, incluindo, de maneira crescente, o reconhecimento facial. E esses dados são submetidos ao novo instrumental da tecnologia de informações denominado big data, que consegue armazenar, interligar e manipular uma enorme quantidade de dados, para o bem ou para o mal.

(Brasil. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020, p. 79 - 80)

---

<sup>3</sup> O documentário de 2019 da Netflix trouxe a tona à situação do uso de dados pessoais pela empresa Cambridge Analytica para traçar perfis de personalidade dos usuários e assim, bombardeá-los com publicidade no intuito de convencê-los a votar no candidato republicano, influenciando assim na eleição americana de 2016. O fundador do Facebook, Mark Zuckerberg, foi intimado a depor perante a justiça americana, o que ocasionou na fixação de multa no valor de 5 bilhões de dólares pela violação das regras de privacidade dos usuários.

Os dados pessoais demandam maior proteção na sociedade da informação justamente devido ao rápido desenvolvimento da tecnologia que permite maior acesso às informações, seja pelos avanços tecnológicos em si, seja pela combinação dos dados adquiridos com os dados que já se encontravam disponíveis através de outros meios. Pontos esses levantados pelos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber:

Certamente há quem ainda se lembre de que há poucas décadas, antes da ubiquidade da telefonia móvel, era comum a edição de listas telefônicas impressas contendo nomes, telefones e endereços dos assinantes residenciais e comerciais dos serviços de telefonia em uma dada localidade. Além de ser facultado aos usuários dos serviços de telefonia optarem pela exclusão dos próprios dados dessas listas, é crucial ter presente que o que podia ser feitos a partir da publicização de tais dados pessoais não se compara ao que pode ser feito no patamar tecnológico atual, em que poderosas tecnologias de processamento, cruzamento e filtragem de dados permitem a formação de perfis individuais extremamente detalhados. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020, p. 27 - 28)

Então, dados, como nomes, telefones e endereços, são extremamente relevantes para a identificação pessoal e potencialmente perigosos quando cruzados com outras informações compartilhadas por pessoas e por entidades. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020, p. 53)

Único voto dissonante foi o do Ministro Marco Aurélio Mello por entender que o recebimento de um telefonema pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística não incidiria em uma violação ao direito, pois seria possível desligar a ligação sem nem mesmo responder nenhuma pergunta. Ademais, sustenta que:

[...] em nossas residências, somos sufocados com ofertas de produtos e serviços de terceiros que estão no mercado e obtêm, mas não de forma legal, os telefones dos consumidores de mercadorias e usuários de serviços. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020, p. 156).

Em discordância ao ponto do último ministro, destacamos que o fato dos dados pessoais serem utilizados indevidamente por algumas empresas não deveria ser aceito como modelo a ser seguido, pelo contrário, o Direito deve assegurar a proteção dos dados pessoais impedindo que novas situações de abuso de utilização desses venham a ocorrer.

Por fim, em 10 de fevereiro de 2022 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 115/2020, que busca inseriu o inciso LXXIX do art. 5º da Constituição Federal para que passe a constar o direito à proteção de dados pessoais, inclusive em meios digitais, bem como acrescenta o inciso XXX ao art. 22 da Carta Magna para estabelecer como competência privativa da União a de legislar sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais.

### 4.3 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO AUTÔNOMO

Observado o panorama do direito à proteção de dados pessoais no cenário jurídico brasileiro, o nosso questionamento foi: se realmente seria necessário à inclusão de tal garantia fundamental ou se ela já estaria presente na Constituição Federal como um desdobramento do direito à privacidade, previsto em seu art. 5º, inciso X.

Inicialmente, frisamos que o direito à privacidade constitui verdadeiro basilar para a democracia e para o Estado Democrático de Direito, como demonstramos anteriormente na votação da ADI nº 6.387, bem como uma condição *sine qua non* para o desenvolvimento da personalidade e liberdade de pensamento dos cidadãos (Arendt, 2010).

O direito à privacidade é caracterizado como uma liberdade negativa do indivíduo, ou seja, o chamado direito de ser deixado só e não sofrer nenhum tipo de interferência alheia (Mendes; Branco, 2020), além de se constituir como uma verdadeira separação entre as esferas da vida pública e privada (Bioni, 2019). Destacamos esses dois pontos essenciais que caracterizariam o direito à privacidade, sendo eles a dicotomia entre público e privado e a liberdade negativa do indivíduo.

Passamos a analisar a proteção de dados pessoais que inicialmente era visto apenas como uma evolução ao direito à personalidade, mas que passa a figurar como um direito autônomo. A primeira característica a ser levantada é que a proteção de dados pessoais passa a se configurar como uma liberdade positiva. O usuário quem deve ter o poder real de controlar os seus dados, ultrapassa-se a mera discussão de separação entre as esferas públicas e privadas e a abstenção de agir (Antoniali, 2017).

Ocorre uma mudança qualitativa do espaço das informações, Stefano Rodotà (2008) caracteriza a alteração do ciclo dos dados, se no direito à privacidade ele gira no eixo “pessoa-informação-sigilo” agora no direito à proteção de dados pessoais se funda no eixo de, não mais, três, mas quatro elementos, sendo eles “pessoa-informação-circulação-controle”.

Enquanto o direito à privacidade possuía como base única e exclusivamente em manter a informação longe dos meios públicos, no direito à proteção de dados pessoais passa a não mais ter importância o âmbito que a informação se encontra, mas sim o que o titular permite que seja feito com ela (Bioni, 2019). Nesse mesmo sentido foi o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 6.387:

Já em uma dimensão objetiva, a afirmação do direito fundamental à proteção de dados pessoais impõe ao legislador um verdadeiro dever de proteção (Schutzpflicht) do direito à autodeterminação informacional, o qual deve ser colmatado a partir da previsão de mecanismos institucionais de salvaguarda traduzidos em normas de organização e procedimento (Recht auf Organisation und Verfahren) e normas de proteção (Recht auf Schutz).

(Brasil. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020, p. 115)

Outro fator a considerar é que o próprio direito à proteção de dados pessoais possui os seus próprios desdobramentos como do direito à autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º, II, III e VII da LGPD). Inclui-se até mesmo o direito de solicitar a revisão das decisões tomadas através da utilização dos dados (art. 20 da LGPD). Esse é o mesmo entendimento de Bruno Bioni (2019) ao afirmar que seria algo contraproducente tentar limitar o direito à proteção de dados pessoais apenas como uma ramificação do direito à privacidade.

A proteção dos dados não está limitada apenas a manter os dados na esfera privada, mas de ter controle sobre eles mesmo que estejam na esfera pública, como, por exemplo, alterar dados que estejam incorretos. Nesse sentido:

Seria contraproducente e até mesmo incoerente pensar a proteção de dados pessoais somente sob as lentes do direito à privacidade. O eixo da privacidade está ligado ao controle de informações pessoais do que seja algo íntimo ou privado do sujeito. A proteção dos dados pessoais não se satisfaz com tal técnica normativa, uma vez que a informação pode estar sob a esfera pública, discutindo-se, apenas, a sua exatidão, por exemplo. (BIONI, 2019, p. 100)

Ressaltamos que a proteção de dados pessoais, como já ventilado, se relaciona diretamente a manutenção da democracia, pois os golpes de Estado modernos seriam perpetrados através da utilização dos dados dos cidadãos. Essa foi a argumentação levantada por Katharina Pistor (2020) na sua análise sobre o panorama da proteção de dados no âmbito de pandemias como a do Coronavírus (Pistor, 2020). Nesse sentido:

Nesses termos, entendo que a proteção de dados não se limita a mera proteção da privacidade, mas a autodeterminação informativa para garantir aspectos como a liberdade (inclusive de pensamento) e aspectos ainda mais intrínsecos dos indivíduos, como a dignidade da pessoa humana.

Deixo claro que em uma eventual quebra na tentativa de assegurar tal direito não afetaria apenas uma pessoa, mas irradiaria em diversos reflexos “[...] que vão desde questões atinentes ao gozo de direitos por coletividades até a viabilidade de modelos de negócio que podem ser intrinsecamente contraditórios com o efetivo controle dos próprios dados pessoais, e mesmo o balanço de poderes no sistema democrático.” (Doneta, 2020, online).

A proteção de dados pessoais merece tutela protetiva própria diferenciando-a do direito à privacidade, já previsto na Constituição Federal, ante as suas características igualmente próprias, principalmente no que dizem respeito a não separação entre os aspectos da vida pública e privada do indivíduo.

Entendemos também que a Emenda Constitucional nº 115/2022, que reconheceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental, é nada mais que a positivação de um reconhecimento já realizado pelo Supremo Tribunal Federal, e uma forma de assegurar de maneira mais sólida o que já está presente na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, além de quê, acompanharia uma tendência internacional de assegurar uma melhor proteção dos dados pessoais e suas ramificações.

Além do mais, dada à imensa importância dos dados pessoais na sociedade da informação, trata-se de algo imensamente salutar incluí-lo no rol dos direitos fundamentais, como forma de garantir a liberdade dos cidadãos bem como a manutenção da ordem social e assegurar o Estado Democrático de Direito.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente trabalho nos ocupamos de analisar inclusão do direito à proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais do art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 115/2022. Discussão essa que foi suscitada após a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) começar a vigorar em setembro de 2020.

Inicialmente, levantamos a situação sociológica a qual a sociedade atual está inserida com todos os avanços tecnológicos, utilizando conceitos surgidos após a quarta revolução industrial, como a sociedade da informação, a sociedade do risco e o ciberespaço. Cada vez mais a sociedade está se modificando originando a chamada sociedade do conhecimento ou sociedade da informação. Desde 1962 já ficou demonstrado que o saber começou a ocupar o centro das relações econômicas e que as relações comerciais passaram a se basear entre os próprios homens. A grande inovação surgiu com a criação de internet em 1º de setembro de 1969, inicialmente servindo para conectar estudantes de algumas universidades dos Estados Unidos, porém evoluindo rapidamente e se tornou mais popular com criações como a WWW, a HTML, o HTTP e o URL.

A sociedade da informação traz consigo alguns paradigmas. O primeiro deles diz respeito à existência de tecnologias que agem sobre a informação, cada vez mais a tecnologia está baseando suas decisões de modo automatizado tomando como base os bancos de dados. O segundo se refere à penetrabilidade do efeito da tecnologia que trata a informação como parte integral de toda e qualquer atividade humana. O próximo é a lógica das redes, ela é caracterizada pela inexistência de inícios e fins e que trazem grandes penalidades por quem não está por ela conectado. A flexibilidade também é outro ponto a ser considerado, pois se trata de uma sociedade altamente fluida e que a todo o momento precisa se adaptar aos avanços tecnológicos. E a convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, ligando várias áreas do conhecimento distintas.

O presente momento de ruptura histórica revela a necessidade de se designar um novo termo para si, sendo esse o da sociedade do risco. Ainda que seja fato que os riscos sempre estiveram presentes na humanidade, também é necessário apontar que eles se modificaram devido aos avanços tecnológicos. O equilíbrio entre o risco e o perigo passa a se alterar, porém os riscos criados pelo homem e suas tecnologias acabam por ser mais alarmantes que os riscos naturais. Enfrenta-se o risco que não apenas surge contra quem o causou, mas contra toda uma parcela de pessoas.

O último conceito sociológico a ser definido é o de ciberespaço compreendido como um espaço de interconexão tecnológica mundial nos computadores e em suas memórias. Esse espaço traz muitas facilidades como a fácil transmissão de arquivos, a troca de mensagens, as conferências eletrônicas, os softwares colaborativos e alteração do banco de dados causados pelos usuários.

Ressaltamos que com a epidemia mundial do Coronavírus, o ciberespaço começou a ter cada vez mais importância, uma vez que houve um aumento das atividades que passaram a ser realizadas à distância através dos recursos tecnológicos existentes. Também com o recente contexto de isolamento social, cada vez mais pessoas necessitaram usar os equipamentos de tecnologia, dando impulso às plataformas gratuitas que se utilizam do seu banco de dados para conseguir realizar publicidade e assim garantir a sua economia.

Partimos então para o estudo acerca de Direitos Fundamentais. Destacamos que, mais do que entender o que seriam os direitos fundamentais (ante a complexidade de sua conceituação), é necessário considerá-los como uma criação histórica configurando princípios em que os juízes devem decidir levando isso em consideração.

Quanto a classificação dos direitos fundamentais, inicialmente esses foram divididos em gerações e logo em seguida o termo passou a ser utilizado como dimensões. A divisão era baseada no seu momento de criação. Alguns direitos eram criados em determinados contextos, porém possuíam características de outro. Entendemos, portanto, que essa divisão constitui muito mais um caráter didático para inicial compreensão.

Os direitos fundamentais surgem para dignificar o ser humano e garantir uma vida de desenvolvimentos e liberdade ao qual o Estado não pode se olvidar de protegê-los. A evolução histórica dos direitos fundamentais ocorreu aos poucos, fruto de muitas lutas e progressos considerados ínfimos. No Brasil, a Constituição Cidadã de 1988 foi a grande responsável por aumentar, veementemente essas garantias, fortalecendo o Estado Democrático de Direito, principalmente com os direitos individuais e coletivos (art. 5º) e os direitos sociais (art. 6º) que oferece garantias às classes que se encontram em situação de vulnerabilidade. Em um mundo cada vez mais globalizado, com a vivência da sociedade da informação e reconhecimento de existência do ciberespaço, o Direito não pode quedar-se inerte às novas demandas sociais. Quando da criação

da Constituição Federal de 1988, a questão da tecnologia não era realidade imensamente presente aos brasileiros, conseqüentemente, os seus riscos não eram tão conhecidos como ultimamente, não se pode ignorar esses fatos.

Na última parte do trabalho nos debruçamos sobre a análise da proteção de dados, em si, como um direito fundamental, tanto na Europa quanto no Brasil, e a sua diferenciação do direito fundamental à privacidade.

O primeiro grande paradigma no reconhecimento à proteção de dados pessoais como direito fundamental foi na Alemanha com o julgado da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) de 1983, fixando também a importância da autodeterminação informativa. Logo após, fora incluído na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 18 de dezembro de 2000, em seu artigo 8º, o reconhecimento à proteção e dados pessoais como direito autônomo.

No Brasil, a proteção de dados pessoais foi positivada na Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 115/2022, no entanto, seu primeiro regramento foi a Lei nº 13.709/2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. O Supremo Tribunal Federal também já havia entendido pela consideração da proteção de dados pessoais como um direito fundamental na ADI nº 6.387 em 07 de maio de 2020. Esse surge da necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana e manter a democracia numa sociedade cada vez mais dependente da tecnologia e das informações, que podem ser utilizadas por governos autoritários. Garante-se que o titular dos dados tenha a autonomia de decidir com quem esses serão compartilhados, revelando a proteção de dados pessoais como uma faceta da sua liberdade de pensamento.

Na análise das características entre o direito à privacidade e o direito à proteção dos dados pessoais. A privacidade é compreendida como uma liberdade negativa do indivíduo restrita à sua vida privada, de manter as informações longe de meios públicos. Por outro lado, a proteção de dados pessoais se refere a uma liberdade positiva que o usuário possui de controlar os seus próprios dados, não apenas na esfera privada, mas também na pública. Consideramos também o direito à proteção dos dados pessoais possui os seus próprios desdobramentos, como o direito à autodeterminação informativa, liberdade de informação e expressão, livre desenvolvimento de personalidade, revisão de dados incorretos, entre outros. Além da clara importância democrática que já fora aventada, golpes de Estado podem mais facilmente ser realizados se os dados pessoais ficarem desprotegidos e assim, poder controlar mais facilmente a população através da análise da sua personalidade.

Ante o exposto, percebemos que a hipótese que fora inicialmente levantada estava correta, pois o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal se mostra como a melhor atitude ante os avanços tecnológicos e a atual

sociedade. Ressaltamos que essa inclusão é a positividade de uma decisão já tomada pelo Supremo Tribunal Federal e que trouxe maior segurança aos cidadãos brasileiros servindo, inclusive, como garantidor do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ANTONIALLI, Dennys. **Privacy and International Compliance: When Differences Become an Issue**. 2017. Disponível em: <https://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/viewFile/1165/1470>. Acesso em: 23 nov. 2020.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Sobre a doença**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL, Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 954, de 2020**. Compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações durante a emergência de saúde pública. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Data de publicação: DOU 17/04/2020. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=602&pagina=1&data=17/04/2020>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387**. 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. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 07/05/2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed.. São Paulo, Saraiva, 2015.

BVERFGE 65, 1, “**Recenseamento**” (**Volkszählung**). MARTINS, Leonardo. (org.) Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional federal Alemão. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARDOSO, Janine. **Entre vítimas e cidadãos: risco, sofrimento e política nas narrativas do Jornal Nacional sobre as epidemias de dengue (1986-2008)**. [Doutorado em Comunicação e Cultura]. Rio de Janeiro: Escola de Comunicação. Universidade Federal do Rio de Janeiro; 2012.

CASTTELS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 9. ed. revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DEUTSCHLAND. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: [https://www.bundestag.de/gg#:~:text=\(1\)%20Die%20Bundesrepublik%20Deutschland%20ist,Gewalt%20und%20der%20Rechtsprechung%20ausge%C3%BCbt..](https://www.bundestag.de/gg#:~:text=(1)%20Die%20Bundesrepublik%20Deutschland%20ist,Gewalt%20und%20der%20Rechtsprechung%20ausge%C3%BCbt..) Acesso em: 22 nov. 2020.

DONETA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais [livroeletrônico] : elementos da formação da Lei geral de proteção de dados**. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F215543393%2Fv2.2&titleStage=F&titleAcct=30d1bac228be446aafb7c38839a7d2e3#sl=0&eid=9f6dea8aa60df67e9f29ee5afb895729&eat=%5Bereid%3D%229f6dea8aa60df67e9f29ee5afb895729%22%5D&pg=X&psl=p&nvgs=false>. Acesso em: 20 nov. 2020.

EUROPEU, Parlamento. **Directiva 95/46/CE. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em: 22 nov. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIBSON, William. **Neuromancer**. 5. ed. Aleph, 2016.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. 7ª ed. Lisboa: editorial Presença, 2010.

HOLMES, Stephen. **In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror**. *California Law Review*, v. 97, n. 2, Abril de 2009.

KELLY, Kevin. **Out of Control: The Rise of Neo-biological Civilization**. Menlo Park, CA: Addison-Wesley, 1995.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24ª Ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEWIS, Michael. **The New New Thing: a Silicon Valley Story**. Nova York: W. W. Norton., 2000.

MACHLUP, Fritz. **The Production and Distribution of Knowledge in the United States**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1962.

MAZLISH, Bruce. **The Fourth Discontinuity: The Co-evolution of Humans and Machines**. New Haven, CT: Yale University Press, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Fundamental**. 15ª Ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

PISTOR, Katharina. **Law in the Time of COVID-19**. New York: Columbia Law School Books, 2020.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. **Curso de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RODATA, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

THE GREAT Hack. Direção de Karim Amer e Jehane Noujaim. Estados Unidos: The Othrs, 2019. Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/80117542>. Acesso em: 17 de jun. 2020.

Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção). **Digital Rights Ireland Ltd versus Minister for Communications, Marine and Natural Resources e o. e Kärntner Landesregierung e o. Acórdão de 8 de abril de 2014**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5863500>. Acesso em: 22 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 18 de dezembro de 2000**. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em 22 nov. 2020.