XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JULIANA RODRIGUES FREITAS

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem osmeios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755
Constituição e democracia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Juliana Rodrigues Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-826-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I durante o XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Belém-PA, de 13 a 15 de novembro de 2019, sob o tema geral "Direito, desenvolvimento e políticas públicas: Amazônia do século XXI". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com o Centro Universitário do Pará – CESUPA e o seu Programa de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Profª. Drª. Juliana Rodrigues Freitas - Centro Universitario do Pará - CESUPA

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INCLUSÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – UMA ANÁLISE SOBRE A PEC 17/2019

INCLUSION OF PERSONAL DATA PROTECTION IN THE ROLL OF FEDERAL CONSTITUTION FUNDAMENTAL RIGHTS - AN ANALYSIS ON THE PEC 17/2019

Cícero Marcos Lopes Do Rosário [1]
Fabricio Vasconcelos de Oliveira

Resumo

A evolução tecnológica trouxe transformações sociais. O modo como nos relacionamos e os meios que concretizamos nossas relações. A legislação deve acompanhar essas mutações, sob pena de deixar de tutelar questões de interesse da sociedade. A proteção dos dados pessoais é tema atual que necessita de especial atenção. Realizou-se, neste artigo, considerações sobre a inclusão desse direito no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal. Este trabalho é resultado de uma análise sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, que está em tramitação nas casas legislativas do país.

Palavras-chave: Evolução, Proteção, Dados pessoais, Direitos fundamentais, Pec nº 17/2019

Abstract/Resumen/Résumé

Technological evolution has brought social transformations. The way we relate and the means that we materialize our relationships. Legislation must accompany these changes, otherwise it will no longer protect matters of interest to society. The protection of personal data is a current issue that needs special attention. This article considered the inclusion of this right in the list of fundamental rights of the Federal Constitution. This work is the result of an analysis of the Proposed Amendment to the Constitution No. 17/2019, which is being processed in the legislative houses of the country.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Evolution, Protection, Personal data, Fundamental rights, Pec no. 17/2019

[1] Mestrando em Direitos Fundamentais - UNIVERSIDADE DA AMAZÔNIA - UNAMA

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A evolução tecnológica das últimas décadas trouxe consigo inúmero benefícios para a vida em sociedade, mas também nos apresentou novos percalços jurídicos que merecem especial atenção.

As populares "redes sociais" deram às pessoas a chance de se comunicarem com milhares de interlocutores ao mesmo tempo, seja através de textos, áudios, vídeos ou fotos. O dia-a-dia é compartilhado sem pudor, em uma tentativa de ter um "perfil atraente" e conteúdo interessante.

Ao mesmo tempo, o capitalismo ganhou um poderoso aliado, e a aquisição de produtos passou a ter uma velocidade nunca antes imaginada. Em apenas um "clique" o "produto dos sonhos" está ao alcance de qualquer um.

Em decorrência desse excesso de exposição e do volume de dados compartilhados, um assunto vem ganhando notoriedade nos noticiários. A proteção de dados pessoais é um dos temas mais recorrentes nos telejornais, alvo de dezenas de artigos jurídicos, e, recentemente, virou objeto de Proposta de Emenda à Constituição (PEC).

A PEC nº 17, de iniciativa do Senado Federal, foi proposta em março do ano corrente, e acrescenta a proteção de dados pessoais, inclusive pelos meios digitais, ao inciso XII do artigo 5º da CF/1988, atribuindo-lhe *status* de direito fundamental.

Ainda em tramitação na Câmara dos Deputados, a referida PEC, embora possua conteúdo bastante pertinente, apresenta uma redação que pode (deve) ser melhorada, sob pena de gerar ambiguidades aos intérpretes.

Adiante, após breves considerações conceituais e históricas sobre os direitos fundamentais no Brasil, falaremos sobre a PEC nº 17/2019 em sua estrutura redacional, e sobre a importância do seu conteúdo para garantir a tutela do Estado à proteção dos dados pessoais.

II – BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AO CONCEITO E AO CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Antes de apresentar conceitos encontrados na doutrina, é preciso salientar que não se discutirá aqui se existem ou não diferenças entre os termos "direitos humanos" e "direitos fundamentais", o que demandaria um artigo inteiro somente para tratar do assunto. Desse modo, por vezes, serão citados autores que defendem que as duas nomenclaturas se referem aos

direitos fundamentais, e outras vezes serão mencionados autores que se filiam à corrente que diferencia direitos humanos de direitos fundamentais.

Lourival da Conceição, citando LUÑOb, ensina que "a expressão direitos fundamentais (droits fondamentaux) surgiu na França no ano de 1770 no marco de um movimento político e cultural que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789" (CONCEIÇÃO, 2016, p. 32).

A definição acerca do conceito dos direitos fundamentais não é algo simplório. Diversos doutrinadores já discorreram sobre o tema, encontrando limitações e divergências. Mas quase todos eles concordam que "é difícil conceber os direitos fundamentais como algo fixo e invariável em uma perspectiva temporal e espacial, o que não diminui a importância do estabelecimento de critérios para que eles possam ser definidos e para que seja garantida a potencialização de sua eficácia" (AGRA, 2018, p. 170).

A tarefa não é fácil, mas vamos adotar aqui a definição de LUÑOb, que Lourival da Conceição mencionou em sua obra: "um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional" (CONCEIÇÃO, 2016, p. 27).

No Brasil, os direitos fundamentais, em alguns momentos, sofreram restrições, devido às crises constitucionais ocasionadas pelas razões políticas de cada período.

Océlio de Jesus Morais (2017) escreve que a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, surgiu no contexto do absolutismo europeu, e que, muito embora tenha marcado a transição entre os direitos naturais e civis no país, tais direitos eram adstritos à aristocracia, e ainda se permitiam situações como o trabalho escravo, por exemplo. Ainda assim, referida Constituição possui papel importante, pois, apesar do contexto social da época, já eram previstos em seu conteúdo, alguns direitos e garantias individuais.

Em 1891, já sob a égide do Republicanismo, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil garantiu mais liberdades aos indivíduos, mas não contemplou direitos sociais, atendo-se, principalmente, aos direitos de propriedade, pois, livres eram aqueles que detinham posses, em detrimento do trabalho de outras pessoas.

Diante desse contexto, nasceu em 1934, o constitucionalismo brasileiro. Rompendo com o paradigma anterior, a nova Constituição brasileira assegurava a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico. Os direitos sociais passaram a ser dotados de fundamentalidade, e a ordem econômica passou a ter como critério a existência digna dos indivíduos.

No entanto, apesar de representar um grande avanço acerca da garantia de direitos fundamentais, a referida Constituição vigeu por pouco tempo, pois em 1937 foi outorgada nova Constituição brasileira, já inserida no regime ditatorial.

MORAIS (2017) apelida esta Constituição de "antidemocrática", uma vez que os direitos do homem foram quase totalmente suprimidos, e os direitos individuais que não o foram, não tiveram efetividade, ante o pleno poder que estava concentrado nas mãos do chefe do Executivo nacional.

A Constituição de 1946 surgiu no contexto da democratização, conciliando os valores do bem-estar social com as concepções do Estado liberal, da livre iniciativa, do não intervencionismo e individualismo, e revigorando direitos fundamentais.

A Constituição de 1967 teve breve eficácia normativa, tendo em vista que pouco menos de dois anos após sua entrada em vigor, foi editado o Ato Institucional nº 5, que eliminou princípios basilares da democracia republicana, decretando-se o recesso do Congresso Nacional.

Finalmente, em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que ganhou o apelido de Constituição Cidadã. A Carta Magna, nas palavras de MORAIS (2017) "constitui-se no maior e mais importante documento constitucional que o Estado brasileiro já produziu".

A Constituição de 1988 colocou os direitos fundamentais como centro, de modo que os princípios fundamentais estão presentes de forma direta e indireta em todo o texto constitucional.

Para José Afonso da Silva:

> A Constituição, ao adotá-los [*os direitos fundamentais*] na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: *Estado Democrático de Direito.* O fato de o direito positivo não lhes reconhecer toda a dimensão e amplitude popular em dado ordenamento (restou dar, na Constituição, consequências coerentes na ordem econômica) não lhes retira aquela perspectiva, porquanto, como dissemos acima, na expressão também se contém princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos. *Grifo nosso*.

Embora seja difícil uma conceituação precisa do que venham a ser os direitos fundamentais, é a sua própria historicidade que nos informa a sua importância e transcendência dentro de uma sociedade.

III – A PEC Nº 17/2019 E A INCLUSÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O preâmbulo da Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 03 de março de 2019, possui a seguinte redação: "*altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais*" (SENADO FEDERAL, PEC 17/2019).

Nota-se que a referida PEC propõe não somente a inclusão dos dados pessoais no rol dos direitos fundamentais, mas também atribui à União a competência privativa para legislar sobre o tema.

Antes de iniciarmos a análise da primeira parte do texto da proposta, imperioso que façamos alguns apontamentos sobre como a doutrina e a jurisprudência vêm interpretando o atual texto constitucional que trata do sigilo das comunicações.

a) Das interpretações acerca da atual redação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal

Enquanto se discute sobre a PEC nº 17/2019 nas casas legislativas do país, vigora o texto original da Carta Magna, prevendo que: "*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*".

A análise é pertinente porque, ainda hoje, existe uma celeuma jurídica acerca da interpretação da redação do referido inciso.

Alguns doutrinadores afirmam que a exceção relativa à violação do sigilo através de ordem judicial, refere-se, tão somente, às comunicações telefônicas. Assim, o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e dos dados teriam sigilo absoluto, segundo esta corrente.

Compactua deste entendimento Walber de Moura Agra, ao assinalar que o direito à inviolabilidade de comunicação "é um mecanismo de defesa dos direitos inerentes à privacidade", e acrescenta que "a Constituição tornou inviolável o sigilo das comunicações

telegráficas, da correspondência e dos dados, que foi incorporada ao texto constitucional de maneira inovadora em 1988 (art. 5º, XII, da CF) ” (AGRA, 2018, p. 234).

Alexandre de Moraes entende que o legislador constituinte apenas excepcionou a quebra de sigilo às comunicações telefônicas, mas discorda do que julga ser a visão do constituinte porque, segundo ele, “entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação de correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (MORAES, 2018, p. 103).

Segundo o entendimento de outra corrente, a Constituição salvaguardou o sigilo das comunicações, em todas as suas formas, excetuando os casos em que, por uma ordem judicial, haja a necessidade de violar o sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Portanto, de acordo com essa linha de pensamento, o sigilo não é absoluto, seja qual for a forma de comunicação.

É uma questão de exegese. A posição da vírgula, neste caso, é o que determina o alcance da quebra de sigilo, pois, caso a intenção do legislador fosse atribuir exceção apenas ao sigilo das comunicações telefônicas, não haveria vírgula após a palavra “salvo”. No caso da redação do referido texto constitucional, a pontuação indica que, *em último caso*, nas hipóteses específicas estabelecidas pela lei, o sigilo de qualquer tipo de comunicação pode ser violado.

Admitir-se o contrário, seria o mesmo que afirmar que a inviolabilidade das correspondências, das comunicações telegráficas e dos dados, é absoluta. Ora, nem mesmo o cogente direito à vida é inviolável em nosso país, devido a exceção contida na alínea *a* do inciso XLVII do próprio artigo 5º da Constituição.

Há, ainda, um terceiro posicionamento doutrinário mais percuciente, que vem servindo de base para as decisões do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a proteção a que se refere o inciso XII do artigo 5ª da Constituição, refere-se somente ao *momento da comunicação*, seja ela por correspondência, a telegráfica, de dados ou telefônica.

No julgado adiante, verificamos que o Ministro Marco Aurélio, em análise acerca da garantia constitucional do sigilo das comunicações de dados, adverte que ela alcança somente a *troca de dados*, mas não as informações constantes em dispositivos eletrônicos, obtidas por meio de busca e apreensão.

> Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIME DE FALSIDADE DOCUMENTAL. BUSCA E APREENSÃO. VALIDADE. DILIGÊNCIA REALIZADA EM ÓRGÃO PÚBLICO. ARRECADAÇÃO DE COMPUTADORES SOBRESSALENTES À

> ORDEM JUDICIAL. ENTREGA VOLUNTÁRIA DAS MÁQUINAS PELA AUTORIDADE RESPONSÁVEL. CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO OBSERVADA. EXAME PERICIAL CONDICIONADO À POSTERIOR AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PRESERVAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ACESSO AOS DADOS REGISTRADOS EM DISPOSITIVO ELETRÔNICO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS EM PROCEDIMENTO CRIMINAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO VERIFICAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PRÓPRIOS DA FASE JUDICIAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A circunstância excepcionalíssima da entrega espontânea e voluntária de computador de titularidade de ente público, quando franqueada a sua apreensão pela autoridade responsável da unidade administrativa, revela-se compatível com a cláusula de reserva de jurisdição, ainda que sobressalente ao mandado judicial. 2. Conquanto verificada a entrega voluntária ao agente policial, o exame pericial nos equipamentos apreendidos, condicionado à autorização específica da autoridade judicial responsável pela supervisão do caderno investigativo, resguarda a regularidade da apreensão e o direito à privacidade do repositório de dados e de informações neles contidos. 3. **Descabe invocar a garantia constitucional do sigilo das comunicações de dados quando o acesso não alcança a troca de dados, restringindo-se apenas às informações armazenadas nos dispositivos eletrônicos**. **A orientação jurisprudencial do STF assinala que "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**. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270)" (RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2006). 4. Em se tratando de instrumento destinado à formação da opinio delicti do órgão acusatório, o procedimento administrativo de investigação criminal não demanda a amplitude das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, próprias da fase judicial. Eventual prejuízo advindo do indeferimento de diligências no curso das apurações (nomeação de assistente técnico e formulação de quesitos) é passível de questionamento na ação penal decorrente do respectivo inquérito policial. 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (STF - Acórdão Rhc 132062 / RS - Rio Grande do Sul, Relator (a): Min. Marco Aurélio, data de julgamento: 22/11/2016, data de publicação: 24/10/2017, 1ª Turma). *Grifo nosso*.

Assim, em um exemplo prático, de acordo com o posicionamento adotado pelo STF, a Constituição não permite a interceptação de mensagens trocadas em aplicativo de mensagens instantâneas, no momento em que elas são trocadas, como ocorre nas interceptações telefônicas, mas, mediante decisão judicial fundamentada, um magistrado pode ordenar a busca e apreensão de aparelhos telefônicos onde estejam armazenadas tais mensagens, obtendo acesso a elas.

Analisando a forma como cada tipo de comunicação deixa vestígio, conseguimos chegar à lógica utilizada pelos ministros do STF. Correspondência, telegrafia e dados deixam "rastros". Ou seja, é possível que, em momento posterior ao envio, obtenha-se acesso ao conteúdo ali deixado, ao passo que as comunicações realizadas através da telefonia se

apresentam de forma instantânea, tornando impossível o acesso ao seu conteúdo em momento posterior. Isso justifica que o legislador tenha permitido a interceptação telefônica, mediante fundamentada decisão judicial.

A pertinência do debate para o tema aqui discorrido, deve-se ao fato de que a comunicação através de dados é protegida pelo sigilo constitucional, enquanto ela ocorre. No entanto, como não há, em nosso ordenamento jurídico, direitos subjetivos absolutos, as mensagens trocadas por meio de aparelhos tecnológicos podem ser acessadas posteriormente, desde que por ordem judicial fundamentada.

Mas, e os dados pessoais? Qual será o tratamento dado a eles, uma vez que seja aprovado o texto da PEC nº 17/2019 da forma como está? Adiante, faremos algumas considerações.

b) Da nova redação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, em caso de aprovação da PEC nº 17/2019: considerações sobre o texto do autógrafo do projeto

Ao procedermos à interpretação do inciso XII do artigo 5º da CF/88, juntamente com a leitura do texto da PEC nº 17/2019, surgem questionamentos, que não pretendemos aqui responder de forma irrevogável, ou mesmo esgotar a discussão sobre o tema, mas sim alertar para a necessidade de uma reflexão, já que, no ímpeto de dar resposta à sociedade, ante às inúmeras notícias de utilização indevida de dados, nossos legisladores podem acabar aprovando emenda que mais gerará dúvidas do que certezas.

O artigo 1º da PEC nº 17/2019 assim está disposto:

> Art. 1º O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "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 penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais;
>
> ....." (NR)

A princípio, o primeiro ponto que devemos considerar, é que o inciso trata de um assunto específico, que é a *inviolabilidade do sigilo das comunicações*. Já a parte final, a ser

inserida, caso a proposta seja efetivamente aprovada na forma de Emenda à Constituição, trata da *proteção constitucional aos dados pessoais*.

Pode-se dizer que os assuntos possuem ligação, pois o texto original do inciso inclui proteção à inviolabilidade do sigilo da comunicação em ambiente digital. No entanto, proteger a comunicação por dados não é o mesmo que proteger dados pessoais que, segundo o inciso I do artigo 5º da Lei 13.709/2018, são informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável. Já a comunicação telemática pode ocorrer com a troca de qualquer tipo de dados, sejam eles pessoais, ou não.

Essa observação nos leva a outro questionamento: qual a intenção do legislador ao colocar a frase "bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais", ao final do inciso XII do artigo 5º da CF/88?

Da forma como o texto está escrito no autógrafo da PEC, a futura Emenda à Constituição gerará dúvidas ao intérprete, se a intenção do legislador é assegurar a inviolabilidade do sigilo dos dados pessoais, ou apenas dizer que a sua proteção (dos dados pessoais) está assegurada, nos termos da lei.

Supondo que a intenção seja a de assegurar o direito à inviolabilidade do sigilo dos dados pessoais, a lei a que se refere o texto certamente é a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709/2018 –, que "dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural" (art. 1º).

Referida lei trata sobre a segurança e o sigilo dos dados pessoais em capítulo próprio. Todavia, embora a lei estabeleça que os dados pessoais devem ser tratados com sigilo, em momento algum menciona a possibilidade de violação desse sigilo, mediante prévia decisão judicial fundamentada. Ressalte-se que o inciso XII dispõe justamente sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações, além de conferir exceção que relativiza este direito subjetivo.

Seria, então, o direito à proteção do sigilo dos dados pessoais um direito subjetivo absoluto? Acreditamos que não.

Por outro lado, caso a intenção do legislador seja a de assegurar a proteção constitucional aos dados pessoais, outorgando-lhes o *status* de direito fundamental, como parece ser, por que inserir tal direito subjetivo dentro de inciso que versa sobre inviolabilidade do sigilo das comunicações?

Olhando por este ângulo, parece-nos mais acertado que o legislador, ao invés de apenas inserir mais informações dentro de um inciso, e, assim, tornar a redação, um tanto quanto,

confusa aos intérpretes, crie um novo inciso para o artigo 5º da Constituição, abordando exclusivamente o tema da proteção dos dados pessoais.

A PEC nº 17/2019 foi aprovada, por unanimidade, pelo plenário do Senado Federal sem alterações no seu texto, e enviada à Câmara dos Deputados no dia 03 de julho de 2019.

Na Casa Revisora, a proposta, atualmente, aguarda o parecer do relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Espera-se que os legisladores tenham um olhar atento aos detalhes, para que não se criem confusões no texto constitucional.

c) Da inclusão dos dados pessoais no rol dos direitos fundamentais

Embora tenhamos feito as observações anteriores sobre a redação da PEC que aborda à proteção aos dados pessoais, não se pode olvidar que a inclusão desse direito subjetivo no rol dos direitos fundamentais é medida pertinente.

Atualmente, o direito à proteção aos dados pessoais no Brasil encontra guarida constitucional, quando interpretamos, conjuntamente, os artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana), 3º, I e IV (construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promoção do bem de todos), 5º, X e XII (inviolabilidade da intimidade, da privacidade e das comunicações).

No entanto, a conjugação de tais artigos da Constituição já não supre mais as necessidades relativas à proteção dos dados pessoais, pois as relações sociais vêm sofrendo constantes mutações e os avanços tecnológicos cada vez mais traduzem essa realidade.

A excessiva exposição dos indivíduos, movidos por uma tendência mundial de aceitação enquanto seres humanos complexos e distintos entre si, vem sobrecarregando a rede mundial de computadores (*internet*) com informações de cunho pessoal, sejam elas escritas, fotografadas, filmadas ou faladas.

> Há um século, Sigmund Freud, ao analisar o papel do subconsciente humano, identificou que a figura do *Eu* não mais detinha pleno controle sobre as situações. De forma análoga, hoje, sustenta-se que a privacidade mental, a mais íntima das esferas, estaria sob ameaça, o que violaria fatalmente a dimensão de máxima reclusão individual" (RUARO; RODRIGUEZ; FINGER, 2011, p. 46).

Ante toda a gama de dados pessoais lançados na *internet*, expondo o lado mais íntimo dos indivíduos em local tão vulnerável, a legislação deve acompanhar as mudanças sociais, sob

pena de deixar de tutelar direitos relacionados à personalidade de cada pessoa. Walber de Moura Agra, sobre o tema, assim escreve:

> Ao se falar em direito individuais é primordial que se reflita sobre o próprio modo de relacionamento dos indivíduos no seio da sociedade. É notória a reconfiguração da forma de convívio social como consequência da imersão no mundo digital, em que cada vez mais as pessoas necessitam das tecnologias para as situações práticas da vida cotidiana. Por óbvio, é importante que o direito alcance as consequências dessa nova forma de interação social, com todos os riscos no âmbito dos direitos de personalidade, da liberdade e da privacidade (AGRA, 2018, p. 239).

A proteção dos dados pessoais já é tutelada nos países do Continente Europeu desde 1995, por algumas legislações esparsas, e foi incluída na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2012, sendo, atualmente, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), a norma-referência mundial em relação ao tema.

No Brasil, apenas em 2014, por meio da Lei nº 12.965 (Marco Civil da Internet), foram definidos direitos e deveres relativos à utilização dos meios digitais. No entanto, a inovação legislativa não tratou de regulamentar a proteção de dados pessoais, limitando-se a dispor apenas sobre o respeito à proteção dos dados pessoais, *in verbis*:

> Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, **deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros**. *Grifo nosso.*

Em 2015, o Decreto nº 8.771, regulamentou a Lei nº 12.965/2014, mas não deu o necessário tratamento à proteção dos dados pessoais.

Os mundialmente conhecidos vazamentos de dados pessoais envolvendo empresas como o Facebook e a Cambridge Analytica, Uber e Netshoes, tornaram o assunto ainda mais debatido pela sociedade, o que acabou estimulando a promulgação da Lei nº 13.709 em 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – que veio tutelar o tratamento dos dados pessoais.

Contudo, nenhuma legislação infraconstitucional, por mais abrangente e minuciosa que seja, pode conceder aos dados pessoais o necessário *status* de direito fundamental, que somente aqueles constantes no rol estatuído na Constituição Federal possuem.

A proteção aos dados pessoais, segundo disciplina do artigo 2º da LGPD, está fundamentada no respeito à privacidade, na liberdade de expressão, de informação, de

comunicação e de opinião, na inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, nos direitos humanos, no livre desenvolvimento da personalidade, na dignidade e no exercício da cidadania pelas pessoas naturais, dentro outros.

O direito à proteção dos dados pessoais, portanto, está intrinsecamente ligado ao direito de privacidade e de intimidade. Essas informações, de caráter íntimo, dizem respeito à personalidade de cada indivíduo, ao modo como estamos inseridos na sociedade. Em suma, dizem respeito à dignidade de cada ser enquanto titular de direitos.

Outro fundamento da proteção de dados é a *autodeterminação informativa* (inciso II do art. 2º da LGPD), que possui como marco inicial sentença proferida pela Corte Constitucional alemã, após a não conformação da sociedade da época com a Lei do Censo, que foi julgada inconstitucional "sob o argumento principal de que, caso os dados recolhidos fossem e utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos, estaria caracterizada a diversidade de finalidades, que impediria o cidadão de conhecer o efetivo uso de suas informações" (RUARO; RODRIGUEZ; FINGER, 2011, p. 56).

É neste cenário que surge o direito à proteção dos dados pessoais, pois, a partir da autodeterminação informativa, "o sujeito passa a poder decidir quando e sob quais circunstâncias poderão dar conhecimento de seus dados pessoais" (RUARO; RODRIGUEZ; FINGER, 2011, p. 56).

Existem algumas concepções filosóficas que podem justificar a elevação de determinado direito ao patamar dos direitos fundamentais. Não se pretende aqui discorrer sobre elas, porque a pluralidade dos direitos tidos como fundamentais impede que os filósofos estabeleçam um parâmetro a ser seguido. Ficamos com as reflexões de MENDES e BRANCO:

> A variedade de direitos tidos como tais e a possibilidade de que entrem em linha colidente evidenciariam que não se pode falar em fundamentos imperiosos e incontrastáveis para esses direitos. Os direitos humanos seriam fruto de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos em todos os tempos. Ao invés, seria mais producente buscar, em cada caso concreto, as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito à categoria de *fundamental*, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar. Não basta, assim, que um direito encontre bons motivos filosóficos, aceitos no momento, para ser positivado; é indispensável, ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis para que se incorpore aos estatutos vinculantes. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 208)

Conforme apontado pelos autores, para que um direito seja elevado à categoria *fundamental*, é preciso que sejam aferidas as razões incipientes, as motivações, as condições sociais e históricas que demandam tal incorporação.

Os avanços tecnológicos refletiram em todos os campos da vida dos indivíduos, inclusive na forma como nos relacionamos, e este parece ser um caminho sem volta. Do ponto onde estamos, a tendência é que as tecnologias se tornem cada vez mais determinantes para os relacionamentos pessoais e profissionais.

Assim, diante de tais mutações sociais, o direito não pode ficar inerte, e deve acompanhar a evolução, resguardando os dados pessoais com a máxima proteção constitucional, consubstanciada na elevação da proteção dos dados pessoais ao *status* de direito fundamental.

d) Da fixação de competência privativa da União para legislar sobre dados pessoais

O artigo 22 da Constituição Federal enumera, atualmente, vinte e nove temáticas sobre as quais cabe privativamente à União a tarefa de definir regras por meio do Poder Legislativo.

A PEC nº 17/2019, em sua segunda parte, pretende acrescentar o inciso XXX, atribuindo à União a função de legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Assim dispõe o artigo 2º da referida proposta:

> Art. 2º O **caput** do art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX:
>
> "Art. 22. .....
>
> XXX – proteção e tratamento de dados pessoais.
>
> ....." (NR)

Note-se que a redação da PEC inclui, além da proteção de dados pessoais, também o seu tratamento. Significa dizer que, se aprovada a proposta, apenas a União poderá estabelecer regras para o tratamento de dados, algo que, na verdade, já ocorre, pois, tanto a Lei Geral de Proteção de Dados quanto o Marco Civil da Internet, são leis federais.

Ademais, é preciso ressaltar que a proposta inclui a proteção e o tratamento de dados no rol das competências privativas da União, e não das exclusivas, que estão elencadas no artigo 21 da Constituição.

Desse modo, conforme prevê o parágrafo único do artigo 22, por meio de Lei Complementar, a União poderá autorizar os Estados a legislar sobre as questões específicas das matérias tratadas no referido artigo.

O Município de Vinhedo, no Estado de São Paulo, regulamentou o tratamento de dados pessoais através da Lei Complementar nº 161, de 05 de julho de 2018. “De outro lado, tramita na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo o Projeto de Lei 598/2018, que visa regulamentar o tratamento de dados pessoais no âmbito estadual, o qual está sob apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Redação” (MARQUES; FERREIRA, 2019).

Temos, então, duas situações com consequências distintas, caso a PEC nº 17/2019 venha a ser aprovada.

A lei municipal de Vinhedo/SP certamente poderá ser submetida ao controle de constitucionalidade, pois o parágrafo único do artigo 22 da Constituição permite que a União autorize os Estados a legislar sobre as matérias privativas, mas não permite delegar essa função aos Municípios.

Relativamente ao projeto de lei de São Paulo, ainda em tramitação, caso seja aprovado, antes ou depois da aprovação da PEC, e se a União não autorizar o referido Estado a legislar sobre o tratamento de dados pessoais, também poderá ser alvo de ação própria do controle de constitucionalidade.

Autorizar Estados a legislar sobre o tratamento e/ou a proteção de dados poderá gerar certa insegurança jurídica em assunto tão contemporâneo. Prudente seria a União se abster de delegar tal competência, até que se maturem as discussões sobre o tema.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade evoluiu, ao ponto de alterar até mesmo a forma como se dão nossas relações interpessoais. Assim, a tecnologia vem sendo utilizada para facilitar nossa vida diária, incluindo comunicação e aquisição de produtos.

Mudanças sociais normalmente ensejam mudanças na legislação, pois o direito deve acompanhar a evolução da sociedade, sob pena de as leis se tornarem inaplicáveis e fora de contexto.

Acerca da sucinta análise feita sobre a PEC nº 17/2019, pretendeu-se ascender um alerta, tanto para a premente necessidade de inclusão da proteção dos dados pessoais no rol dos direitos fundamentais, porquanto através de tais direitos o Estado visa garantir condições mínimas de vida aos indivíduos, quanto para as correções que devem ser feitas no texto da referida proposta, sob pena de gerar incompreensões aos intérpretes.

Assim, relativamente à elevação do direito subjetivo à proteção dos dados pessoais à categoria dos direitos fundamentais, nos posicionamos favoravelmente, de modo que a dignidade da pessoa humana, a intimidade e a privacidade dos indivíduos sejam resguardadas no novo cenário tecnológico das relações sociais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília – DF: out. de 1988.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abr. de 2014. Brasília – DF: mar. de 2014.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de ago. de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Brasília – DF: ago. de 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019**. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594. Acesso em: 08 de ago. de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 17/2019 – Proposta de Emenda à Constituição**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757. Acesso em: 08 de ago. de 2019.

CONCEIÇÃO, Lourival da. **Curso de Direitos Fundamentais**. Campina Grande: EDUEPB, 2016.

MARQUES, Rodrigo; FERREIRA, Lígia Pedri. **Proteção de dados e privacidade**: municípios e estados podem legislar? JUS: abril de 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/73281/protecao-de-dados-e-privacidade-municipios-e-estados-podem-legislar. Acesso em: 28 de jul. de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAIS, Océlio de Jesús C. **Direitos Humanos Fundamentais e a Justiça Constitucional brasileira**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. **O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito n. 53, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.