

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

**PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: NOTAS SOBRE A LGPD E O CAMINHO
À CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

**PROTECTION OF PERSONAL DATA: NOTES ON LGPD AND THE PATH TO
CONSTITUTIONALIZATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT**

Eduarda Flores Giampaoli¹

Laura Uhry Vieira²

RESUMO

O presente artigo analisa o instituto jurídico da proteção de dados informáticos, que veio a ter especial proteção no país por meio da Lei n. 13.709 de 2018, com alterações pela Lei 13.583 de 2019 e pela Lei 14.010 de 2020. A abordagem doutrinária e da legislação se mostra imprescritível para a apreciação do direito à autodeterminação informativa. Esse direito é analisado à luz dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, em especial atenção ao direito à personalidade sob viés moral. Embora amparado por uma histórica decisão da Suprema Corte e, atualmente, legitimado no plano infraconstitucional pela LGPD em vigor, a proteção de dados ainda não foi consagrada expressamente pela Carta, sob o enfoque que agora se almeja pela sociedade. À vista disso, faz-se uma análise da PEC n. 17/2019 bem como dos motivos que justificam a sua aprovação pelo Poder Legislativo e a consequente recepção como direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Proteção de dados. LGPD. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This article analyzes the legal institute for the protection of computer data, which came to have special protection in the country through the L. n. 13.709 of 2018, with amendments by L. n. 13.583 of 2019 and L. 14.010 of 2020. The doctrinal and legislation approach is essential for the appreciation of the right to informative self-determination. This right is analyzed in the light of the fundamental rights and guarantees expressed in the Constitution, in particular the right to the personality of the human person under moral bias. Although supported by a historic Supreme Court decision and, currently, legitimated in the infra-constitutional plan by the LGPD that is effect, data protection has not yet been expressly enshrined in the Constitution, especially about personality rights. Because of this, an analysis of PEC n. 17/2019 as well as the reasons that justify its approval by the Legislative and the consequent reception as a fundamental right by the Brazilian legal system.

¹ Advogada, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela PUCRS.

² Advogada, Pós-Graduada em Direito Público pela FMP.

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Keywords: Data protection. LGPD. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Em vigor desde agosto de 2020, Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD – inovou no país ao prestigiar a proteção de dados pessoais tanto no meio físico como em suporte digital. Baseada na legislação europeia, essa lei veio a disciplinar, de modo genérico, uma série de medidas a serem observadas por qualquer setor que realize o tratamento de informações pessoais, seja esta pessoa natural ou pessoa jurídica, de direito público ou privado. É espelhada no modelo europeu ao prever um catálogo de sanções administrativas aos agentes de tratamento de dados.

Inspirada no contexto dos países ocidentais ricos, a LGPD pode ser considerada o primeiro passo de um movimento cultural sistemático no Brasil. Muito ao contrário de assumir um papel essencialmente punitivo e desestimulador de empreendimentos, esse ato normativo contém axiologia constitucional que corresponderá aos anseios dos titulares de dados que, porventura, forem lesados pelo tratamento abusivo dos setores público ou privado.

Sem dúvidas a vigência da LGPD abriu caminho ao reconhecimento da autodeterminação informativa sendo, inclusive, um dos seus fundamentos. A autodeterminação informativa é, claramente, uma cisão do direito fundamental à personalidade da pessoa natural, motivo pelo qual se mostra oportuno sua constitucionalização.

Tendo em vista tais considerações, o presente artigo traça uma breve cronologia acerca da tutela jurídica da proteção de dados no mundo e no Brasil; além de uma análise dos conceitos e princípios previstos pela LGPD e sua relação com os direitos fundamentais. Por fim, será exposta as tratativas da PEC n. 17/2019 e os reflexos da constitucionalização do direito à proteção de dados no país.

1. PANORAMA HISTÓRICO DO MUNDO E DO BRASIL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS

O processo de internalização da tutela jurídica da proteção de dados em escala mundial, fenômeno que não é tão recente e considerados o histórico internacional do qual veicula o tema, teve maior impulso em virtude da atual perspectiva social, cultural e econômica da sociedade contemporânea. A democratização do uso da internet – largamente ampliada se comparada ao cenário

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

do decênio anterior –, o avanço numérico dos negócios jurídicos on-line e a transfronteiricidade das relações estatais e pessoais podem ser apenas alguns dos movimentos de massa que corroboraram para a estruturação legal da tutela protetiva de direitos decorrentes de atividades virtuais que está em vigor no Brasil.

Na década de 60 do séc. XX, a automatização dos processos de produção e o início da era da multimídia fez despertar uma preocupação sobre a regulação de dados pessoais, particularmente na Europa (LAVITS, 2017). O Estado de Hesse, na Alemanha, foi a pioneiro no desenvolvimento legislativo acerca da proteção de dados, seguida da Suécia e dos Estados Unidos.

A primeira lei local regulamentadora foi editada no ano de 1970 pelo Estado Alemão de Hesse, com a *Hessisches Datenschutzgesetz*, a qual dispunha, em síntese, sobre a tutela de dados processados eletronicamente e a criação de um órgão de controle independente para o controle e registro das informações (FITKAU, 2018). Poucos anos após, em 1973, a Suécia sanciona o Estatuto para Banco de Dados – *Data Legen* 289. Por sua vez, em 1974 o *Privacy Act* de 1975 estabelece, nos Estados Unidos, um código de boas práticas à informação, que vem a reger o recolhimento, manutenção, uso e a disseminação de informações pessoais mantidas nos sistemas registrais de agências federais (WINN, 2020). Em 1977, o Parlamento alemão aprova sua primeira lei federal de proteção de dados pessoais, a *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG). Estalei definiu conceitos e setores governamentais de processamento de dados, estabeleceu diretrizes e medidas técnicas e organizacionais, bem como infrações administrativas. Em termos práticos, consagrou um regime robusto e detalhado que demandava um acompanhamento minucioso para sua aplicação (DEUTSCHLAND, 2016).

O núcleo essencial dessas leis pairava sobre a concessão de autorizações para a criação de bancos de dados e o controle *a posteriori* pelos órgãos públicos. Pretendeu-se regular um cenário no qual centros elaboradores de dados, de grande porte, concentrariam a coleta e gestão dos dados pessoais. Em outros termos, era enfatizado o controle do uso de informações pessoais pelo Estado e por suas estruturas administrativas, que eram o destinatário principal – quando não único – de tais normas (DONEDA, 2011).

Nessa década, um importante julgamento de reclamações constitucionais contra a Lei do Censo – *Volkzählungsgesetz* – de 1983 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão daria caminho ao reconhecimento do direito fundamental à autodeterminação informativa.

Por meio da referida lei, ordenou-se o recenseamento geral da população alemã a partir de dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho para propósito estatístico, como o estágio do

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

crescimento populacional e as características demográficas, sociais e econômicas da população do território federal. Havia, também, a previsão da possibilidade de comparação dos dados levantados pelos pesquisadores – credenciados com registros públicos –, bem como da transmissão de dados tornados anônimos a repartições estatais para fins de execução administrativa. O ato normativo gerou grande reprovação pela população à época, sob o argumento que a Lei do Censo violaria diretamente alguns direitos fundamentais, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (MARTINS, 2016).

Não obstante o Tribunal Constitucional Alemão tenha confirmado a constitucionalidade da lei, declarou nulos os dispositivos que previam a comparação e trocas de dados e a competência de transmissão de dados para fins de execução administrativa. Em suas razões, justificada no valor da dignidade humana que dá vazão à livre autodeterminação do indivíduo como membro de uma sociedade justa e igualitária, destacou:

A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação-, que ao indivíduo seja garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem precedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão.

Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente nas quais os cidadãos não soubessem mais quem, o quê, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito à autodeterminação na informação (MARTINS, 2016).

A decisão da Corte Alemã foi o marco histórico do denominado direito à autodeterminação informativa e ainda continua sendo mencionada pela jurisprudência brasileira atual.

Há poucos anos, no primeiro semestre de 2018, entrou em vigor o Regulamento Europeu de Proteção de Dados 2016/679 – *General Data Protection Regulation* –, elaborado e aprovado pela União Europeia. Trata-se de uma lei de privacidade impositiva de obrigações aos setores os quais operam com o processamento de informações, qualquer que seja sua localização, desde que colem dados relacionados a pessoas da comunidade europeia. Além disso, reconhece algumas subespécies do direito à privacidade para os titulares de dados, como os direitos de ser informado, de acesso, de retificação e o direito de restrição ao processamento, por exemplo (WOLFORD, 2018).

No cenário brasileiro, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 consagrou implicitamente a proteção de dados no art. 5º, XII, ao dispor acerca da inviolabilidade do sigilo de dados, embora com pouco ou nenhum direcionamento ao processamento virtual quando de sua elaboração.

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Em 2020, o STF teve a oportunidade de reconhecer explicitamente o princípio da autodeterminação informacional em sede de medida cautelar na ADI 6389 proposta pelo Partido Socialista Brasileiro contra a Medida Provisória n. 954/2020, a qual dispunha sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o IBGE para o uso em produção estatística durante a pandemia da Covid-19.

Em decisão, a Min. Relatora Rosa Weber concluiu que, em que pese não questionada a relevância, seriedade e legitimidade do trabalho desempenhado pelo IBGE ao produzir dados e informações estatísticas, a MP n. 954/2020 não representaria mecanismo técnico ou administrativo adequado para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, indo de encontro com as garantias fundamentais da liberdade individual, privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade.

Outrossim, o próprio IBGE já anunciara parceria com o Ministério da Saúde para quantificar as pessoas com sintomas da doença e dimensionar os impactos da pandemia no mercado de trabalho, o que demonstraria a desnecessidade e o excesso do compartilhamento de dados disciplinado no ato normativo em questão. Tais motivações corroboraram para, naquele ano a Suprema Corte, por maioria, referendar a liminar para suspender a eficácia da MP n. 954/2020, concluindo que a Constituição contemplaria elementos basilares aptos à proteção de dados.

Como resposta ao cenário mundial – mais avançado e veterano no tocante à tutela protetiva de dados – e às cobranças internas para que o Brasil tivesse uma legislação sobre o assunto, o ex-presidente Michael Temer sanciona a LGPD, Lei n. 13.709/2018, que veio a entrar em vigor no segundo semestre de 2020.

Essa norma já sofrera algumas alterações desde sua publicação, pela Lei n. 13.853/2019 e pela L. 14.010/2020, esta última confirmou a vigência das sanções administrativas da LGPD para agosto deste ano. Entretanto, a violação aos princípios da LGPD, apta a ensejar sanções cíveis, amparadas pelo Código Civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme o caso, já estão sendo plenamente aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas que, de forma indevida, lidam com o tratamento de dados pessoais.

Por óbvio, o manejo de dados de terceiros, antes da publicação da mencionada lei, já deveria seguir ritos transparentes e claros, pautado na boa-fé das comunicações e à luz das boas práticas das relações interpessoais. A publicação da LGPD veio a proporcionar segurança jurídica e amparo legal ao anseio popular frente aos recorrentes ilícitos no tratamento de dados pessoais.

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

2. NOTAS INTRODUTÓRIAS À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A temática da tutela dos dados pessoais ganhou cada vez mais importância no cenário mundial. Por conta da percepção de que os dados pessoais representam e identificam o seu titular, estejam eles disponibilizados em base física ou digital, existe a necessidade de que sejam protegidos. Além de determinar uma característica personalíssima daquele que os cria ou os expõe, os dados, sob o ponto de vista econômico, possuem aptidão de serem convertidos em informações úteis – e até essenciais – para diversas atividades comerciais, razão pela qual a sua proteção jurídica se faz pertinente.

De fato, a regulamentação do tratamento de dados no mundo e no Brasil advém da necessidade de se ter uma adequada tutela dos próprios direitos fundamentais que podem ser afetados pelo mau uso – diga-se abusivo – destes. Alguns desses direitos são mencionados pela LGPD, a exemplo do artigo 1º, o qual define seu objetivo: a proteção aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Ocorre que, antes de se adentrar especificamente na proteção dos direitos fundamentais envolvidos, é importante que se esclareça alguns conceitos e princípios básicos dispostos na LGPD.

Em seu artigo 5º, a Lei n. 13.709/2018 define alguns conceitos, e, entre eles, o que é considerado “dado pessoal”, “dado pessoal sensível” e “dado anonimizado”, definidos, respectivamente, nos incisos I, II e III. A correta distinção entre essas três espécies de dados se faz necessária, já que cada um corresponde a uma tutela específica.

Segundo a lei, “dado pessoal” é a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Isto é: qualquer dado, número ou informação capaz de determinar individualmente quem é o seu titular; ou, ainda, no caso de “dados pessoais indiretos”, qualquer informação que possua o potencial de identificá-lo, após ser agregado com outros dados. Exemplos comuns de dados pessoais são o nome, número de RG e CPF, endereço, data de nascimento, estado civil e número de telefone (PORTO, 2020).

Além disso, a LGPD considera como “dado pessoal” aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada, é o que dispõe a literalidade do seu artigo 12, §2º (BRASIL, 2018).

De acordo com a Lei n. 13.709/18, as hipóteses taxativas em que o tratamento de dados pessoais é permitido, são estas:

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (BRASIL, 2018).

Infere-se que, se a LGPD já estivesse em vigor antes do pronunciamento judicial do STF – acerca da constitucionalidade da MP n. 954/2020 –, possivelmente o compartilhamento de informações pessoais dos consumidores pelas empresas de telecomunicações para o IBGE, seria legítimo, considerando o que dispõe o inciso IV do artigo em questão.

Caso os dados pessoais sejam utilizados ou tratados fora das hipóteses legais, os responsáveis incorrerão nas infrações administrativas descritas no artigo 52 da lei, o qual prevê, dentre outras penalidades: advertência, multa simples ou diária, publicização da infração depois de confirmada a sua ocorrência e até proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas ao tratamento de dados.

Por sua vez, a legislação considera “dado pessoal sensível” aquele que se refere à origem racial ou étnica; à convicção religiosa; à opinião política; à filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político; à saúde ou vida sexual, e a dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Especificamente, um dado pessoal sensível é qualquer informação capaz de gerar discriminação ou preconceito, dependendo do contexto em que for utilizada (PORTO, 2020).

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

O cuidado no tratamento dos dados pessoais sensíveis é tão importante que a lei dedicou uma seção específica para abordá-lo com maior profundidade. O artigo 11, Lei n. 13.709/18, menciona, em rol taxativo, as hipóteses específicas pelas quais será autorizado o tratamento dos dados pessoais sensíveis:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (BRASIL, 2018).

A LGPD, acertadamente, conferiu atenção especial à regulamentação legal sobre o manejo de dados pessoais sensíveis. Na medida em que estes, quando abusivamente tratados, poderão ter o condão de segregar ou prejudicar determinado segmento da sociedade, sem justificção plausível, espera-se que a legislação direcione tutela específica para esse modelo de dados.

Ainda, há definição legal do que é “dado anonimizado”. Constitui-se em um dado pelo qual sua titularidade não possa ser identificada se se considerar o uso dos meios técnicos e razoáveis disponíveis na ocasião de seu tratamento, a exemplo dos resultados das pesquisas eleitoras (PORTO, 2020). Nesse caso, o tratamento de tais dados não exige o enquadramento em uma das permissivas

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

legais, desde que seja mantida e garantida essa anonimização, nos termos dos artigos 12³, *caput*, e 16⁴, inciso II, da LGPD.

Quanto ao *status* anonimizado de um dado, o inciso XI do artigo 5º o considera como aquele em que se tem perdida a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, desde que atendido o uso de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento. O processo utilizado para realização de estudo por órgãos de pesquisa, como, por exemplo, o Censo, adquire tal conceituação do que vem a ser “anonimização”.

Além disso, cumpre esclarecer quem é o “titular de dados”. Segundo o inciso V do artigo 5º, titular é a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”. Percebe-se que a lei, no que concerne a sua aplicabilidade, acaba por deixar as pessoas jurídicas de fora desse conceito (LIMA, 2020). Embora, em termos práticos, também venha a ser a legítima proprietária de informações essenciais para continuidade da atividade empresarial, as quais exigem proteção.

Em que pese as pessoas jurídicas estejam excluídas do âmbito protetivo da lei, elas se obrigam a observar tais disposições ao realizarem qualquer operação de tratamento que se enquadre nos critérios definidos pelo artigo 3º. Conforme o dispositivo, a LGPD é aplicável às pessoas naturais e às pessoas jurídicas de direito público ou privado, independentemente do meio, país de sede ou do país onde estejam localizados os dados, quando realizarem: o tratamento de dados pessoais no território nacional; operações de tratamento de dados cujo objetivo seja a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços para pessoas naturais localizadas no Brasil; e a coleta, em território nacional, de dados pessoais. Quanto a esta última, o § 1º do mesmo dispositivo esclarece que a coleta de dados é realizada no Brasil quando o titular, no momento da coleta, se encontre em solo brasileiro.

Outrossim, o artigo 4º, Lei n. 13.709/18, vem a elencar algumas das situações pelas quais a lei não é aplicável, exposto a seguir:

³ Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo, quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meio próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

⁴ Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término do seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

[...]

II – estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais.

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III - realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei (BRASIL, 2018).

Satisfeitas tais considerações iniciais, cabe, ainda, destacar os princípios previstos no artigo 6º da LGPD. É possível observar que, de maneira geral, a lei é essencialmente principiológica, o que também auxilia na formação de uma diretriz interpretativa à solução técnico-adequada ao caso concreto. A LGPD refletiu, portanto, o método interpretativo denominado doutrinariamente de “interpretação autêntica contextual”, técnica pela qual o intérprete simplesmente se utiliza do próprio texto legal objeto de interpretação para chegar à carga normativa aplicável a uma situação específica. A par disso, observa-se seus princípios da Lei n. 13.709/18:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (BRASIL, 2018).

No que tange ao princípio da boa-fé, previsto no *caput* do artigo supramencionado, há a diretiva para que todas as partes envolvidas na relação de tratamento de dados – titulares, controladores, operadores e agentes de tratamento – assumam uma postura ética na condução das operações e na prestação de informações (LIMA, 2020), o que denota o viés objetivo do postulado.

Isto posto, conclui-se que além de servirem como fonte de interpretação, a presença legal dos princípios enseja a sua obrigatória observância e respeito pelos agentes no momento do processamento de dados ou qualquer operação de tratamento (PORTO, 2020).

Além do mais, a partir de uma análise sistemática da LGPD, é possível perceber a íntima relação entre o objeto jurídico tutelado e a proteção aos direitos da personalidade da pessoa natural, na subespécie do direito à integridade moral.

Tendo em vista que os dados pessoais são considerados informações capazes de identificar o seu titular, pode-se afirmar que estes possuem direta proximidade com o direito à privacidade, entre os quais estão o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. A informação que tem aptidão para particularizar e qualificar o seu titular, na verdade, nada mais é do que um elemento, característica ou atributo da personalidade da pessoa natural.

3. A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A tutela dos dados pessoais se traduz como meio para a proteção dos direitos à personalidade, que são estruturados a partir do direito geral de liberdade e do princípio da dignidade humana.

Como subespécie dos direitos individuais, o direito à personalidade consiste em um conjunto de faculdades e direitos inerentes às pessoas naturais. Em regra, são indisponíveis, inegociáveis, absolutos, vitalícios, oponíveis contra todos e intransmissíveis (DOWER, 2010). Como exemplos que

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

lhes derivados, citam-se os direitos à liberdade, à vida, à saúde, à honra, ao nome e à imagem, os quais possuem regramento específico no Código Civil e proteção pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição.

Os direitos da personalidade podem ser subdivididos em direitos à integridade física – direito à vida e ao próprio corpo – e direitos à integridade moral – direito à privacidade.

Nas palavras de Marcelo Novelino (2017, p. 374):

Para proteger a privacidade (gênero), permitindo ao indivíduo conduzir a própria vida da maneira que julgar mais conveniente, sem intromissão da curiosidade alheia, a Constituição assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (espécies). A intensidade da proteção deve variar conforme a área da personalidade afetada. Quanto mais próxima das experiências definidoras da identidade do indivíduo, maior deve ser o peso conferido ao direito à privacidade.

No âmbito das redes, em que o titular, muitas vezes, expõe dados pessoais para contribuir à criação de um perfil virtual apto para interação com o meio virtual ou, até mesmo, para subsidiar a conclusão de algumas das fases do contrato eletrônico – modalidade esta que teve especial prestígio em virtude da situação pandêmica instalada no país –, as informações pessoais lançadas na *internet* poderão ter proteção legítima no ordenamento constitucional, visto que também estão aptas à atingir a intimidade, honra e imagem. Por isso, é louvável que se garanta a constitucionalização do direito à proteção dos dados pessoais, abarcado na autodeterminação informativa.

Não apenas o Código Civil assegura a proteção contra a violação ou a ameaça de violação aos direitos da personalidade, como a Constituição já garante que o prejudicado possui o direito de pleitear a reparação do prejuízo material ou moral eventualmente sofrido contra o causador do dano.

Atenta a esse fato, a LGPD estabeleceu um rol de fundamentos, elencados em seu artigo 2º, os quais devem orientar a sua interpretação e aplicação. São eles:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade;
II - a autodeterminação informativa;
III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Os primeiros fundamentos do dispositivo – incisos I a IV – possuem valor orientativo que auxiliarão o legislador e o intérprete a criar e compreender as medidas legais e administrativas que objetivam a proteção da informação pessoal (LIMA, 2020).

Quanto aos demais fundamentos – incisos V a VII –, a lei faz a reprodução de algumas das diretrizes expressas na Constituição, estabelecendo um eixo central constitucional e interpretativo da tutela da proteção de dados no Brasil (LIMA, 2020).

A LGPD, como tentativa infraconstitucional de tutela de direitos no plano virtual e físico, instituiu um sistema jurídico nuclear de proteção de dados pessoais justificado na garantia dos direitos fundamentais, a rigor dos seus artigos 17 e 18.

Diante disso, aborda-se as seguintes questões: O direito à proteção de dados, por si só, seria um direito fundamental? É necessária sua inclusão no rol de direitos fundamentais da Constituição?

4. O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PEC N. 17/2019

Dada a contextualização que os costumes da sociedade atual se manifestam, em que a tecnologia há tempos faz parte da vida cotidiana de muitos brasileiros, a proteção de dados pessoais no ordenamento constitucional se mostra, no mínimo, necessária para não expressar como urgente.

Em que pese o artigo 5º, inciso XII, da Constituição, tenha, modestamente, incluído no rol dos direitos fundamentais a inviolabilidade do sigilo das correspondências, dos dados e das comunicações telefônicas, à época em que Carta foi promulgada, não se tinha noção da dimensão – e nem se poderia prever – que a informática abarcaria o país. Diante disso, pode-se concluir, evidentemente, que tal disposição constitucional não tem o alcance e aptidão necessários à efetiva tutela protetiva de dados que, agora, se requer.

Tudo isso deu margem para a propagação de entendimentos jurisprudenciais, de suma importância para a comunidade jurídica, e, essencialmente, para o reconhecimento do direito à autodeterminação informativa pelo STF.

Direito e informática, pelas reflexões até aqui expostas, são duas vias que se interligam mutuamente desde o início de seu desenvolvimento. Embora essa concepção fique mais evidente e indubitável nos dias atuais, com a publicação da LGPD. Pode ser visto como um âmbito de estudo autônomo, que detém autonomia própria, diante de suas especificidades que lhes são pertinentes;

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

diga-se o Direito Digital, que vem a dialogar com o Direito do Consumidor, o Direito Penal, o Direito Tributário e, como todos, com o Direito Constitucional.

As relações de trabalho, de consumo, sociais, de lazer, e outras tantas que englobam e perfazem a personalidade do ser humano estão muitas vezes, quando não totalmente dependentes, vinculadas ao mundo virtual. O fato é que ela se faz plena e culturalmente presente, o que vem a justificar sua tutela jurisdicional.

Como dado social, o direito à livre disposição sobre dados pessoais – também designado como direito à autodeterminação informativa, conforme mencionada decisão da Suprema Corte –, ao ter íntima conexão com os direitos da privacidade e da intimidade, direitos estes expressamente contemplados na Carta Política, pode vir a ter previsão constitucional – até hoje inexistente – e não ser reduzido à momentânea consolidação decisória, que embora histórica e muito prestigiável, não possui o mesmo peso e robustez que a Constituição poderá lhe proporcionar, caso seja devidamente inserido como direito fundamental.

Nesta linha, ressalta-se o ensinamento de Humberto Vasconcellos Lima (2020, p. 25-26) acerca da autodeterminação informativa:

A dimensão do controle na proteção dos dados pessoais se manifesta, principalmente, nos casos em que se exige o consentimento do titular para a coleta de suas informações e para demais operações de tratamento, inclusive a exclusão. Pode-se considerar também manifestação do controle do titular o seu direito de acessar e reclamar a preservação da integridade de suas informações.

A essa esfera de autonomia e controle que a Lei reconhece ao titular das informações extrai-se o princípio da autodeterminação informativa, como o segundo fundamento da proteção de dados (art. 2º, inciso II). Logo, o princípio pode ser considerado um aprimoramento da noção tradicional de privacidade. Enquanto esta sugere uma concepção negativa de inviolabilidade da esfera particular, aquele, o princípio da autodeterminação informativa, gira em torno de uma abordagem positiva, de consentimento e controle sobre a informação. Ao acolher o princípio da autodeterminação informativa paralelamente à privacidade, a LGPD claramente abraça esta dimensão emancipadora da proteção da informação pessoal, reconhecendo assim o direito da pessoa de controlar, na maioria das situações a coleta e outras formas de tratamento de seus dados, através de seu consentimento inequívoco e informado (art. 5º, inciso XII). Isso nada mais significa do que o efetivo reconhecimento da dignidade e da titularidade do indivíduo sobre os seus dados pessoais.

A autodeterminação informativa foi recepcionada pela LGPD como princípio a ser observado no plano do dever ser – considerada a perspectiva do pós-positivismo jurídico. A rigor do inciso II, do seu art. 2º, trata-se de um dos fundamentos que disciplina a proteção de dados pessoais.

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

No plano infraconstitucional, o direito à livre disposição dos dados pessoais está adequado e preponderantemente direcionado às comunicações tecnológicas a ser inteiramente influente e dominante no tocante às relações virtuais. Sob o viés constitucional, o poder constituinte originário, no artigo 5º, inciso XII, da Constituição, ao mencionar “dados” não teve a intenção, pelo menos inicial, de proteger, juridicamente, o manejo, o trajeto e o destino do dado, procedimentos informacionais que são tutelados pela LGPD.

O referido dispositivo constitucional tutela, em especial, o conteúdo, o objeto representativo do documento – a substância expressa pelo seu titular –, deixando à margem interpretativa os demais procedimentos de “manuseio” que demandam tutela própria, sobretudo, na via digital sob a linguagem algorítmica.

Em vista da premente necessidade de previsão constitucional do direito à proteção de dados, no ano de 2019 o Senado Federal propôs a PEC n. 17/2019, ainda em tramitação no Congresso Nacional. Essa emenda constitucional almeja alterar os artigos 5º, inciso XII, e 22, inciso XXX, da Constituição, para inserir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e também para fixar a competência privativa da União para legislar sobre o tema, que, se aprovada, terá o seguinte teor, respectivamente:

Art. 5. [...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

Art. 22. [...]

XXX – proteção e tratamento de dados pessoais (BRASIL, 2019).

A PEC n. 17/2019, ao que tudo indica, será aprovada em breve. E não há razão plausível para não ser, ante a relevância de sua contextualização no âmbito constitucional. Fator este que, além de proporcionar segurança jurídica, permitirá a utilização de remédios processuais constitucionais para a sua garantia. Ainda, possibilitará o controle de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais dos demais entes da Federação que futuramente se insurgirem contra a proteção de dados pessoais, já que, como norma material e formalmente constitucional, possuirá *status* normativo superior às demais normas do ordenamento jurídico.

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Estas são apenas algumas das justificativas a embasar o enfoque constitucional da proteção de dados que está sob análise do Poder Legislativo e que, se concretizada, terá aplicação imediata em todo o país, conforme o artigo 5º, § 1º, da Constituição.

Quanto ao prisma legiferante, a respectiva proposta de emenda à Constituição propõe a competência privativa da União acerca do tema. A competência legislativa privativa federal confere à União uma abordagem geral, assim como a faz na LGPD. Os demais entes federativos – Estados e Distrito Federal – são autorizados a legislar, por meio de lei complementar, sobre questões específicas na matéria relativa à proteção de dados, ao que se depreende do artigo 22, parágrafo único, da Constituição.

Como a implementação efetiva e total da LGPD ainda é um campo novo a ser descoberto simultaneamente pelos setores públicos e privados, nada melhor, neste primeiro momento da regulamentação brasileira, do que deixar a cargo da União a competência para legislar sobre outras necessidades que surgirão ao seu tempo. Até mesmo pela maior disposição orçamentária que detém, se comparada aos estados e municípios do país; disposição orçamentária esta que virá a ser requerida, a exemplo da criação estrutural da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD –, órgão da Administração Pública que ficará responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD no país.

Vale mencionar que floresceram no Poder Legislativo de alguns estados e municípios a proposta legal de regulamentação da proteção de dados pessoais, em especial no Estado de São Paulo, por meio da PL n. 598/2018. Esse projeto de lei, atualmente arquivado pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, pretendeu regulamentar, no âmbito estadual, a proteção de dados e respectiva autoridade de controle – a suplementar a ANPD.

Imagine-se que os 26 estados brasileiros, o Distrito Federal e, quem sabe os seus inúmeros municípios se proponham a legislar sobre a proteção de dados? Inclusive com a regência de sanções administrativas próprias, a par das já regulamentadas infrações administrativas previstas na LGPD. Tal contexto, se porventura se demonstrar real, ante a reprovação da PEC n. 17/2019, implicaria, de início, a dupla penalidade e o aumento de órgãos fiscalizadores – o que não necessariamente significaria maior eficiência – e de contratações de equipes especializadas. Enfim, um aparato imensurável a ser implementado pelos entes federativos.

Além do mais, a inclusão de autoridades estaduais na proteção de dados, ante a “excessiva fiscalização” que essas proporem, poderia servir como desestímulo ao surgimento de novos

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

empreendimentos. Um cenário com leis distintas, embora reguladoras da mesma matéria, é, por ora, inviável.

Dados de agosto de 2019 apontaram que 85% das empresas no país não estavam preparadas para garantir os direitos e deveres em relação ao tratamento de dados previstos na LGPD (CNN BRASIL, 2020), fator que corroborou para o adiamento de sua entrada em vigor, para oportunizar a adequação pelos setores empresariais.

Em 2020, um levantamento feito pela Akama Technologies, empresa americana de tráfego global da *internet*, mostrou que 64% das empresas com atuação no Brasil ainda não estavam em conformidade com a LGPD, dentre as 400 organizações empresariais dos setores de varejo, tecnologia, entretenimento, saúde, financeiro, logística e comunicação e marketing que participaram da pesquisa.

Pelas razões explicitadas, nota-se que a inserção do direito à proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição, nitidamente com a aprovação da PEC n. 17/2019, não será mera formalização burocrática que beirará ao esquecimento. Em verdade, estruturará a tutela efetiva de um direito que requer proteção, assim como os demais constantes na Carta Política.

CONCLUSÃO

É inegável o fato de que a sociedade dos dias atuais está amplamente conectada. Muitos dos dados, ditos personalíssimos, estão disponíveis nas redes para o mundo todo, e a facilidade com que podem ser acessados instantaneamente é impressionante. Basta que se digite o nome e sobrenome de uma pessoa em um sítio eletrônico de pesquisa e se dê alguns cliques, para que se obtenha acesso a fotos, e-mail, redes sociais, e quaisquer outras informações que um indivíduo libera sobre si para integrar um site ou concluir um algum cadastro. Quando tais dados são utilizados de forma indevida e não consentida, corrompendo com a finalidade inicial pela qual foram coletados, tem por última consequência atingir determinados direitos fundamentais que lhe são inerentes ao seu titular.

Buscou-se, aqui, trazer à tona algumas das justificativas que perfazem a necessidade de constitucionalização do direito à proteção de dados – *v.g.* autodeterminação informativa –, diante do perigo de exposição, a qual os usuários estão submetidos diariamente, confirmada pela grande quantidade de informações tratadas mundialmente.

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Mais que elevar essa tutela jurídica ao nível constitucional, a PEC n. 17/2019 visa conferir maior estabilidade e segurança jurídica, reservando ao plano infraconstitucional – a nível federal – a efetivação do direito à proteção de dados, incluindo-se, aqui, a LGPD e a edição de normas regulamentarem, as quais tem o intuito de uniformizar o tratamento de dados, bem como a sua fiscalização.

De fato, verifica-se o objetivo primordial da LGPD foi regularizar a coleta e o tratamento de dados a nível nacional, com a promoção e proteção dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A PEC n. 17/2019, por sua vez, busca incluir a proteção de dados no rol de direitos fundamentais, além de restringir a competência legiferante à União, justamente porque almeja conferir-lhe maior eficácia no país.

Conforme exposto, tem-se um longo período de transição, adaptação e de construção de uma nova cultura (e estrutura) apta a dar plena aplicabilidade à lei protetiva de dados. Trata-se de um movimento necessário para atender aos anseios dos titulares, que possam ser lesados pelo uso inapropriado por partes dos agentes de tratamento. À vista disso, e antes de serem efetivamente aplicadas as sanções administrativas previstas na LGPD – as quais terão vigência a partir de agosto de 2021 –, ainda existe um período para que as pessoas naturais e jurídicas, que lidam com o manejo de dados, se adequem ao atual regramento.

Reforça-se, por fim, o argumento de que a LGPD foi um importante marco legislativo brasileiro à proteção de dados. Ela veio para suprir uma lacuna que cada vez mais urgia por regulação.

A LGPD tem na autodeterminação informativa um de seus fundamentos e, tão logo, a PEC n. 17/2019 seja aprovada, conceder-se-á, ao fim, uma tutela protetiva ao direito fundamental à personalidade da pessoa natural.

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 17 de 2019**, objetiva alterar a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Ofício n. 521: Senado Federal. Apresentada em 3 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 19 set. 2020.

DEUTSCHLAND. **Bundesdatenschutzgesetz vom 1977**. Disponível em: <http://www.datenschutz-wiki.de/BDSG_1977>. Acesso em: 13 set. 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, p. 96, jul./dez. 2011.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Nelpa, 2010.

FITTKAU, Ludger. Eine original hessische Erfindung. **Deutschlandfunk Kultur**, Alemanha, 31 jan. 2018. Disponível em: <https://www.deutschlandfunkkultur.de/pionier-beim-datenschutzgesetz-eine-originaler-hessische.976.de.html?dram:article_id=409621>. Acesso em: 12 set. 2020.

HISTÓRICO no mundo. **Lavits**. Disponível em: <<http://dadospessoais.lavits.org/historico-pelo-mundo/#1505859308486-102f5e59-0fbd>>. Acesso em: 12 set. 2020.

LGPD: pesquisa indica baixa adesão de empresa a nova lei. **CNN Brasil**, 29 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/08/29/pesquisa-indica-baixa-adesao-a-lei-geral-de-protecao-de-dados>>. Acesso em: 19 set. 2020.

LIMA, Humberto Alves de Vasconcellos. **A Tutela Jurídica dos Dados Pessoais no Brasil: estudo sistemático da Lei Geral de Proteção de Dados**. Minas Gerais: Edição Independente, 2020.

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Konrad-AudenauerStiftung, 2016. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2017.

PORTO, Viviane de Araújo. **Descomplicando a Lei Geral de Proteção de Dados**. Goiânia: Edição Independente, 2020.

WINN, Peter; STOKES, Kathy Harman. Privacy Act of 1974. **The United States, Departmente of Justice**, 2020. Disponível em: < <https://www.justice.gov/opcl/privacy-act-1974>>. Acesso em: 12 set. 2020.

WOLFORD, Ben. What is GDPR, the eu's new data protection law? **GDPR.EU**. Disponível em: < <https://gdpr.eu/what-is-gdpr/>>. Acesso em: 13 set. 2020.