

IJDL

International Journal of DIGITAL LAW

O reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito subjetivo autônomo na ordem jurídica brasileira

The recognition of the right to protection of personal data as an autonomous subjective right in the Brazilian legal system

Fernando César Costa Xavier*

Universidade Estadual de Roraima (Boa Vista, Roraima, Brasil)
fxavier010@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3470-0139>

Maria Carolina de Oliveira Camargo**

Universidade Estadual de Roraima (Boa Vista, Roraima, Brasil)
maria.camarg@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9992-1322>

Recebido/Received: 26.08.2021/ August 26th, 2021

Aprovado/Approved: 06.10.2021/ October 06th, 2021

Como citar este artigo/*How to cite this article*: XAVIER, Fernando César Costa; CAMARGO, Maria Carolina de Oliveira. O reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito subjetivo autônomo na ordem jurídica brasileira. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 27-55, set./dez. 2021. DOI: 10.47975/IJDL.xavier.v.2.n.3.

* Professor Doutor Nível 1 do Curso de Direito e Professor Permanente no Programa de Mestrado Profissional em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania, da Universidade Estadual de Roraima (Boa Vista-RR, Brasil). Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima. Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Doutorando em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense. Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *E-mail*: fxavier010@hotmail.com

** Especialista em Direito Público pela Universidade Estadual de Roraima (Boa Vista-RR, Brasil). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Roraima. *E-mail*: maria.camarg@gmail.com

Resumo: Com as transformações tecnológicas, políticas e sociais das últimas décadas, as informações e dados pessoais passam a ser o centro de uma nova discussão acerca da privacidade, especialmente no que tange ao compartilhamento e tratamento de dados por entes públicos e privados. A pesquisa tem como objetivo geral analisar o processo de reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito subjetivo autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as consequências desse processo no tocante à proteção do direito. Quanto à metodologia empregada, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e documental de fontes primárias, revisando-se a literatura sobre o desenvolvimento do direito fundamental à proteção de dados, seus precedentes históricos, seu reconhecimento normativo e os debates jurisprudenciais em torno dele.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. Privacidade. Direitos fundamentais. Ordenamento jurídico brasileiro. Reconhecimento normativo.

Abstract: With the technological, political and social transformations of the last decades, personal information and data became the center of a new discussion about privacy, especially regarding the sharing and treatment of data by public and private entities. The scope of this research is to analyze the process of recognizing the right to protection of personal data as an autonomous right in the Brazilian legal system, as well as the consequences of this process regarding the protection of the right. As for the methodology used, bibliographic and documentary research of primary sources is applied in order to understand the development of the fundamental right to data protection, its historical precedents, its normative recognition and the jurisprudential debates around it.

Keywords: Protection of personal data. Privacy. Fundamental rights. Brazilian legal system. Normative recognition.

Sumário: 1 Introdução – 2 Fundamentos do direito à proteção de dados pessoais – 3 Proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro – 4 Reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito autônomo – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

O direito à proteção de dados pessoais é construído a partir de uma nova compreensão da importância da tutela dos dados na sociedade da informação, em que o patrimônio informacional ultrapassa a esfera exclusivamente privada. É possível afirmar, à vista do conteúdo que busca proteger, que o direito à proteção de dados não se confunde, nem pode ser reduzido com outros direitos já reconhecidos e tutelados.

No Brasil, a Constituição Federal assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da casa, a honra, a imagem e o sigilo das correspondências e comunicações, consagrando a privacidade como um direito fundamental, protegido no art. 5º, incisos X, XI e XII. Em nível constitucional, os dados (*data*) apenas são tutelados no que concerne à inviolabilidade de sua comunicação.

No âmbito infraconstitucional, o direito à proteção de dados pessoais começa a se consolidar no ordenamento jurídico nacional por meio de diversas leis esparsas. A matéria recebe tratamento específico apenas com a promulgação, em 2018, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que entrará totalmente em vigor apenas em agosto de 2021.

A edição da Medida Provisória nº 954, em abril de 2020, reacendeu o debate acerca do direito à proteção de dados pessoais e seu reconhecimento como um direito autônomo. A medida previa o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de modo a possibilitar a produção de estatística oficial durante a pandemia de Covid-19.

Diante da ausência de previsão de mecanismos de segurança das informações compartilhadas e da finalidade genérica estabelecida no texto, foram levantadas questões acerca da violação não só de um direito à privacidade, mas também do direito de proteção de dados pessoais e da autodeterminação informativa que ele possibilita.

Considerando tal panorama, o artigo tem como objetivo geral analisar o processo de reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito autônomo no ordenamento jurídico brasileiro e as consequências disso no seu âmbito de proteção.

No que se refere à metodologia, utilizou-se pesquisa bibliográfica, com a coleta de dados de livros e artigos científicos, além da pesquisa documental, com análise de legislação nacional, normas internacionais, jurisprudência e documentos oficiais sobre a matéria.

Inicialmente, o artigo se propõe a examinar os fundamentos do direito à proteção de dados pessoais, sua relação com o direito à privacidade e as primeiras iniciativas legislativas relacionadas. Em seguida são elencadas as formas de proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, busca-se demonstrar o processo de consolidação da proteção de dados pessoais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ressaltando os pontos relevantes para a construção de um direito autônomo, em especial durante o exame da medida cautelar visando a suspensão da MPv nº 954, referendada pelo Plenário do Supremo na ADI nº 6.387.

2 Fundamentos do direito à proteção de dados pessoais

2.1 Evolução do direito à privacidade

As transformações sociais causadas pela Revolução Industrial marcaram uma nova forma de vida, consolidando a separação entre as esferas pública e privada do indivíduo. A partir desse momento as questões concernentes à privacidade ganham notoriedade, porém, é só no final do século XIX que o ordenamento jurídico aborda a privacidade de forma concreta.

De início o direito à privacidade surge sob um viés individualista, liberal e burguês, pois nasce em meio ao novo modo de vida industrial, que transformou a

organização das cidades e causou a separação de pessoas por classes e categorias, propiciando o estabelecimento da esfera privada do indivíduo.¹

O conceito de direito à privacidade, neste ponto, relaciona-se diretamente à proteção da propriedade, exigindo, até certo ponto, a condição material do indivíduo de assegurá-lo. Assim aduz Hannah Arendt ao afirmar que “as quatro paredes da propriedade privada de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum”.²

O artigo *The Right to Privacy*, de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*, é reconhecido como um dos principais marcos no direito à privacidade. Os autores apresentam um conceito não limitado à proteção patrimonialista, relacionando-o com a tutela da personalidade, definido como o direito de estar só, que fora primeiramente enunciado pelo magistrado norte-americano Thomas Cooley.

Warren e Brandeis compreendem que esse direito, de alguma forma, já era compreendido, especialmente quanto ao tratamento do direito de imagem e a retratação não autorizada de pessoas, todavia, a proteção patrimonial aludida nesse contexto não seria suficiente para abranger o objeto defendido pelo direito à privacidade: comportamentos, relacionamentos e fatos que o indivíduo opta por tornar (ou não) públicos.

A partir desse momento, há uma preocupação com a forma que os avanços tecnológicos e a complexidade da vida moderna afetariam a privacidade, sendo identificada a necessidade de garantir que essa dimensão da vida pessoal não fosse devassada. Os autores reconhecem que “[...] o isolamento e privacidade se tornaram essenciais ao indivíduo [...]”,³ destacando a importância da solitude para o livre desenvolvimento da personalidade. Assim, Warren e Brandeis passam a questionar se a legislação existente à época garantia o direito de privacidade e em qual extensão, tornando o artigo um dos principais precedentes doutrinários acerca do tema.

Diante desses questionamentos, conclui-se que a proteção da privacidade se relaciona com a inviolabilidade dos direitos de personalidade e sugere-se, portanto, a existência de um direito de ser deixado só: o direito à privacidade, cuja proteção não se dá por completo através das leis voltadas à proteção da honra ou propriedade intelectual, sendo assim, compreendida como direito autônomo.

Inicialmente, atribui-se ao direito à privacidade uma natureza individualista. Os tribunais aplicam-no majoritariamente em processos envolvendo pessoas

¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 1722.

² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. 116.

³ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. Columbia University Press, 1989, p. 196.

públicas, com alto grau de projeção social.⁴ Entretanto, nas décadas seguintes, as transformações político-sociais moldam um novo panorama da privacidade.

Com a ascensão do Estado de Bem-Estar Social, o governo passa a exercer papel ativo na garantia dos direitos (especialmente os prestacionais, de segunda dimensão), resultado das demandas dos movimentos sociais e crises político-econômicas enfrentadas no início do século XX. Simultaneamente a capacidade de armazenar informações e sua utilização se expande, de forma que os dados pessoais ganham maior importância.

Destaca-se que, inicialmente, o foco do estudo de tratamento de dados pessoais volta-se para o Estado, que utiliza as informações sob a justificativa de manutenção da administração pública de forma eficiente. Essa utilização motiva questionamentos a respeito da possibilidade de exercício de controle social:

Em relação ao controle, basta acenar às várias formas de controle social que podem ser desempenhadas pelo Estado e que seriam potencializadas com a maior disponibilidade de informações sobre os cidadãos, aumentando seu poder sobre os indivíduos – não é por outro motivo que um forte controle da informação é característica comum aos regimes totalitários.⁵

Nesse contexto, compreende-se que foi instaurado um novo paradigma da privacidade, acompanhando a consolidação dos direitos da personalidade, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Em 1960, o jurista americano William L. Prosser, em seu artigo intitulado *Privacy*, deu destaque à influência exercida pelo trabalho de Warren e Brandeis no campo do direito à privacidade. Seu artigo demonstra que naquele período o direito à privacidade já era reconhecido na maioria das cortes estadunidenses.⁶

Prosser dedicou-se a estudar as espécies de interesses protegidos por um direito à privacidade e a descrevê-los, assim como analisar conceitos relevantes para discussão, tais como figura pública e interesse público, além das limitações e formas de defesa ao direito à privacidade.

Na mesma década, Alan Westin passou a estudar a relação entre ciência, privacidade e liberdade, motivado pelo desenvolvimento de novos métodos que permitiam a vigilância dos cidadãos por autoridades públicas e privadas. Em seu trabalho o autor diferencia três modos de vigilância: física, psicológica e sobre dados.

⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 452.

⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 473.

⁶ PROSSER, William. *Privacy*. *California Law Review*, ago. 1960. Disponível em <https://doi.org/10.2307/3478805>, p. 386-387. Acesso em: 04 fev. 2021.

Ao tratar dos dados, Westin indica os fatores principais que passam a impactar a privacidade na vida moderna. Primeiramente, aponta para a capacidade de acumular dados e manter registros, pois entende que se trata do momento histórico em que se geram e armazenam mais dados pessoais. Ademais, o autor indica que o advento dos computadores torna possível que instituições possam organizar e reter arquivos de forma simples e efetiva, abrindo espaço para que dados mais detalhados fossem catalogados.⁷

Os avanços tecnológicos também facilitam a transferência de dados entre diferentes atores e dentro das organizações, de forma que os dados passam a ser compartilhados por um número indefinido de finalidades não inicialmente justificadas ao usuário. O autor já manifestava preocupação com a criação de cadastros e de perfis individuais extremamente detalhados.⁸

A partir desse panorama, Westin demonstra a importância da privacidade numa sociedade democrática transformada pela tecnologia. Embora o autor compreenda que a forma como a privacidade é tratada depende de fatores econômicos, jurídicos, sociais, políticos e culturais de uma sociedade, chega à conclusão de que governos autoritários, independente do espectro político em que se encontram, tendem a enxergar a privacidade como uma ameaça. Governos totalitários dependem da vigilância estatal e a consequente mitigação da privacidade para obter controle social.⁹

Da mesma forma, a privacidade é elemento central de uma sociedade democrática, que depende da publicidade dos atos estatais e da possibilidade de participação pública na fiscalização de seus atos. Nesse contexto, a privacidade funciona como uma garantia de expressão e consecução dos demais direitos fundamentais, a fim de fortalecer os processos e instituições democráticas.¹⁰

Alan Westin ainda discorre sobre as principais funções da privacidade dentro de uma sociedade democrática, destacando quatro sob a perspectiva individual e organizacional. Do ponto de vista individual, cita: a autonomia pessoal; expressão emocional; autoavaliação e comunicação protegida.¹¹ Essas quatro esferas permitem o livre desenvolvimento da personalidade, criando um espaço de reclusão que possibilita aos indivíduos agirem sem julgamentos morais, praticar suas crenças

⁷ WESTIN, Alan F. Science, privacy, and freedom: Issues and proposals for the 1970's. Part I – The current impact of surveillance on privacy. *Columbia Law Review*, 1966, p. 1010-1011.

⁸ WESTIN, Alan F. *Science, privacy, and freedom: Issues and proposals for the 1970's. Part I – The current impact of surveillance on privacy*, p. 1013.

⁹ WESTIN, Alan F. Science, privacy, and freedom: Issues and proposals for the 1970's. Part I – The current impact of surveillance on privacy. *Columbia Law Review*, 1966, p. 1018.

¹⁰ WESTIN, Alan F. Science, privacy, and freedom: Issues and proposals for the 1970's. Part I – The current impact of surveillance on privacy. *Columbia Law Review*, 1966, p. 1020.

¹¹ No texto original: “personal autonomy, emotional release, self-evaluation and limited and protected communication” (WESTIN, Alan F. Science, privacy, and freedom: Issues and proposals for the 1970's. Part I – The current impact of surveillance on privacy. *Columbia Law Review*, 1966, p. 1022-1027).

e exercer a criatividade, expressando-se conforme seus desejos, manifestando opiniões não necessariamente replicáveis em um ambiente público.

De um ponto de vista organizacional, essas funções se aplicam similarmente, favorecendo a autonomia organizacional, distanciamento das funções públicas, períodos de avaliação para tomada de decisão e comunicação protegida com outros atores.¹² Essa privacidade voltada para instituições públicas e privadas é essencial para seu funcionamento no Estado democrático, pois assim como ela é necessária para o desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, mostra-se indispensável para que as organizações ajam livremente em favor de seus interesses, garantindo sua autonomia organizacional.

Sendo assim, apresenta-se uma definição de privacidade que consiste (embora não se limite¹³) ao direito “[...] dos indivíduos e instituições determinarem por si mesmos quando, de qual forma e em que extensão suas informações serão compartilhadas”.¹⁴ Westin concebe a importância da privacidade (individual e organizacional) para a democracia e a forma pela qual tal direito é negado nos Estados totalitários:

Os sistemas totalitários negam a maioria das reivindicações de privacidade de indivíduos e organizações não-governamentais para garantir dedicação completa aos ideais e programas do Estado, enquanto suas operações são conduzidas em sigilo absoluto. Sociedades democráticas fornecem quantidade substancial de privacidade para permitir a cada pessoa ampla liberdade para trabalhar, pensar e agir sem vigilância por autoridades públicas ou privadas e fornecem espaço semelhante às organizações, buscando um equilíbrio delicado entre divulgação e privacidade no governo.¹⁵

Tem-se, portanto, a compreensão de que o controle de dados e a vigilância, otimizados através das novas tecnologias, passaram a representar um risco quanto ao direito de liberdade e privacidade nas sociedades democráticas, sendo

¹² No texto original: “Organizational autonomy, release from public roles, evaluative periods for decision-making, protected communication with others” (WESTIN, Alan F. *Science, privacy, and freedom: Issues and proposals for the 1970’s. Part I – The current impact of surveillance on privacy. Columbia Law Review*, 1966, p. 1032-1038).

¹³ Autores como Anita L. Allen discutem que não há uma definição universal de privacidade, embora a própria autora compreenda que privacidade possa ser compreendida como o grau de inacessibilidade de uma pessoa ou suas informações aos sentidos dos outros e dispositivos de vigilância (ALLEN, Anita L. *Privacy-as-data control: Conceptual, practical, and moral limits of the paradigm. Conn. L. Rev.*, v. 32, 1999, p. 865-867). Outro conceito é o oferecido por Stefano Rodotà, que a define como o direito de manter controle sobre suas informações e determinar o alcance da privacidade, assim como o direito de escolher livremente seu modo de vida (RODOTÀ, Stefano. *In diritto di avere*. Roma: Laterza, 2012, p. 321).

¹⁴ WESTIN, Alan F. *Privacy and freedom. Washington and Lee Law Review*, 1967, p. 24.

¹⁵ WESTIN, Alan F. *Science, privacy, and freedom: Issues and proposals for the 1970’s. Part I – The current impact of surveillance on privacy. Columbia Law Review*, 1966, p. 1050.

fundamental que existam garantias legais com fins de protegê-los em nível individual e organizacional.

Apenas tutelando a privacidade torna-se possível a manifestação das liberdades políticas livre do monitoramento e controle estatal, permitindo-se a organização de movimentos dissidentes e a responsabilização sobre os atos que violem a esfera de privacidade dos cidadãos.

Assim, o direito à privacidade passa a ser tratado como um direito fundamental pelo ordenamento jurídico, e é a necessidade de sua funcionalização que culmina no surgimento do direito à proteção de dados pessoais “[...] que compreende em sua gênese pressupostos ontológicos muito similares aos da própria proteção da privacidade: pode-se dizer que a proteção de dados pessoais é a sua ‘continuação por outros meios’”.¹⁶

2.2 O direito à proteção de dados pessoais

Conforme anteriormente exposto, é possível compreender que o direito à proteção de dados pessoais trata-se de um desdobramento do direito à privacidade, servindo propósitos novos em um cenário de evolução tecnológica e social no qual os dados pessoais estão presentes na maioria das ações cotidianas.

A privacidade e a proteção de dados são indissociáveis das demais liberdades e garantias fundamentais que mantêm a democracia, e é nesse contexto que surgem as primeiras leis de proteção de dados. Contudo, importa distinguir o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais. Stefano Rodotà caracteriza a privacidade como direito negativo e estático, pautado na ideia de evitar a interferência de terceiro, enquanto a proteção de dados pessoais é tida como direito dinâmico, proporcionando uma postura ativa de seu titular sobre o controle de seus dados.¹⁷

Além disso, o autor separa os bens jurídicos tutelados por cada direito, definindo que a privacidade abrange a informação e o sigilo, enquanto a proteção de dados abarca a informação, sua circulação e controle. A esfera de proteção dos dados pessoais é, portanto, considerada mais ampla que o direito à privacidade, abrangendo qualquer informação sobre a pessoa natural, dentro ou fora de sua esfera privada.

Na Alemanha, em 1970, surge a primeira lei sobre a proteção de dados pessoais, em Hesse. Anos depois, em 1977 é promulgada uma lei federal, a *Bundesdatenschutzgesetz*, que, ao regulamentar a exposição de dados pessoais arquivados manualmente ou armazenados em sistemas de TI, reforçava as leis e

¹⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 636.

¹⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51.

regulamentos de proteção de dados que os Estados federais estavam editando. Com a aprovação de uma lei que organizava o censo alemão em 1982, surge uma controvérsia acerca do tratamento de dados pelo poder público, além da preocupação gerada pela instituição de punições administrativas aplicáveis a quem se recusasse a participar do censo.¹⁸

O caso chegou à Corte Constitucional do país, que em uma decisão paradigmática, reconheceu a inconstitucionalidade da lei do censo, baseando-se nos direitos à dignidade da pessoa humana e personalidade presentes na Constituição. Foi identificada a necessidade de observar o princípio da finalidade na coleta de dados e reconhecida a proteção constitucional da autodeterminação informativa e da proteção de dados pessoais:

Na sua multicitada decisão, o Tribunal Constitucional, contudo, não reconheceu diretamente um direito fundamental à proteção de dados pessoais, mas, deduziu, numa leitura conjugada do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito fundamental implícito à autodeterminação informativa, que, consiste, em suma e de acordo com o Tribunal, na prerrogativa de cada indivíduo decidir, em princípio e substancialmente, sobre a divulgação e a utilização de seus dados pessoais.¹⁹

Danilo Doneda aponta duas principais influências da decisão alemã: a consolidação de que a proteção de dados pessoais demanda uma fundamentação constitucional e a transformação da perspectiva europeia acerca da matéria.²⁰

A doutrina aponta para a existência de quatro gerações de leis de proteção de dados pessoais. Na primeira geração, destacam-se as leis do início da década de 1970, como a *Data Legen* sueca de 1973 e o *Privacy Act* estadunidense de 1974. Nesse momento histórico as leis preocupam-se especialmente com o papel do Estado na criação e administração de banco de dados, possuindo redações majoritariamente principiológicas e abstratas.²¹

A segunda geração de leis surge após a metade da década de 1970, marcada pela lei francesa *Informatique et Libertés* de 1978, a *Datenschutzgesetz* (DSG) austríaca do mesmo ano e as Constituições portuguesa e espanhola. Estas leis consideram o aspecto da liberdade negativa do direito à proteção de dados exercido

¹⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 3922.

¹⁹ SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo et al. (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 49.

²⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 3979.

²¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 4094.

pelo cidadão, proporcionando meios de identificação de uso indevido de dados e instrumentos de proteção.²²

A terceira geração centra-se no cidadão, com enfoque na efetividade da liberdade quanto a suas escolhas, considerando as exigências de fornecer dados durante a participação social, o extenso armazenamento de dados e sua facilidade de transferência, proporcionados pelos avanços tecnológicos.

A previsão da participação do indivíduo no tratamento de seus dados é concebida através do direito de autodeterminação informativa.²³ Nessa geração, destaca-se o *Data Protection Act* alemão, de 1990, que regulou o processamento de dados por autoridades públicas e pessoas de direito privado que atuam na administração pública. A lei foi influenciada diretamente pela decisão da Corte Constitucional alemã que reconheceu a proteção constitucional sobre dados.

Por fim, na quarta (e atual) geração de leis de proteção de dados o enfoque passa do indivíduo para a proteção coletiva. São previstas autoridades independentes e normas específicas para diferentes setores no tratamento de dados.²⁴ Aqui encontramos como exemplo a própria Lei Geral de Proteção de Dados brasileira de 2018.

No âmbito da União Europeia, o direito à proteção de dados foi reconhecido como direito humano inicialmente através da Convenção 108 elaborada pelo Conselho da Europa em 1981. Em 1995, tem-se a Diretiva 95/46/CE do Conselho da União Europeia, que buscou estabelecer uma legislação protetiva da vida privada e dados, permitindo a livre circulação dos dados pessoais dentro da União Europeia, estabelecendo o direito de obter informações, acessar e se opor ao tratamento de dados.

Em sequência, a Carta dos Direitos Fundamentais de 2002 consolida o direito de proteção de dados pessoais entre os demais conferidos aos cidadãos da União Europeia, aduzindo, em seu artigo 8º: “Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”.

Hoje, o modelo de proteção de dados europeu conta com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) de 2016 que substituiu a Diretiva. Esses documentos foram essenciais para a uniformização da legislação dos países europeus a respeito do tema, exercendo influência mundialmente, para além do bloco europeu.

No continente americano, os Estados Unidos possuem alguma lei de proteção de dados na maioria de seus estados – dentre os quais se destaca o estado da Califórnia com o *California Consumer Privacy Act*, de 2018 –, não existindo uma

²² DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 4129.

²³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 4150.

²⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 4171.

lei federal específica regulando o tema, sendo o direito à privacidade reconhecido como constitucionalmente implícito e protegido através de *privacy torts*.

O reconhecimento da natureza constitucional do direito à privacidade nos Estados Unidos se dá através da jurisprudência da Suprema Corte, entretanto, a proteção de dados pessoais ainda não foi estabelecida pelo tribunal.²⁵ Vê-se a insuficiência do ordenamento jurídico americano na proteção das informações pessoais:

Deixando de lado as questões internacionais, os EUA também enfrentam forças internas que estão pressionando por maiores proteções. Até neste ponto, a Constituição dos EUA, estatutos federais, precedente de direito consuetudinário e autorregulamentação corporativa falharam em fornecer proteção adequada para dados pessoais. As várias sugestões para escorar essas inadequações, sem ação legislativa, são igualmente limitadas e introduzem problemas jurídicos únicos.²⁶

Atualmente, no mundo, 66% dos países possuem legislação sobre proteção de dados e privacidade, enquanto cerca de 10% têm projetos de lei em andamento. Entre os continentes, a Europa se destaca por ser aquele com o maior número de países que possui alguma lei reguladora, totalizando 96% de países com leis sobre o tema. A África é o continente com menor tutela do direito à proteção de dados pessoais, pois apenas 52% de seus países possui algum tipo de instrumento normativo.²⁷

3 Proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro

3.1 Na Constituição

A Constituição Federal não prevê expressamente um direito à privacidade, utilizando-se de diversos dispositivos para abranger o tema, protegendo a inviolabilidade da intimidade, das comunicações, do domicílio e a retificação dos dados através do *habeas data*.

No art. 5º, inciso X, dispõe-se que a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas são invioláveis, assegurando-se ainda a indenização pelo dano material

²⁵ CLEAR, Marie. Falling Into the Gap: The European Union's Data Protection Act and its Impact on US Law and Commerce, 18 J. Marshall J. Computer & Info. L. *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, 2000, p. 997.

²⁶ CLEAR, Marie. Falling Into the Gap: The European Union's Data Protection Act and its Impact on US Law and Commerce, 18 J. Marshall J. Computer & Info. L. *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, 2000, p. 1016.

²⁷ UNCTAD. *Data Protection and Privacy Legislation Worldwide*. Disponível em: <https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>. Acesso em: 04 mar. 2021.

ou moral decorrente de sua violação. Este direito foi positivado pela primeira vez na Constituição brasileira de 1891.

O art. 5º, inciso XII, por sua vez, protege o sigilo das correspondências e comunicações, declarando-as invioláveis, incluindo as comunicações telegráficas, de dados ou telefônicas, excepcionando a proteção apenas no caso de existir ordem judicial para fins de investigação criminal. Esse direito está presente no ordenamento brasileiro desde 1824 quanto à proteção da correspondência, tendo sido ampliado em 1967 para as demais formas de comunicação.

A partir dos dispositivos supramencionados poderia inferir-se um direito à proteção de dados pessoais, decorrente da proteção de privacidade, entretanto, autores como Danilo Doneda notam que essa interpretação poderia simplificar os fundamentos e limitar o alcance desse direito.²⁸ Deduzir que o inciso XII do art. 5º da Constituição protege os dados pessoais poderia implicar sua defesa apenas no âmbito das comunicações, e não de forma geral. Essa era inclusiva a compreensão inicial da doutrina a respeito do tema, conforme aduz Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. [...] A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.²⁹

Ademais, enumeram-se diversas hipóteses em que os dados pessoais não se enquadram no âmbito de proteção dos dispositivos constitucionais supramencionados, demonstrando a não abrangência dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição, na tutela integral dos dados pessoais:

(i) as informações pessoais referentes à origem racial e étnica, que compõem um banco de dados destinado ao racial *profiling*, dificilmente poderiam ser consideradas íntimas ou relativas à vida privada; tampouco

²⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 7053.

²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993, p. 446-447.

se enquadram no conceito de correspondência ou de comunicação de dados e dificilmente poderiam ser consideradas sigilosas; (ii) os dados pessoais referentes ao ajuizamento de ações trabalhistas também não se enquadrariam no conceito de informações íntimas ou privada, nem comportam qualquer relação com comunicação ou correspondência; ao contrário, os dados relativos ao ajuizamento de ações são, em geral, públicos salvo em situações excepcionais; (iii) a exigência de testes genéticos tampouco se enquadram em qualquer dos conceitos desses direitos fundamentais; (iv) os dados pessoais relativos à suspeita de cometimento de crimes não são de forma alguma privados ou íntimos; (v) as informações relativas à participação em movimentos ou reuniões em espaços públicos tendem a ter um caráter público (e não íntimo ou privado).³⁰

Todas as hipóteses tratam de informações pessoais que caracterizam um indivíduo, entretanto, não podem ser consideradas privadas, nem sequer enquadram-se sob as hipóteses de sigilo das comunicações. Ademais, os incisos não necessariamente ofereceriam proteção adequada, uma vez “não se trata de tornar sigilosas informações que podem causar a discriminação ou a limitação da liberdade pessoal”,³¹ sendo necessário buscar outras formas de regulação dos dados pessoais.

Há ainda o *habeas data*, que foi inserido pela primeira vez no texto constitucional em 1988 (art. 5º, LXXII), criado como remédio constitucional, em regra personalíssimo, destinado a confrontar violações ao direito de privacidade ocorridas no período da ditadura militar.³² O instrumento permite conhecer e retificar informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados, presentes em entidades governamentais ou de caráter público.

Assim, esse remédio tutela o direito à informação pessoal, com seu processo disciplinado na Lei nº 9.507 de 1997, assumindo o papel de tutelar a efetividade do direito de privacidade,³³ através do qual pode-se proteger os dados pessoais.

A doutrina aponta que o remédio constitucional não foi determinante para a posterior regulação da proteção de dados, sendo considerado em seu valor essencialmente simbólico, tendo pouca aplicação prática no contexto atual, sendo insuficiente diante dos desafios contemporâneos.³⁴

³⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, n. 39, dez. 2018, p. 10.

³¹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, n. 39, dez. 2018, p. 11.

³² CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 956.

³³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 7256.

³⁴ DONENA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (Org.) *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 32.

3.2 No Código de Defesa do Consumidor

O Código do Consumidor, Lei nº 8.078 de 1990, prevê no art. 43 a criação de bancos de dados e cadastros de consumidores, garantindo ao consumidor acesso às suas informações relativas aos dados pessoais e de consumos arquivados sobre ele, assim como suas fontes. A lei determina que os dados devem ser claros, objetivos, verdadeiros e disponibilizados em linguagem e fácil compreensão, vedando o arquivamento de informações negativas a período superior a cinco anos.

A abertura de cadastro deve ser comunicada por escrito ao consumidor quando não for por ele solicitada, além de ser garantido o direito de imediata correção dos dados. Para a legislação consumerista, os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores são considerados entidades de caráter público.

Essas disposições buscam equilibrar a relação de consumo, impondo limites ao uso da informação do consumidor. Nelas pode-se observar a aplicação de princípios de proteção de dados pessoais, como: finalidade, vedação da coleta de dados sensíveis e a vedação da comercialização de dados em geral.³⁵

O Código influenciou, posteriormente, a edição da Lei do Cadastro Positivo, Lei nº 12.414/2011, considerada “primeira normativa brasileira concebida a partir de conceitos e sistemática comum à tradição de proteção de dados”,³⁶ configurando uma etapa importante no ordenamento jurídico brasileiro quanto à proteção de dados pessoais.

3.3 Na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

A legislação infraconstitucional brasileira continuou desenvolvendo leis acerca da matéria, entre as quais podem-se destacar a Lei de Acesso à Informação, que regulou questões relacionadas à transparência e conceituou o que é informação (incluindo a sigilosa e pessoal),³⁷ e o Marco Civil da Internet, que estabeleceu os direitos para os usuários da *internet* e incluiu entre seus princípios a proteção da privacidade e dos dados pessoais.³⁸

O conjunto de proteções – constitucionais e infraconstitucionais – mostrava-se insuficiente no cenário contemporâneo, especialmente diante do desenvolvimento de novas tecnologias, que exigiam a redação de uma lei a fim de proteger os dados pessoais.

³⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, posição 7148.

³⁶ DONENA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 33.

³⁷ Art. 4º, I, III e IV, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

³⁸ Art. 3º, II e III, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

As primeiras iniciativas legislativas para proteção de dados pessoais surgem em 2005, tendo como uma das maiores influências a edição das *Medidas para a proteção de dados pessoais e sua livre circulação* em 2010 no âmbito do Mercosul,³⁹ que serviu de base para a discussão da futura lei brasileira.

Apenas em 2018 é promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), posteriormente modificada pela Medida Provisória nº 869 de 2018 (convertida na Lei nº 13.853 de 2019) que definiu as características da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Em 2020, a Lei nº 14.010 alterou a data de entrada em vigor dos arts. 52 a 54 para agosto de 2021.

Foi a partir de sua edição que o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever expressamente sobre o direito à proteção de dados pessoais, baseando-se nos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A lei inova no ordenamento, inserindo diretrizes e princípios inspirados no modelo europeu de proteção de dados e leis de quarta geração, dando destaque a instrumentos de proteção da pessoa natural e responsabilização dos organismos encarregados pela tutela das informações.

3.4 Proteção de dados pessoais como direito fundamental implícito

Considerando as disposições constitucionais e infraconstitucionais, pode-se inferir a existência de um direito à proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo-se inclusive, a existência de um direito fundamental implícito à proteção de dados, que decorre da evolução da tutela da privacidade, embora não se confunda com ela.

Trata-se de um direito fundamental em sentido material, devido ao valor atribuído ao seu conteúdo. Sua essencialidade deriva do princípio da dignidade humana, do direito à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e a privacidade:

[...] o direito à proteção dos dados pessoais pode (e mesmo deve!) ser associado e reconduzido a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental (também implicitamente positivado) ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade mais

³⁹ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 35.

relevantes no contexto, quais sejam – aqui nos termos da CF –, os direitos à privacidade e à intimidade, no sentido do que alguns também chamam de uma ‘intimidade informática’.⁴⁰

Apesar de não estar previsto expressamente, compreende-se que seu *status* normativo é equivalente ao das demais normas constitucionais, servindo como parâmetro para o controle de constitucionalidade.⁴¹ Possui, portanto, aplicabilidade imediata, assim como as demais garantias fundamentais. Sua natureza também permite a imposição de limites materiais ao poder de reforma da Constituição, podendo ser considerado cláusula pétrea.

Dessa forma, após breve análise da legislação a respeito do tema, podemos considerar que o direito à proteção de dados pessoais é um direito fundamental implícito no texto constitucional, advindo da interpretação das inviolabilidades dispostas no art. 5º, incisos X e XII, em conjunto com a previsão de *habeas data* e o princípio fundamental da dignidade humana, cujo reconhecimento é uma necessidade “para tornar efetivos os fundamentos e princípios do Estado democrático de direito, na sociedade contemporânea da informação, conforme determina a Constituição Federal”.⁴²

4 Reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito autônomo

4.1 Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019

Está em processo de elaboração a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, que visa a alteração da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, além de fixar a competência privativa da União para legislar sobre o tema. Segundo a redação original da proposta, o direito à proteção de dados pessoais seria inserido no inciso XII do art. 5º da seguinte forma:

Art. 5º [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual

⁴⁰ SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo *et al.* (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 55.

⁴¹ SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo *et al.* (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 47.

⁴² MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, 2018, p. 188.

penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.⁴³ (grifos nossos)

A segunda alteração se daria no âmbito do art. 22 da Constituição Federal, com a inserção do inciso XXX, adicionando a proteção e tratamento de dados pessoais entre as competências privativas da União.

Mesmo que já reconhecido como um direito fundamental implícito, a positivação formal do direito à proteção de dados pessoais carrega o que Ingo Sarlet indica como uma carga positiva adicional⁴⁴ o que significaria uma ampliação no âmbito de proteção, aplicabilidade e efetividade.

Dentre os efeitos de sua positivação, cita-se: sua consolidação como um direito fundamental autônomo de âmbito de proteção próprio; a atribuição de um valor normativo superior ao restante do ordenamento jurídico; constituição de limite material à reforma constitucional, sendo cláusula pétrea; atribuição de aplicabilidade imediata e a consequente vinculação de atores públicos e privados.⁴⁵

Durante as audiências públicas realizadas para discutir a redação da PEC, entre outubro e novembro de 2019, diversos especialistas opinaram sobre a temática e possíveis modificações da proposta. Na audiência, o direito à proteção de dados é apresentado como uma consequência da necessidade do direito de regular os avanços tecnológicos envolvendo o processamento de dados, uma vez que a concepção clássica do direito à privacidade, o direito de ser deixado sozinho, não seria suficiente.

Nesse contexto, ele surge como direito coletivo, e entende-se que sua amplificação através da positivação no texto constitucional seria essencial para o reconhecimento como um direito fundamental autônomo.

Durante a audiência, em diversos momentos foi sugerida a inserção do direito à proteção de dados como um direito independente, em um novo inciso dentro do art. 5º da Constituição, e não no inciso XII como aduz a redação original da proposta. A justificativa é de que se trata de um direito próprio, não limitado ao sigilo das comunicações, merecendo designação autônoma.

Sua positivação seria essencial para a garantia de uma proteção a este direito, dando-lhe natureza de cláusula pétrea, assim como a atribuição de efetividade plena, tornando-se parâmetro na elaboração de políticas públicas pelo Estado, evidenciando a importância de uma proteção constitucional.

⁴³ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 17*, de 2019.

⁴⁴ SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo et al. (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 56.

⁴⁵ SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo et al. (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 49.

A competência privativa da União foi um dos principais pontos do debate. Os defensores da competência privativa defenderam sua instituição como medida de segurança jurídica, evitando-se a edição de legislações contraditórias no âmbito dos estados e municípios, que geram um obstáculo na implementação uniforme da Lei Geral de Proteção de Dados. Nesse sentido, aponta-se a existência de leis de proteção de dados e a discussão do tema em diversas câmaras municipais, ressaltando-se os pontos conflitantes entre as leis municipais e a LGPD.

Nesta linha, entende-se que a competência privativa seria positiva para elaboração de políticas e diretrizes nacionais, não sendo vislumbrada a existência de peculiaridades regionais que justificassem a necessidade de competência concorrente e novas leis de proteção de dados, bastando sua regulação em âmbito administrativo.

Ademais, o custo de *compliance* na hipótese de adaptação a várias leis específicas seria muito superior à adaptação de uma única lei, dificultando sua implementação por atores públicos e privados. A uniformização nacional também proporciona um ambiente de livre trânsito de dados, permitindo inclusive um fluxo internacional facilitado.

Pela defesa de uma competência concorrente, argumentou-se que as leis de proteção de dados nascidas em âmbito municipal e estadual decorreram de um vazio legislativo, além de influenciarem a própria edição da LGPD, pois evidenciaram a necessidade de uma legislação federal. A competência concorrente proporciona, ademais, a oportunidade de participação social na elaboração de leis, levando em conta os impactos específicos sofridos pelo cidadão, suplementando a lei nacional de acordo com as demandas locais.

Entende-se que a competência privativa poderia funcionar como desincentivo para elaboração de políticas públicas, além de provocar a judicialização das normas locais já existentes.

Este processo de elaboração da Proposta de Emenda à Constituição e o recente debate público voltam a atenção para a importância da positivação do direito fundamental de proteção dos dados pessoais, diante de sua relevância para o Estado democrático. Embora tido como direito implícito, reconhece-se que sua previsão expressa traria segurança jurídica e ampliaria sua efetividade, assim como seu âmbito de proteção.

4.2 Proteção de dados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

4.2.1 Mandado de Segurança nº 21.729/DF

Ao longo dos últimos 25 anos algumas decisões relevantes acerca da proteção de dados pessoais foram proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Através

de sua análise é possível enxergar claramente a evolução dos posicionamentos e da tutela do direito à proteção de dados.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729/DF realizado em 1995 foi discutida a questão do sigilo bancário atrelada à possibilidade de requisição de informações e documentos pelo Ministério Público. No caso, o banco alegou estar impossibilitado de informar quais seriam os beneficiários de empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, alegando a proteção do sigilo bancário.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, entretanto, que esse sigilo não se estende a ilícitos, e, considerando o princípio da publicidade, não caberia ao banco negar informações sobre os beneficiários de empréstimos financiados pelo erário federal.

Em seu voto, o Min. Carlos Veloso ressalta, porém, que o sigilo bancário protege interesses que integram o direito à privacidade, inerente à personalidade da pessoa, assim como atende finalidade de ordem pública (proteção do sistema de crédito).⁴⁶ Ademais, considera que a proteção de dados poderia incluir a proteção ao sigilo bancário,⁴⁷ posicionando-se a favor do provimento do mandado de segurança, que fora ultimamente indeferido pelo Pleno.

4.2.2 Recurso Extraordinário nº 418.416-8/SC e *Habeas Corpus* nº 91.867/PA

No ano de 2006, o entendimento anteriormente apresentado de que a proteção de dados, inserida no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, refere-se apenas a proteção da comunicação de dados e não dos dados em si, foi adotado no Recurso Extraordinário nº 418.416-8/SC pelo Min. Relator Sepúlveda Pertence. O caso concreto envolvia a apreensão de computadores e disquetes. Em seu voto, o Min. Relator entendeu que não poderia ser reconhecida a quebra de sigilo das comunicações, já que apenas havia ocorrido a apreensão da base física em que os dados se encontravam.

Diante da ausência da quebra de sigilo, o Ministro adotou o entendimento doutrinário suportado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, de que não existiria proteção dos dados em si mesmos:

3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve 'quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados,

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 21729. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, *DJ* 19-10-2001), p. 132-133.

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 21729. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, *DJ* 19-10-2001), p. 140.

mediante prévia e fundamentada decisão judicial'. 4. *A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador.*⁴⁸ (grifos nossos)

De forma similar, o entendimento foi reiterado por Gilmar Mendes durante a relatoria do *Habeas Corpus* nº 91.867/PA, em 2012. O autor pleiteava pelo reconhecimento da violação dos registros telefônicos, diante da ausência de autorização judicial, pois no caso em comento os policiais responsáveis realizaram a análise dos registros telefônicos dos aparelhos apreendidos sem qualquer determinação judicial.

Em seu voto, Gilmar Mendes diferencia o conceito de comunicação e registros telefônicos, ressaltando que ambos recebem proteções jurídicas distintas, de forma que o art. 5º, XII, da Constituição não poderia ser aplicado no sentido de proteger os registros, pois se restringe à proteção da comunicação de dados. O Ministro repete, portanto, a lógica anteriormente adotada por Sepúlveda Pertence, de inexistência da proteção de dados pessoais pelo texto constitucional:

2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. *A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.*⁴⁹ (grifos nossos)

Assim, infere-se que ao menos inicialmente, o Supremo Tribunal Federal adotou a posição de que a Constituição protegeria apenas a comunicação dos dados, não reconhecendo a existência de um direito autônomo à proteção de dados.

4.2.3 *Habeas Corpus* nº 89.083/MS

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 89.083-1/MS, em 2008, a Corte considerou que o sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, deve ser considerado restrito às comunicações telefônicas e telemáticas, não se estendendo a dados que já se encontrem armazenados em dispositivos eletrônicos (telefones celulares). Contudo, esses dados devem ser protegidos como elementos associados à intimidade e à privacidade, que são assegurados no inciso X do mesmo artigo.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 418416*. Relator(a): Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 91.867/PA*. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012.

Além disso, o STF adotou o entendimento de que o sigilo de dados apenas pode ser quebrado por ordem judicial, nos casos em que haja indícios de prática criminosa, ou em casos de perseguição criminal. A regra, em todos os casos, deve ser a privacidade da pessoa.

4.2.4 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 766.390

No ano de 2014, a divulgação de dados de funcionários públicos é discutida no âmbito do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 766.390. Nesta decisão, a Segunda Turma do STF compreendeu que dados referentes a cargos públicos se diferenciam das informações de natureza pessoal. Os dados relacionados aos cargos públicos recebem tratamento diferenciado, sendo submetidos ao direito de acesso à informação, no qual prevalece o interesse público, devendo ser assegurada a transparência e publicidade destes dados.

Nesse caso, portanto, conclui-se que não há violação da intimidade ou vida privada com a divulgação de dados dessa natureza.

4.2.5 Recurso Extraordinário nº 673.707/MG

No RE nº 673.707/MG, de 2017, o Min. Relator Luiz Fux reconheceu a possibilidade de que o *habeas data* tutele as informações pessoais, entendendo que as informações pessoais afetam a esfera de direitos do indivíduo e merecem tutela do *habeas data*. A partir disso, pode-se supor que existe um direito à proteção de dados pessoais, direito material que daria suporte a tal ação.⁵⁰

4.2.6 *Habeas Corpus* nº 168.052/SP

O posicionamento jurisprudencial de que dados pessoais não seriam protegidos por si só foi superado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 168.052, de 2020, oportunidade na qual o Min. Gilmar Mendes reconheceu a necessidade de autorização judicial para acesso aos dados do aparelho celular. O Ministro fundamentou seu voto na modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, considerando ter havido uma mutação constitucional.

Em seu voto, defendeu que estando expressamente abrangido pelo inciso XII do art. 5º da Constituição Federal ou não, os dados e informações pessoais ainda estariam abarcados pela proteção à intimidade e privacidade constante do inciso X

⁵⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, 2018, p. 14.

do mesmo artigo. Desta forma, o Ministro modifica sua compreensão sobre o tema, afastando-se da do voto proferido no *Habeas Corpus* nº 91.867/PA e enunciando um novo contexto para o direito de proteção de dados pessoais.

O posicionamento inicialmente adotado pelo STF no RE nº 418.416/SC concebia um cenário de riscos diferenciado, pois vê-se que desde 1995 as inovações da tecnologia passaram a permitir um maior risco de interceptação de dados, mesmo que não estejam em processo de comunicação.⁵¹

4.2.7 Medida Provisória nº 954 e ADIs nºs 6.387, 6.388, 6.393 e 6.390

Em 17 de abril de 2020 foi editada a Medida Provisória nº 954, dispondo sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com fim de suporte à produção de estatística oficial no período da pandemia de Covid-19, visto que a emergência de saúde pública impediria a realização do censo presencialmente.

A Medida Provisória contava com 5 artigos, que brevemente estabeleciam que a medida seria válida durante a pandemia, além de definir que os dados disponibilizados por meio eletrônico seriam os nomes, números de telefone e endereço dos consumidores, de pessoas físicas ou jurídicas.

A utilização dos dados é limitada ao IBGE, com objetivo de produção de estatística oficial, mediante a realização de entrevistas não presenciais. Dispõe a MPv que os dados compartilhados teriam caráter sigiloso e seriam utilizados unicamente para a finalidade de realização de entrevistas não presenciais com objetivo de produzir estatística oficial. A medida também vedava a disponibilização dos dados a quaisquer empresas (públicas ou privadas), órgão, ou entidade da administração pública, assim como seus entes federativos.

Por fim, a MPv previu que, uma vez superada a emergência de saúde pública, as informações deveriam ser eliminadas da base de dados, estabelecendo um prazo máximo de armazenamento de até 30 dias caso os dados fossem considerados necessários para conclusão da produção estatística.

Logo após a edição da Medida, foram propostas cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI nº 6.387) e pelos partidos políticos PSDB, PSB, PSOL e PCdoB (ADIs nºs 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393), pugnando-a, arguindo inconstitucionalidade formal (por inobservância do art. 62 da Constituição) e material pela violação dos direitos

⁵¹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Uso de softwares espões pela polícia: prática legal? *Jota*. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espioes-pela-policia-pratica-legal-04062015>. 2015. Acesso em: 01 mar. 2021.

fundamentais de dignidade da pessoa humana, privacidade, autodeterminação informativa e proteção de dados pessoais.

As ações fundamentam-se especialmente nos riscos relacionados à violação dos dados sigilosos da população, diante da finalidade genérica e imprecisa imposta pela Medida Provisória, que não definia procedimentos de controle ou apresentava forma específica pela qual seriam executadas as pesquisas estatísticas, assim como não justificava as razões de urgência e relevância da medida.

Sob esses fundamentos, no âmbito da ADI 6387, foi requerida a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da MPv e o reconhecimento dos direitos fundamentais à autodeterminação informativa e proteção de dados pessoais, respectivamente inseridos no art. 5º, X e XII, da Constituição.

A Advocacia-Geral da União se manifestou pelo indeferimento da medida cautelar, arguindo pela existência de relevância e urgência – legitimando formalmente a Medida Provisória –, utilizando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para fundamentar a não existência de violação a direito fundamental. O entendimento consolidado pelo STF até então, era de que a transferência de dados sigilosos entre portadores que possuem dever de manter sigilo não ofenderia o direito à intimidade e privacidade dos usuários.

A Ministra Relatora Rosa Weber decidiu pela suspensão de eficácia da MPv, deferindo o pedido de medida cautelar e determinando a tramitação conjunta das ADIs nºs 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 que também discutiam a inconstitucionalidade da Medida Provisória. Posteriormente, a medida cautelar foi referendada pela maioria dos 10 Ministros do Plenário, suspendendo-se a eficácia da Medida Provisória nº 954.

De acordo com Laura Schertel, há três aspectos a serem destacados na decisão, essenciais para compreensão de sua importância no ordenamento jurídico brasileiro: a superação da falácia dos dados pessoais neutros, o reconhecimento de um direito autônomo e a constatação de que o conjunto da legislação infraconstitucional contraria as disposições constitucionais.⁵²

Em primeiro lugar, a decisão demonstra a importância da compreensão de que nenhum dado é neutro ou insignificante, considerando sua manipulação e aplicação na era da informação. A decisão destaca a mudança de perspectiva em relação às últimas décadas, ressaltando a relevância adquirida pelas informações pessoais, diante das novas possibilidades de cruzamento de dados e criação de perfis individualizados.

Nas décadas anteriores, dados eram comumente compartilhados através das listas telefônicas, entretanto, este é um costume que deixa de existir, indicando

⁵² MENDES, Laura Schertel Ferreira. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. 2020. Acesso em: 01 mar. 2021.

a mudança de paradigma da privacidade e a valorização de uma proteção dos dados pessoais. Ganha-se uma nova percepção sobre o compartilhamento das informações pessoais, seu valor comercial e as repercussões negativas relacionadas a instrumentalização dos dados.

Na defesa da Medida Provisória, a Advocacia-Geral da União utilizou o argumento de que apesar de os dados serem inicialmente compartilhados com o IBGE, os cidadãos poderiam negar responder entrevistas e fornecer demais dados (nesta hipótese, considerados sensíveis), caso assim desejassem. Entretanto, a decisão que referenda a medida cautelar aponta os riscos intrínsecos na manipulação de informações pessoais de centenas de milhões de pessoas, principalmente diante da falta de previsão de mecanismos de segurança na medida provisória.

Ademais, a decisão lembra que a divulgação de informações prestadas em listas telefônicas tratava-se de faculdade concedida aos usuários. Na previsão da MPv, há total ausência de controle e consentimento dos indivíduos acerca dos dados compartilhados. Soma-se este fato a mudança no panorama tecnológico, que permite o cruzamento e filtragem das informações, assim como a criação de perfis individuais detalhados – de alto valor comercial e informacional, tanto para entes privados quanto para o Estado.

Essa ideia contrapõe-se à antiga jurisprudência de que os dados pessoais em si não mereciam proteção, ou ainda, que apenas dados sensíveis e sigilosos merecem ser tutelados. De acordo com Laura Schertel Mendes “a finalidade da coleta e o destinatário da informação são mais decisivos para a avaliação da constitucionalidade do processamento de dados do que a classificação dos dados em privados e íntimos”.⁵³

A Ministra Relatora reconheceu a existência de um ambiente de fragilidade quanto à proteção dos dados, considerando o adiamento da data de entrada de vigência da Lei de Proteção de Dados Pessoais, em conjunto com a ausência de medidas de segurança para o processamento de dados na medida provisória, colocando em riscos as informações da população brasileira.

O voto da Min. Rosa Weber se centra na importância da proteção de dados pessoais num contexto democrático, ressaltando o enfraquecimento de direitos e instituições através da adoção de medidas excepcionais pelo Estado, culminando na expansão de políticas de vigilância e coleta de dados da população. Tal situação se agrava no contexto de pandemia, em que medidas de exceção se justificam a todo tempo mediante seu caráter emergencial.

⁵³ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. 2020. Acesso em: 01 mar. 2021.

Pode-se fazer um comparativo da decisão do STF com a decisão proferida pelo Tribunal alemão em 1983 sobre a Lei do Censo, visto que ambas tratam de um caso onde se debate a coleta de dados por órgãos estatais, decidindo de forma pioneira sobre a existência de um direito à autodeterminação informativa, reconhecendo a existência de um direito à proteção de dados pessoais tutelado constitucionalmente.⁵⁴

O segundo ponto de destaque é o reconhecimento de um direito fundamental autônomo, não mais considerado uma mera derivação do direito à privacidade. A Min. Rosa Weber identifica que as informações abordadas na Medida Provisória tratam-se de dados pessoais, integrando o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais de liberdade individual, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade.

O Min. Luiz Fux entende que a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa tratam-se de direitos fundamentais autônomos, extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, da dignidade da pessoa humana e da garantia processual do *habeas data*.

Gilmar Mendes, por sua vez, destaca que a autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais “[...] não se faz tributária de mero encantamento teórico, mas antes da necessidade inafastável de afirmação de direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas”,⁵⁵ baseando sua força normativa na necessidade de proteger a dignidade humana num cenário em que os indivíduos estão continuamente expostos a riscos, comprometendo sua autodeterminação informacional.

Entende-se, portanto, que há a formulação pelo Supremo Tribunal Federal de um direito que ultrapassa a tutela do direito à inviolabilidade da esfera íntima e privada, que poderá ser aplicado futuramente em casos que envolvam a proteção dos dados pessoais.⁵⁶

A decisão adentra o tópico de mutação constitucional diante dos avanços tecnológicos e o papel do Tribunal de inovação jurídica e atualização da proteção de direitos fundamentais. Aborda-se, ainda, a dupla dimensão do direito à proteção de dados: em seu aspecto subjetivo, trata-se da proteção do indivíduo contra intervenção (estatal ou privada) na sua liberdade individual, na dimensão objetiva relaciona-se a imposição de um dever de tutela pelo Estado.

Quanto à proteção de dados no Brasil, a decisão proferida pelo Plenário reconhece um estado de fragilidade e insegurança jurídica. O estado de proteção

⁵⁴ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. 2020. Acesso em: 01 mar. 2021.

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 6387 MC*. Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270. DIVULG. 11.11.2020. PUBLIC. 12.11.2020, p. 110.

⁵⁶ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, G. S. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados: comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. *Revista de Direito do Consumidor*. 2020, p. 02.

deste direito é tido como insuficiente, devido o adiamento da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados e ausência da instituição de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, impossibilitando a fiscalização do processamento de dados e responsabilização diante de danos causados aos usuários.

Evidencia-se a partir da presente decisão, o delineamento do direito fundamental à proteção de dados pessoais, demonstrando a adaptação do texto constitucional diante dos avanços tecnológicos na sociedade de informação, seus reflexos no direito à privacidade e livre desenvolvimento da personalidade.

5 Considerações finais

Inicialmente, é possível concluir que o direito à proteção de dados pessoais decorre do desenvolvimento do direito à privacidade, tornando-se um novo direito no início dos anos 1970, consolidando-se nas décadas seguintes, passando por várias etapas de evolução que acompanharam o desenvolvimento de novas tecnologias e seus respectivos desafios quanto ao tratamento de dados, tanto por entidades públicas quanto privadas.

Em seguida, observa-se que o tal direito não seria expressamente reconhecido no ordenamento jurídico nacional até a promulgação da LGPD, entretanto, a jurisprudência e a doutrina compreendiam que o direito à proteção de dados estaria protegido pelo conjunto das disposições constitucionais e infraconstitucionais. Nesse contexto, a LGPD representa um passo relevante para sua consolidação como direito autônomo.

A elaboração da PEC 17/2019 levantou o debate acerca da positivação deste direito no texto constitucional. Diante de uma análise doutrinária, compreende-se que o direito à proteção de dados pessoais pode ser considerado um direito fundamental implícito, entretanto, sua inserção na Constituição significaria uma ampliação de seu âmbito de proteção, aplicabilidade e efetividade.

Através da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi possível perceber que inicialmente o direito à proteção de dados não era encarado como autônomo, abarcando apenas a tutela dos dados quando estivessem em comunicação. Em pouco mais de duas décadas, essa concepção é transformada, e a Corte passa a aceitar a existência de uma proteção dos dados por si só.

Durante a leitura da decisão referendada na ADI 6387, nota-se que os Ministros adotam quase que por unanimidade a existência de um direito de autodeterminação informativa e direito à proteção de dados pessoais, considerados de forma autônoma. Durante os votos, são expostas as influências legislativas e doutrinárias, nacionais e internacionais que fundamentam essa nova interpretação.

A decisão reconhece a existência de um conjunto normativo no ordenamento jurídico nacional que evidencia a existência de proteção de dados pessoais,

assim como a necessidade de evolução na interpretação constitucional, que deve acompanhar as transformações políticas, sociais e tecnológicas.

Desta forma, é possível concluir pela existência de um direito de proteção de dados pessoais, considerado um direito fundamental implícito e autônomo, decorrente de uma nova compreensão da privacidade, dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade. Tal direito ainda exige uma adaptação do cenário normativo e institucional brasileiro, promovendo a adoção dos princípios constitucionais e legais que garantem a segurança jurídica durante o tratamento de dados pessoais.

Referências

- ALLEN, Anita L. Privacy-as-data control: Conceptual, practical, and moral limits of the paradigm. *Conn. L. Rev.*, v. 32, 1999.
- ARENDR, Hannah. *A condição humana*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2018.
- BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n° 17*. Congresso Nacional, 2019.
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
- BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Lei de Acesso à Informação.
- BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.
- BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Federal Data Protection Act (BDSG)*. 1990. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsdg/. Acesso em: 02 fev. 2021.
- CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. *California Consumer Privacy Act of 2018*. Disponível em: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5. Acesso em: 04 mar. 2021.
- CANCELIER, Mikhail. *Infinito particular*. privacidade do século XXI e a manutenção do direito de estar só. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a.
- CANCELIER, Mikhail. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. *Sequência* (Florianópolis), n. 76, p. 213-239, 2017b.
- CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Ed.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- CONSEIL DE L'EUROPE. *Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37>. Acesso em: 04 mar. 2021.
- CLEAR, Marie. Falling Into the Gap: The European Union's Data Protection Act and its Impact on US Law and Commerce, 18 J. Marshall J. Computer & Info. L. *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, 2000.

- DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 12(2), 91-108. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. Versão Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DONEDA, Danilo *et al.* (Org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- EUR-LEX. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*. 24 de outubro de 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em: 04 mar. 2021.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 1º mar. 2021.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Uso de softwares espíões pela polícia*: prática legal? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espioes-pela-policia-pratica-legal-04062015>. 2015. Acesso em: 10 maio 2021.
- MENDES, Laura Schertel; FONSECA, G. S. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados: comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 130, p. 471, 2020.
- REDE LATINO-AMERICANA DE ESTUDOS EM VIGILÂNCIA, TECNOLOGIA E SOCIEDADE. *Histórico pelo Mundo*. Disponível em: <http://dadospessoais.lavits.org/historico-pelo-mundo/#1505859308486-102fbc59-0fbd>. Acesso em: 02 fev. 2021.
- RODOTÀ, Stefano. *In diritto di avere*. Roma: Laterza, 2012.
- ROSAL, Isabela; SOUTO, Gabriel. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <https://lapin.org.br/2021/03/31/o-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-a-luz-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 04 maio 2021.
- SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo *et al.* (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Edição Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 6387 MC-Ref*, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 21729. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19.10.2001.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 766390 AgR*. Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, processo eletrônico DJe-157. Divulg. 14.08.2014. Public. 15.08.2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 168052*. Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, Processo Eletrônico DJe-284. Divulg. 01.12.2020. Public. 02.12.2020.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 418416*, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, *DJ* 19.12.2006.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 89083*, Relator(a): Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-025. Divulg. 05.02.2009. Public. 06.02.2009. Ement. Vol-02347-02. Pp-00348. RTJ Vol-00209-01. Pp-00220.
- PROSSER, William. Privacy. *California Law Review*, ago. 1960. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3478805>. Acesso em: 04 fev. 2021.
- RUARO, Regina; RODRIGUEZ, Daniel; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 45-66, 2011.
- RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 36, 2014.
- UNCTAD. *Data Protection and Privacy Legislation Worldwide*. Disponível em: <https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>. Acesso em: 04 mar. 2021.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. Columbia University Press, 1989.
- WESTIN, Alan F. Special report: legal safeguards to insure privacy in a computer society. *Communications of the ACM*, v. 10, n. 9, p. 533-537, 1967.
- WESTIN, Alan F. Privacy and freedom. *Washington and Lee Law Review*, v. 25, n. 1, 1967.
- WESTIN, Alan F. Science, privacy, and freedom: Issues and proposals for the 1970's. Part I – The current impact of surveillance on privacy. *Columbia Law Review*, 1966, p. 1010-1011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

XAVIER, Fernando César Costa; CAMARGO, Maria Carolina de Oliveira. O reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito subjetivo autônomo na ordem jurídica brasileira. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 27-55, set./dez. 2021. DOI: 10.47975/IJDL.xavier.v.2.n.3.

IJDL – INTERNATIONAL JOURNAL OF DIGITAL LAW



Editor-Chefe

Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e
Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Editores Associados

Prof. Dr. Alexandre Godoy Dotta, Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Curitiba – PR, Brasil
Prof. Dr. Juan Gustavo Corvalán, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Editores Adjuntos

Me. Fábio de Sousa Santos, Faculdade Católica de Rondônia, Porto Velho – RO, Brasil
Me. Igor Gomes Rocha, Universidade Federal do Maranhão, São Luís – MA, Brasil
Me. Lucas Bossoni Saikali, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Presidente do Conselho Editorial

Profa. Dra. Sofia Ranchordas, University of Groningen, Groningen, Holanda

Conselho Editorial

Prof. Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
Profa. Dra. Annappa Nagarathna, National Law School of India, Bangalore, Índia
Profa. Dra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil
Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil
Profa. Dra. Diana Carolina Valencia Tello, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia
Prof. Dr. Endrius Cociolo, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha
Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado, Universidade Federal do Paraná, Brasil
Profa. Dra. Irene Bouhadana, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, França
Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil
Prof. Dr. Mohamed Arafa, Alexandria University, Alexandria, Egito
Prof. Dra. Obdulia Taboadela Álvarez, Universidad de A Coruña, A Coruña, Espanha
Profa. Dra. Vivian Cristina Lima Lopez Valle, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Brasil
Prof. Dr. William Gilles, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, França
Profa. Dra. Lyria Bennett Moses, University of New South Wales, Kensington, Austrália

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

IN61 International Journal of Digital Law – IJDL – ano 1, n. 1
(abr. 2020) – Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Quadrimestral; Publicação eletrônica
ISSN: 2675-7087

1. Direito. 2. Direito Digital. 3. Teoria do Direito. I. Fórum.

CDD: 340.0285
CDU: 34.004

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Sumário

Contents

EDITORIAL.....	7
----------------	---

EDITORIAL.....	9
----------------	---

Public foment for innovation in artificial intelligence: an assessment based on technological data from patents

Fomento público à inovação em inteligência artificial: uma avaliação a partir dos dados tecnológicos de patentes

Elisa Coimbra, Flávio Luiz de Aguiar Lôbo	11
1 Introduction	12
2 The complexity of innovation, especially when associated with artificial intelligence and the legal mark	15
3 Presentation of patent technology data	19
4 Discussions of results	22
5 Conclusions.....	24
References	25

O reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito subjetivo autônomo na ordem jurídica brasileira

The recognition of the right to protection of personal data as an autonomous subjective right in the Brazilian legal system

Fernando César Costa Xavier, Maria Carolina de Oliveira Camargo	27
1 Introdução	28
2 Fundamentos do direito à proteção de dados pessoais	29
2.1 Evolução do direito à privacidade.....	29
2.2 O direito à proteção de dados pessoais	34
3 Proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.....	37
3.1 Na Constituição	37
3.2 No Código de Defesa do Consumidor.....	40
3.3 Na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	40
3.4 Proteção de dados pessoais como direito fundamental implícito	41
4 Reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito autônomo ..	42
4.1 Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019.....	42
4.2 Proteção de dados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	44
4.2.1 Mandado de Segurança nº 21.729/DF.....	44
4.2.2 Recurso Extraordinário nº 418.416-8/SC e Habeas Corpus nº 91.867/PA.....	45
4.2.3 Habeas Corpus nº 89.083/MS.....	46
4.2.4 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 766.390	47
4.2.5 Recurso Extraordinário nº 673.707/MG	47
4.2.6 Habeas Corpus nº 168.052/SP.....	47
4.2.7 Medida Provisória nº 954 e ADIs nºs 6.387, 6.388, 6.393 e 6.390	48
5 Considerações finais	52
Referências	53

Metaverso: novos horizontes, novos desafios

Metaverse: new horizons, new challenges

Rodrigo Pironti, Mariana Keppen	57
1 Introdução	58
2 Alguns dos desafios jurídicos impostos pelo metaverso	60
3 Metaverso e o <i>compliance</i>	62
4 Metaverso e a Lei Geral de Proteção de Dados.....	63
5 Conclusão	66
Referências	67

Regulatory obstacles of distance learning technology for the promotion of equality in higher education

Os obstáculos regulatórios da tecnologia EAD para a promoção igualitária do ensino superior

Rodrigo Maciel Cabral, Daniel Castanha de Freitas	69
1 Introduction	70
2 The fundamental right to education and equal opportunities	74
3 The Fourth Industrial Revolution and technology applied to education	78
4 Distance learning (EaD) as an innovation modality and digital inclusion.....	80
5 Conclusion.....	87
References	88

Perspectivas e desafios à implementação de Saúde Digital no Sistema Único de Saúde

Perspectives and challenges to the implementation of Digital Health in the Unified Health System

Barbara Mendonça Bertotti, Luiz Alberto Blanchet	93
1 Introdução	94
2 De e-Saúde à Saúde Digital: principais normativas sobre a temática	95
2.1 Normativas da Organização Mundial da Saúde (OMS).....	96
2.2 Normativas do Ministério da Saúde	99
3 Ações da Saúde Digital no SUS	101
4 Considerações sobre desigualdade digital e proteção de dados	104
5 Considerações finais	107
Referências	108

Soft skills na advocacia contemporânea e nos meios consensuais de resolução de conflitos

Soft skills in contemporary law and in consensual means of conflict resolution

Micaella Dallagnoli Freitas, Moisés de Almeida Goes	113
1 Introdução	114
2 O que são <i>soft skills</i> : contexto histórico, conceito e aplicabilidade	117
2.1 Diferença entre <i>hard skills</i> e <i>soft skills</i>	119
2.2 Como desenvolver habilidades interpessoais (<i>soft skills</i>).....	121

3	Inovação jurídica: <i>soft skills</i> na advocacia contemporânea.....	123
4	Competências necessárias para atuar nos meios consensuais de resolução de conflitos	124
5	Considerações finais	128
	Referências	130

The urgency of regulating and promoting artificial intelligence in the light of the precautionary principle and sustainable development

A urgência da regulação e do fomento da inteligência artificial à luz do princípio da precaução e do desenvolvimento sustentável

	Adriana Ricardo da Costa Schier, Cristina Borges Ribas Maksym, Vitória Dionísio Mota	133
1	Introduction	134
2	Artificial Intelligence: what it is, how it works and which functions does it have?....	135
3	Regulating technologies in light of the precautionary principle	140
4	The entrepreneurial state and AI	147
5	Conclusion	150
	References	150

Uma *smart* democracia para um *smart* cidadão: análise de uma plataforma digital gamificada para o exercício de deliberação pública e do controle social

A smart democracy for a smart citizen: analysis of a gamificated digital platform for the exercise of public deliberation and social control

	André Afonso Tavares, Caroline Müller Bitencourt, Carlos Ignacio Aymerich Cano	153
1	Introdução	154
2	Uma <i>smart</i> democracia para um <i>smart</i> cidadão	157
3	Plataforma digital gamificada para exercício de deliberação pública e do controle social.....	162
4	Conclusão	173
	Referências	174

DIRETRIZES PARA AUTORES..... 177

Condições para submissões

Política de privacidade

AUTHOR GUIDELINES

Conditions for submissions.....

Privacy statement.....