V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2022 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 os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-475-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO DO LIVRO DO GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

É com imensa honra e satisfação que apresentamos, nessa oportunidade, o livro contendo os trabalhos apresentados e debatidos pelo Grupo de Trabalho: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, contendo artigos instigantes, atuais e polêmicos, reunidos em vários grupos temáticos, com pesquisadores de pós-graduação de universidade públicas e privadas de todo o Brasil.

Esse Grupo de Trabalho esteve reunido para a apresentações e debates dos trabalhos aprovados, na tarde de 15 de junho de 2022, sob a coordenação da professora Doutora Riva Sobrado de Freitas, da Universidade do Oeste de Santa Catarina; do professor Doutor José Antônio de Faria Martos, da Faculdade de Direito de Franca e do professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva, da Universidade Federal de Sergipe.

Entre os temas selecionados para a apresentação nessa tarde de evento, encontramos trabalhos relevantes que pontuaram a necessidade da proteção dos Dados Pessoais enquanto Direitos Fundamentais: ressaltando a necessidade do respeito à privacidade decisória;

De outra parte, diferentes trabalhos retomaram o debate acerca da Liberdade de Expressão e seus possíveis limites, tais como o humor, e os desafios contemporâneos no do combate à homofobia.

Observamos também a presença de textos relevantes que colocaram em questão direitos contraceptivos, como o aborto; o empoderamento feminino; em face do fanatismo patriarcal, equidade de gênero e a violência sexual contra a mulher.

Os desafios contemporâneos em relação ao Direito à Educação em face do retrocesso promovido pelas pautas conservadoras, também foram tratados, onde se evidenciou uma inequívoca deterioração ética, para além da exclusão de setores vulneráveis da população.

Observamos portanto, nos trabalhos apresentados e nos debates que se seguiram uma grande gama de temas contemporâneos de extrema relevância.

Convocamos todos à leitura e à reflexão.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACORDO COM EMENDA CONSTITUCIONAL N. 115: ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AS A FUNDAMENTAL RIGHT ACCORDING TO CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 115: ANALYSIS FROM THE THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Marta Barros Vasconcelos [1]
Mariana De Siqueira [2]

Resumo

O estudo busca analisar a inclusão da proteção de dados como direito fundamental na CF/88, através da Emenda Constitucional n. 115, a partir de um estudo metodológico da teoria clássica dos direitos fundamentais. Pretende-se abordar o surgimento desse novo direito fundamental a partir da tutela jurídica do direito a privacidade, analisando além da propositura da PEC n. 17/2019 e EC n. 115, também a LGPD, responsável por conferir maior importância ao tema da proteção de dados no ordenamento jurídico pátrio. Assim, busca-se compreender a aplicação desse novo direito fundamental, bem como sua classificação conforme a teoria clássica dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito fundamental à proteção de dados, Emenda constitucional n. 115 /2022, Proteção de dados pessoais, Lei geral de proteção de dados

Abstract/Resumen/Résumé

The study seeks to analyze the inclusion of data protection as a fundamental right in CF/88, through Constitutional Amendment n. 115, using methodological study of classical theory of fundamental rights. It is intended to study the emergence of this new fundamental right from the right to privacy, analyzing the PEC n. 17/2019, the EC no. 115, and also the LGPD, responsible for giving greater importance to the issue of data protection in the national legal system. We seek to understand the application of this new fundamental right, as well as its classification according to the classical theory of fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental right to data protection, Constitutional amendment n. 115/2022, Personal data protection, General data protection law

---

[1] Mestranda em Direito Constitucional (UFRN).

[2] Professora Adjunta da UFRN. Professora da Graduação e do Mestrado em Direito da UFRN. Coordenadora do Gedi. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo desenvolver uma pesquisa sobre a nova realidade trazida pela Emenda Constitucional n. 115, ao elencar a proteção de dados pessoais como um novo direito fundamental na Constituição Federal de 1988, a partir de uma análise metodológica da teoria dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o estudo que por ora se apresenta pretende abordar o surgimento de um novo direito fundamental, referente ao direito de proteção de dados pessoais, a partir da análise da tutela jurídica dos direitos fundamentais que já existe na Constituição Federal de 1988.

Nesse ínterim, a presente pesquisa busca analisar de que forma a inclusão deste novo direito fundamental poderá contribuir, ou não, para a efetivação da proteção aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade, no que concerne aos dados pessoais dos indivíduos perante a nova realidade virtual ao qual estamos submetidos, notadamente pelo avanço *social-tecnológico* da sociedade. Em outras palavras, busca-se compreender se o surgimento de um direito fundamental específico se torna imprescindível ou não, diante de uma nova realidade social existente – uma realidade virtual – ou, se os direitos fundamentais de primeira geração já existentes (notadamente os direitos de privacidade e intimidade) não seriam suficientes para a proteção dessa nova realidade digital.

Isso porque a Constituição Federal de 1988, ao fundamentar a formação da república na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), fez uma escolha político-jurídica de estruturar o ordenamento jurídico pátrio em torno do ideal de respeito aos direitos fundamentais. Dessa forma, ao alçar ao plano de direito fundamental a privacidade e a imagem do indivíduo, conforme seu art. 5º, X, de modo a declarar que a intimidade do ser humano é um valor fundamental a ser respeitado pelo Estado e pela sociedade nas relações privadas, como forma de preservar e garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais individuais, é que, no trabalho que se propõe, analisar se, diante de uma nova realidade de evolução da sociedade (qual seja, uma realidade virtual), os direitos já anteriormente consagrados supramencionados, seriam suficientes para tutelar a proteção de dados, mediante a mutação e evolução do seu conteúdo essencial, ou não.

Neste diapasão, a discussão levantada pelo trabalho surge a partir da análise do crescente e inevitável movimento de digitalização das relações sociais, que nos últimos anos vem crescendo exponencialmente, atingindo todos os aspectos das relações jurídicas dos indivíduos. Nesse sentido, ao passo em que as relações sociais vão se tornando cada vez mais

perfectibilizadas pelos meios digitais, a promoção da segurança jurídica dentro dessa realidade virtual vai se tornando igualmente uma necessidade mais latente.

Nesse cenário, observou-se a crescente ameaça aos direitos fundamentais de intimidade e privacidade, previstos no art. 5º, incisos X e XXXII da Constituição, e com isso o advento de uma Lei Geral de Proteção de Dados que passa a servir como um instrumento garantidor da proteção de dados.

Portanto, diante da chegada da LGPD, surge um verdadeiro setor autônomo de políticas públicas, destinados exclusivamente a tratar da questão da proteção de dados. Nesse sentido, diante dessa importância conferida ao assunto, surge também no ordenamento jurídico a Emenda à Constituição nº 115/20222 a partir da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, que insere no rol de direitos fundamentais o novo direito fundamental de proteção de dados. Nesse ínterim, a presente pesquisa busca analisar os impactos do surgimento desse novo direito fundamental no ordenamento jurídico, e como classificá-lo de acordo com a teoria clássica dos direitos fundamentais.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A fim de adentrar ao estudo da inclusão de um novo direito fundamental perante o ordenamento jurídico pátrio, conforme se pretende no estudo aqui apresentado, salutar se faz realizar uma pequena digressão histórica acerca do estudo sobre os direitos fundamentais em si. Tal necessidade se justifica perante a necessidade de compreendermos as características essenciais que apresentam tais direitos, chamados fundamentais, a fim de compreendermos seu papel no ordenamento jurídico, para que então seja possível analisar, propriamente, as circunstâncias e eventuais consequências acerca do surgimento de um novo direito fundamental.

A Constituição de 1988 foi a sétima constituição brasileira, e trouxe um panorama distinto das outras Constituições passadas ao organizar o ordenamento jurídico em torno dos princípios fundamentais, estes responsáveis por garantir os direitos fundamentais e do homem na sociedade (BULOS, 2014). Da mesma forma afirma Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2007), que leciona que a Constituição Federal de 1988 trouxe novos contornos para o ordenamento jurídico brasileiro, pois evoca ao ordenamento pátrio o fenômeno dos princípios constitucionais regendo as liberdades individuais e privadas.

Conforme Leciona Jorge Miranda, o surgimento da noção de Direitos Fundamentais se dá com a evolução do Estado moderno. No Estado liberal, o conceito de direitos fundamentais se solidifica e se universaliza, e os direitos fundamentais começam a ser universalizados a partir do crescimento do interesse pela preservação desses direitos, o que pode ser observado com o início do processo do constitucionalismo. O surgimento das Constituições escritas, portanto, foi responsável pelo pensamento de que "*onde esta* [a Constituição] *existisse, estariam também garantidos os direitos fundamentais*" (MIRANDA, 2000, p. 26).

Em que pese a observância da importância conferida aos chamados direitos fundamentais, seu conteúdo normativo, no entanto, não pode ser considerado redutível à simplicidade. As definições de direitos fundamentais variam conforme os ordenamentos jurídicos se distinguem. Nesse ínterim, Carl Schimitt leciona que, do ponto de vista material, os direitos fundamentais irão apresentar variações conforme as ideologias, os princípios e os costumes inseridos em Constituição específica (SCHMITT apud BONAVIDES, 2015, p. 575).

Segundo Schimitt, o surgimento dos direitos fundamentais pode ser compreendido como concomitante com o início da era democrática e liberal do estado moderno de direito. Para o autor, o estabelecimento de direitos fundamentais de forma positivada no ordenamento jurídico, ou seja, o estabelecimento de uma declaração solene de direitos fundamentais, significa a fundação de princípios sob os quais poderão de apoiar a unidade política de um povo (SCHIMITT, 1996, p. 167).

Segundo a doutrina de Virgílio Afonso da Silva, os direitos fundamentais tratam-se de direitos intransferíveis, indisponíveis e inalienáveis, podendo ser reivindicados a qualquer momento e em qualquer lugar, que tutelam bens jurídicos de relevante apreço social e universal, como: a vida, a liberdade, a segurança, propriedade. Possuem relevância constitucional distinta, pois, são consagrados pela vontade do povo (SILVA, 2010).

Para Schimitt, os direitos fundamentais se distinguem dos demais direitos também inseridos e garantidos pela Constituição, pois não se tratam de, substancialmente, bens jurídicos. Tais direitos precedem inclusive a existência do próprio Estado, sendo consideradas verdadeiras esferas da liberdade, que resultarão na existência de direitos de defesa. Nesse

sentido, a existência do Estado encontra no dever de proteção dos direitos fundamentais sua própria justificação de existência (SCHIMITT, 1996, p. 169).

Acerca desse conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ensina Virgílio Afonso que, tendo em vista que a constituição possui o intuito de regular a sociedade, esta deve ser capaz de acompanhar as mudanças da realidade e, para tanto, deve expor um mínimo de "abertura e elasticidade". Dessa forma, para o autor, o conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais (núcleo) deve ser estático, porém com seu conteúdo total, o que circunda tal núcleo de direitos fundamentais, plenamente dinâmico (SILVA, 2010, p.188).

No entanto, no percurso que se segue dentro do estudo dos direitos fundamentais, não se mostra suficiente compreender apenas suas características e concepção como um todo. Há de se compreender como se deu o surgimento e consagração nas cartas constitucionais. Isso porque, as gerações dos direitos fundamentais acompanharam a evolução da sociedade, e passaram a representar diferentes noções de proteção de bens jurídicos distintos ao longo do tempo, com relação a existência estatal.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila a teoria das gerações dos direitos fundamentais (ou, dimensões dos direitos fundamentais), com intuito de apresentar de forma estruturada a teoria das dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais, a fim de compreender o surgimento de um novo direito fundamental, a partir de uma análise sobre qual dimensão, ou geração, o direito fundamental a proteção de dados poderá se enquadrar.

Nesse ínterim, leciona Marcelo Novelino (2017, p. 283) que os direitos fundamentais não surgiram todos ao mesmo tempo, e sim em períodos diferentes, cada um como produto do seu tempo, de acordo com a demanda da sociedade de cada época. Dessa forma, observa-se a primeira característica importante para compreender a inclusão do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, o qual corroboram os ensinamentos dos estudiosos sobre o tema, quando informam que os direitos fundamentais estão divididos em dimensões, ou gerações, de acordo com a evolução da sociedade.[1]

1 Dentro dessa temática, o autor alerta para a ambiguidade do termo "geração" utilizado para se referir as dimensões dos direitos fundamentais, posto que poderia levar à falsa conclusão de que os direitos de nova geração substituiriam os direitos antigos. Há que se deixar claro, no entanto, que não se trata de substituição de direitos fundamentais com o passar das gerações, e sim o surgimento de novos direitos, que coexistem, e se mostram necessários a proteger e resguardar bens jurídicos intrínsecos ao homem conforme a evolução da sociedade demanda (NOVELINO, 2017, p. 282).

Conforme foi visto, os direitos fundamentais de primeira dimensão, ligados à ideia de liberdade, surgem em um período pós-absolutista, concomitante com o surgimento das primeiras constituições escritas. Dessa forma, exprimem os principais valores que a sociedade considerava como primordiais no momento: a limitação do poder do Estado, em respeito às liberdades dos indivíduos. Sendo assim, os direitos de primeira geração (ou dimensão) são considerados aqueles direitos ligados à proteção da liberdade dos indivíduos e oponíveis, principalmente, contra o Estado (NOVELINO, 2017, p. 282).

Em seguida, os direitos fundamentais de segunda dimensão (ou geração), apresentam estreitos laços com o ideal de "igualdade", sendo, portanto, considerados direitos sociais, cujo conteúdo material se propõe a defender bens jurídicos dos indivíduos necessários a uma vida digna (NOVELINO, 2017, p. 283). Tal dimensão de direitos se distingue da dimensão inicial posto que, não mais se tratam de direitos individuais oponíveis ao Estado, e sim direitos cuja prestação se espera do Estado, para se concretizarem. Para Paulo Bonavides, o surgimento de tais direitos nas constituições chamadas sociais, refletem a adoção, pelo movimento constitucionalista, de ideologias políticas social-democráticas (BONAVIDES, 2015, p. 578).

Por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão (ou geração), ligados ao ideal de "fraternidade", podem ser compreendidos como aqueles direitos ligados à noção de solidariedade, sendo considerados por alguns como "*direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano"* (NOVELINO, 2017, p. 283).

Vale sobrelevar que a ideia clássica de sistematização dos direitos fundamentais em dimensões (ou gerações) não se esgota com a divisão clássica baseada no postulado francês supramencionado. Autores como Paulo Bonavides em sua obra, vão mais além, e passam a defender a ideia de surgimento de direitos de quarta e até quinta geração (BONAVIDES, 2015, p. 585). No entanto, não se pretende com esse estudo construir uma nova abordagem acerca da classificação de direitos fundamentais.

Tampouco se pretende com o presente estudo afirmar que direitos fundamentais "novos", ou, incorporados atualmente (como o caso do direito fundamental à proteção de dados) necessariamente representam direitos de "nova geração". Isso porque, direitos inseridos na Constituição, em que pese possam ser provenientes de mudanças estruturais da sociedade, como o caso da evolução tecnológica, não necessariamente são distintos das ideais primordiais de liberdade, ou igualdade, por exemplo.

Em outras palavras, o que o estudo pretende é, através da concepção clássica da teoria dos direitos fundamentais, compreender o surgimento do "novo" direito fundamental de proteção de dados pessoais, inserido na Constituição pela Emenda Constitucional n. 115/2022, observando em qual dimensão de direito fundamental pode ser inserido.

Para tanto, faz-se necessário realizar o recorte metodológico do estudo dos direitos fundamentais para a Constituição Federal de 1988, a qual foi redigida sob o fundamento da dignidade da pessoa humana como um valor fundamental a ser perseguido, respeitado e defendido por toda a sociedade e pelo Estado, conforme art. 1º, inciso III da CF/88, ao lado dos fundamentos da soberania; cidadania; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

> "Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III da CF/88), a CF de 88 além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário" (SARLET, p. 124, 2013 in J. J. CANOTILHO… [et al]. 2013).

Nesse sentido, o referido autor conclui que a CF/88 possui na dignidade da pessoa humana um verdadeiro "valor-guia", que fundamentará os direitos fundamentais inseridos, e o ordenamento jurídico como um todo. Sendo a dignidade da pessoa humana o princípio constitucional de maior hierarquia axiológica da carta magna (SARLET, p. 125, 2013 in J. J. CANOTILHO… [et al]. 2013).

Nesse passo, a Constituição de 1988 traz, em seu título II o capítulo destinado a estruturação dos direitos e garantias fundamentais de todo o ordenamento jurídico. Nesse ínterim, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que a Carta Magna de 1988 foi responsável por, ao garantir assento constitucional aos direitos fundamentais, garantir uma normatividade e posição hierárquica de destaque a tais direitos no ordenamento jurídico interno. Como forma de exemplificar tal inovação, observa-se a posição normativa dos artigos que tratam sobre o tema, inseridos no início da Constituição, próximo ao preâmbulo, que refletiu diretamente na concepção de proteção de direitos fundamentais específicos pelo constituinte de 1988 (SARLET, p. 184, 2013 in J. J. CANOTILHO… [et al]. 2013).

Diversos outros detalhes são apontados pelo autor, no que concerne à evolução da proteção dos direitos fundamentais com o advento da Constituição de 1988. Nesse ínterim,

cumpre citar duas principais questões trazidas pelo constituinte, que corroboraram para o fortalecimento da compreensão dos direitos fundamentais como verdadeiro alicerce do ordenamento jurídico e justificador da própria existência do Estado.

Em primeiro lugar, uma inovação significativa trazida pela Constituição Federal de 88 pode ser observada em seu art. 5º, §1º[2], o qual passa a prever aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais (SARLET, p. 184, 2013 in J. J. CANOTILHO… [et al]. 2013), evoluindo, portanto, o constitucionalismo nacional de conferir apenas uma característica meramente programática aos direitos fundamentais, para efetivamente se preocupar em efetivá-los normativamente.

Em segundo lugar, outra característica inovadora da CF/88, no que se refere a evolução da proteção dos direitos fundamentais, foi o advento do art. 60, § 4º[3] que elevou os direitos fundamentais individuais à ordem de cláusulas pétreas no novo regramento constitucional (SARLET, p. 185, 2013 in J. J. CANOTILHO… [et al]. 2013). Sendo assim, a Constituição de 1988 mostrou-se responsável pela elevação do valor dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, conferindo-lhes um sistema de segurança contra o próprio poder Estatal.

Nesse passo, ao observarmos o processo de construção da Constituição Federal de 1988, podemos concluir que o constituinte fez uma escolha político-jurídica de estruturar o ordenamento jurídico pátrio em torno do ideal de respeito aos direitos fundamentais, garantindo-lhes proteção e aplicabilidade (eficácia normativa), sendo impossível dissociar tal intuito da preocupação constitucional em fundamentar a formação da república sob o pilar da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

3. A TUTELA DA PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO UMA EVOLUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

3 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

Diante da nova ótica constitucional de eficácia normativa e proteção aos direitos fundamentais e preocupação em fundamentar a formação da república sob o pilar da dignidade da pessoa humana, ao alçar ao plano de direito fundamental a privacidade e a imagem do indivíduo (nos termos do art. 5º, X da CF/88[4]), o constituinte quis declarar que a intimidade do ser humano é um valor fundamental a ser respeitado pelo Estado e pela sociedade nas relações privadas, como forma de preservar e garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais individuais.

Com efeito, também podemos compreender o direito fundamental à intimidade, como pressuposto de defesa da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio leciona que "*o referencial de dignidade da pessoa humana como fundamento da república dá o tom da proteção do direito à intimidade*" (SAMPAIO, p. 281, 2013 in J. J. CANOTILHO… [et al]. 2013).

Ainda nessa toada, o mesmo autor afirma que o direito de privacidade (ou direito geral à vida privada), não é um direito fundamental de simples compreensão, posto que se assenta na ideia de autonomia privada e desenvolvimento livre da personalidade humana. Ou seja, a concepção de que a proteção do direito à privacidade compreende a necessidade de acompanhar os desdobramentos da realidade social (seja ela econômica ou política) que possam exercer qualquer manipulação na "autonomia privada" dos indivíduos, interferindo nas esferas privadas de cada um (SAMPAIO, p. 277, 2013 in J. J. CANOTILHO… [et al]. 2013).

Tal entendimento se mostra apropriado, a partir do pressuposto de que a tutela da proteção de dados pessoais surge como uma necessidade, nos dias atuais, em razão da evolução da sociedade, sobretudo no campo digital, que passa a gerar impactos nunca antes pensado na esfera da privacidade dos indivíduos. Sendo assim, esboça-se o entendimento de que a proteção de dados pessoais se ergue como um direito essencial, a partir de desdobramentos observados com relação à privacidade diante dessa nova realidade virtual.

Nessa linha de raciocínio é o entendimento de Laura Schertel Ferreira Mendes, que, diante do estudo dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, ao

4Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

tratar sobre a evolução do conceito de direito à intimidade, o coloca como um verdadeiro pressuposto do surgimento dos debates acerca da tutela da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro:

> "O início dos debates doutrinários sobre o direito à privacidade ocorreu como consequência da utilização de novas técnicas e instrumentos tecnológicos, que passaram a possibilitar o acesso e divulgação de fatos relativos à esfera privada do indivíduo de forma anteriormente impensável" (MENDES, 2017, n. p.)

Segundo Laura Schertel Ferreira Mendes (2017, n. p.) o direito fundamental à privacidade esteve sempre imbuído de caráter fortemente individualista, relacionando-se, pois, aos direitos de primeira dimensão (ou geração) no qual demandavam a abstenção do Estado em seu domínio, no sentido de garantir a inviolabilidade da privacidade do indivíduo. No entanto, após as transformações tecnológicas do decorrer do século XX, o alcance de tal direito fundamental sofreu mudanças significativas.

Segue lecionando a autora, que, o direito fundamental à privacidade sofreu um "*processo inexorável de reinvenção da privacidade*", transformando-se em um direito fundamental de caráter positivo, no qual não seria mais restrito a garantia de inviolabilidade da privacidade pelo Estado, mas também demandaria ações positivas por parte do estado no sentido de garantir o controle do indivíduo sobre suas próprias informações (MENDES, 2017, n. p.)

A partir dessa compreensão, ao analisarmos o processo de evolução da sociedade, sobretudo no aspecto digital, que transformou o compartilhamento de dados, e consequentemente, o compartilhamento de dados pessoais, podemos observar que o surgimento da ideia de tutela de dados pessoais se dá mediante os novos desafios que o ordenamento jurídico passa a encontrar, diante dessa realidade virtual de intensa troca de informações e dados. Nesse sentido, leciona a autora Laura Schertel Ferreira Mendes (2017, n. p.):

> "A transformação desse conceito pode ser percebida de forma mais clara a partir da década de 70, com a edição de legislações específicas e decisão judiciais de diversos países, bem como a partir da aprovação de acordos internacionais e transnacionais em diferentes níveis. Todos esses instrumentos compartilham o conceito segundo o qual os dados pessoais constituem uma projeção da personalidade do indivíduo e que, portanto, merecem uma tutela jurídica"

Para Doneda (2011, p. 92) a utilização cada vez mais ampla de dados pessoais na chamada "sociedade da informação" se torna um elemento essencial para que o indivíduo

exerça plenamente sua autonomia frente a sociedade, posto que tudo passa a ocorrer no meio digital. Em outras palavras, torna-se impossível não estar inserido no ambiente virtual, e dessa forma, torna-se impossível não expor-se à tal utilização de seus dados pessoais. O autor vai mais além, ao abordar a gênese da problemática aqui exposta nessa pesquisa: a utilização crescente, e em massa, de dados pessoais no meio digitalizado faz surgir o risco da utilização indevida ou abusiva dessa esfera pessoal do indivíduo, citando como um exemplo a sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste, ou para fins não permitidos pelo dono dos dados.

É a partir dessa constatação que o caminho da evolução do direito à privacidade parece ganhar contornos mais nítidos no sentido de trazer à tona o questionamento: seria a proteção de dados pessoais realmente um novo direito fundamental, ou se consubstancia em apenas uma ramificação do direito à privacidade e intimidade?

O direito fundamental à privacidade e intimidade, a princípio, parecia conseguir abarcar de maneira completa a problemática observada no tocante à necessidade de proteção dos dados pessoais dentro da realidade social digital. Ora, trata-se de um direito fundamental de primeira geração, conforme já analisado, cujas bases sólidas se concentram na proteção da dignidade do indivíduo. No entanto, forçoso se faz indagar acerca do alcance desse direito fundamental, no que concerne a capacidade de garantir não só a efetiva proteção aos dados pessoais, como efetivo controle sobre seus dados pelo indivíduo.

Nesse sentido, Doneda (2011, p. 92) afirma que, diante de tal realidade observada, surge a necessidade de se instituir mecanismos que efetivamente possibilitem os indivíduos de não só terem conhecimento dos seus próprios dados, como exercerem o controle sobre eles. Isso porque os dados pessoais representariam, no fundo, a própria expressão direta da personalidade individual da pessoa. Por este motivo, é que o autor afirma que a proteção de dados pessoais passou a ser considerada em diversos ordenamentos jurídicos como um direito fundamental próprio, para servir como um instrumento essencial de proteção da pessoa humana.

O referido autor conseguiu resumir esse entendimento de forma apontar uma conclusão no sentido de que a disciplina para os dados pessoais mantém com a disciplina da privacidade um nexo de continuidade, funcionando como uma espécia de herdeira, porém,

sendo responsável por atualizá-la, uma vez que surge com características próprias em virtude das novas circunstâncias ao qual surgiu, como afirma:

> "A informação pessoal está, quase como ato reflexo, ligada à privacidade por uma equação simples e básica que associa um maior grau de privacidade à menor difusão de informações pessoais e vice-versa. Esta equação nem de longe encerra toda a complexa problemática em torno dessa relação, porém pode servir como ponto de partida para ilustrar como a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico: como um desdobramento da tutela do direito à privacidade" (DONEDA, 2011, p. 92).

Nessa medida, diferente do que foi pensado a princípio, a concepção de necessidade de criação (ou normatização) de um direito fundamental de proteção de dados vai ganhando contornos cada vez mais nítidos, em detrimento do entendimento inicial de que o direito fundamental à privacidade e intimidade não comportaria, ou necessitaria, da criação de um novo direito fundamental que se propusesse a garantir proteção a dados pessoais.

Dentro dessa mesma perspectiva, podemos trazer o paralelo realizado por Thiago Luis Santos Sombra para ilustrar o entendimento supracitado. O autor informa que, conforme é sabido, tradicionalmente, o maior desafio da globalização foi a de desenvolver mecanismos que permitissem que regramentos fossem utilizados para além das fronteiras de cada país, tendo em vista a soberania de suas leis e a existência de relações perfectibilizadas cada vez mais fora das fronteias de cada um. Do mesmo jeito o autor defende que se deu o surgimento dentro de cada ordenamento jurídico da necessidade de tutela dos dados pessoais. Para o autor: "*A globalização foi capaz de criar um cenário de transações instantâneas em âmbito global, por meio das quais uma expressiva quantidade de dados é transferida sem a plena consciência, conhecimento e consentimento dos usuários da rede*" (SOMBRA, 2019, p. 67).

O elevado grau de importância conferido à tutela da proteção de dados pessoais, pelos ordenamentos jurídicos, pode ser observado a partir do intenso processo de normatização do tema. A título de exemplo, importa trazer à luz do presente estudo, o surgimento do *General Data Protection Regulation* (GDPR), que surgiu na União Europeia em 2016. Tal regulação ganha importância ao observamos que este veio a ser utilizada posteriormente como base para a normatização de uma lei destinada à proteção de dados no ordenamento jurídico pátrio.

O surgimento de tal regulamentação, pela União Europeia, se deu a partir da necessidade vislumbrada em Apesar da tradição cultural existente na União Europeia e,

particularmente, em garantir um "r*egime jurídico capaz de harmonizar a livre circulação de dados pessoais e a defesa dos direitos e garantias relacionados à privacidade e proteção de dados pessoais*" (SOMBRA, 2019, p. 102).

No direito brasileiro, a Lei n.13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de dados) surge em meados de agosto de 2018, sendo considerada uma chegada tardia ao país, se comparado com o avanço das legislações sobre o tema nos outros países com economias compatíveis com a brasileira (SOMBRA, 2019, p. 112).

A autora Laura Schertel Ferreira Mendes defende que a criação de uma Lei de caráter Geral, como é o caso da Lei n.13.709/2018, é importante para construir uma "arquitetura regulatória" em torno do tema, impondo sanções, incentivando a criação de políticas públicas e órgãos administrativos capazes de fiscalizarem a implementação da referida legislação. Assim, seria possível implementar uma cultura de privacidade no país (MENDES, 2017, n.p.).

Isso porque, para a autora, o uso das novas tecnologias dentro do mercado de consumo, sobretudo no âmbito do mercado virtual e financeiro, passou a atuar como um espaço de ampla custódia de dados pessoais do indivíduo, de uma forma integralmente novo e impensável no passado. Dessa forma, em virtude da evolução tecnológica, surge o desafio ao ordenamento jurídico de tutelar a proteção dos dados, pois tornou-se indispensável a associação do direito fundamental à intimidade e privacidade com a proteção de dados pessoais (MENDES, 2017, n.p.).

Nesse diapasão, pode-se considerar que a LGPD findou por abrir os caminhos para a discussão acerca da necessidade de positivação do direito fundamental à proteção de dados, a partir do momento em que criou no ordenamento jurídico brasileiro todo um arcabouço normativo e metodológico de singularização do direito à proteção de dados, em detrimento à ideia genérica de defesa da privacidade e intimidade do indivíduo.

Não se olvida, contudo, no presente estudo, a noção de que, por se tratar de uma normativa extremamente nova (que apesar de ter surgido em 2018, só teve sua entrada em vigor em 2020) e fruto de um processo legislativo longo (quase oito anos de tramitação dos projetos de lei no Congresso Nacional), conforme bem frisado pelo autor Thiago Luis Santos Sombra, ainda se mostra prematuro indicar reais avanços concretos avanços obtidos com o

advento da referida lei, diante do pouco substrato aplicado existente (SOMBRA, 2019, p. 114). Porém, o advento da PEC nº 17/2019 nos permite correlacionar o surgimento da Lei Geral de Proteção de Dados como um primeiro passo para o surgimento da discussão acerca da normatização desse novo direito fundamental.

4. ANÁLISE DA INCLUSÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 115/2022, SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme as inovações tecnológicas ganham papel de destaque ao modificarem a forma clássica de se estabelecer as relações socais corriqueiras, na medida em que estas passam a ocorrer dentro dos meios eletrônicos – como sites e aplicativos digitais – os dados pessoais passam a ganhar relevância no debate jurídico, tendo em vista que passam a ser ferramentas essenciais para que as relações sociais se perfectibilizem no âmbito digital.

Dessa forma, o acesso a serviços e produtos passa a ser garantido pelo intermédio do domínio de utilização de uma tecnologia puramente digital, combinado com a necessidade de compartilhamento de dados pessoais para que perfectibilização do serviço. Desde informações pessoais como nome, números de cadastros sociais, informações bancárias, até dados obtidos através das predileções mostradas pelos usuários de redes sociais, que ao utilizarem suas ferramentas, acabam por ter esses dados vendidos, ou utilizados, pelas empresas gerenciadoras de tais sites ou aplicativos, no intuito de vender à outras empresas informações valiosas (e pessoais) sobre seus usuários, como forma de ajudar nas estratégias de *marketing*, por exemplo.

Em razão da nova realidade virtual, surgem, no ordenamento jurídico pátrio, novas regulações que visam tutelar as relações jurídicas que ocorrem através da *internet.* Foi o que ocorreu com o advento da*s* Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e o Decreto n. 7.962/2013 (regulamenta o comércio eletrônico). Não obstante, tais regramentos se voltavam, à época, a apenas tratar sobre ditames mais técnicos acerca do fornecimento da tecnologia, e sua regulação. Sendo assim, as problemáticas que surgem a partir da efetiva utilização dessas tecnologias acabaram ficando sem balizas normativas.

Conforme leciona Doneda (2011, p. 97) esse tipo de legislação pode ser considerada "leis de primeira geração", que, conforme mencionado, acabaram mostrando-se ultrapassadas

em virtude do surgimento exponencial de sites, domínios eletrônicos, aplicações digitais, cada qual realizando seu próprio controle sobre os mais diversos dados pessoais dos usuários. Ressalte-se que, não só o domínio desses dados passou a ser um problema ainda sem resposta dos ordenamentos jurídicos estatais, como a própria negociação e utilização desses dados.

Seguindo essa linha de raciocínio, o autor segue lecionando que uma segunda geração de leis sobre o assunto surgiu, porém, ainda assim, se mostrou obsoleta diante das crescentes inovações tecnológicas vivenciadas pela Sociedade. Como exemplo, cita a legislação que surge na França, ao final da década de 1970, qual seja a "Lei Francesa de Proteção de Dados Pessoais" de 1978[5]. O autor afirma que a característica básica que diferencia essa segunda geração da primeira, é que esta segunda passa a não mais se preocupar em estruturar o "fenômeno computacional", e sim, propriamente, na privacidade e proteção dos dados pessoais utilizados dentro dessa realidade virtual (DONEDA, 2011, p. 27).

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, após o advento da*s* Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e o Decreto n. 7.962/2013 (regulamenta o comércio eletrônico), observou-se que o legislador brasileiro passou a não mais se preocupar, somente, em tutelar apenas o fornecimento e desenvolvimento de infraestruturas de comunicação virtual, como também a regulação de sua utilização como forma de proteger os direitos individuais fundamentais daqueles que utilizam essas tecnologias, em consonância com o procedimento seguido pelos demais países.

Não poderia, pois, o Brasil se manter inerte diante das mudanças sociais que passaram a ocorrer em todo o globo. Tratava-se, pois, de uma necessidade latente, conforme observado por Laura Schertel Ferreira Mendes, a utilização em massa de dados pessoais a partir dos processos de desenvolvimento da tecnologia da informação forçaram os Estados, das mais variadas ideologias políticas a desenvolverem normativas no sentido de buscar a proteção dos dados pessoais (MENDES, 2017, n. p.).

Nesse ínterim, a autora inclusive defende que a proteção de dados pessoais dá origem a um setor de políticas públicas totalmente autônomo, diante de tamanha importância conferida a tutela do fluxo de informações do ambiente digital (MENDES, 2017, n.p.). É o que se pode observar no caso do ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Lei nº13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de dados – LGPD).

5 *Informatique et Libertées.*

Mesmo diante da realidade brasileira no qual já possuía instrumentos normativos com intuito de regular o uso das ferramentas de internet (como é o caso do Marco Civil da internet e o Decreto n. 7.962/2013), a Lei Geral de Proteção de Dados surge em 2018 com a intenção de regular todas as pessoas físicas ou jurídicas, de caráter público ou privado, que realizem qualquer operação que envolvam o tratamento de dados pessoais, com o objetivo de proteger direitos fundamentais e individuais como liberdade e privacidade (SALGADO; SAITO, 2020, p. 129). Nesse sentido, podemos sustentar que a inovação legislativa trazida pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) parece buscar a criação de um novo cenário no ordenamento jurídico brasileiro de instauração de uma verdadeira cultura de defesa e proteção de dados pessoais, voltada para a realidade virtual ao qual a sociedade está inevitavelmente inserida.

Alguns autores, como é o caso de Thiago Luis Santos Sombra, defendem tal inovação como uma verdadeira "*mudança cultural a ser imposta pela LGPD*". Observada através, primeiramente, do arcabouço principiológico trazido pela referida legislação[6], que com cerca de dez princípios gerais, parecem buscar um reequilíbrio de forças dentro da realidade virtual de vulnerabilidade dos dados pessoais dos indivíduos (SOMBRA, 2019, p. 114).

Além da estruturar os fundamentos principiológicos da proteção de dados do ordenamento jurídico brasileiro, a LGPD permitiu ampliar o debate sobre o tema, a partir do momento em que traz terminologias e conceitos importantes ao domínio da ordem jurídica brasileira, tais como os conceitos do titular dos dados pessoais (pessoa que detém o direito fundamental ao dado); o conceito de tratamento de dados fundamentais (as operações realizadas a partir do manuseio desses dados); e até o próprio conceito de dado pessoal (que seria toda informação relacionada a pessoa identificada, ou identificável), entre outros (PINHEIRO, 2020, n.p).

Nesse aspecto, vale a ressalva de que a LGPD finda por vez qualquer possível dúvida acerca da discussão que se demonstrou inicialmente, sobre estar ou não, a proteção de

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

dados abarcada pela existência do direito fundamental à privacidade e intimidade. Isso porque, ao trazer o conceito de dado pessoal, a LGPD informa que dados pessoais não são somente aqueles conhecidos como nome, sobrenome, apelido e informações residenciais, financeiras, etc. Os dados pessoais também compreendem todas as informações que podem ser extraídas a partir das ações da pessoa no uso das plataformas digitais, as quais podem ser identificadas e com isso expressar características mais precisas do indivíduo (PINHEIRO, 2020, n.p).

Nesse cotejo analítico, aborda Patrícia Peck Pinheiro (2020, n.p.) que esses tipos de dados pessoas passaram a ser tratados pela Lei Geral de Proteção de dados de maneira diferenciada, sendo considerados "dados pessoais sensíveis". Pois, são dados intimamente relacionados a personalidade do indivíduo, no qual se pode extrair suas preferências religiosas, políticas, comportamentais, entre outros (PINHEIRO, 2020, n.p).

Diante desse novo paradigma trazido pela LGPD ao ordenamento jurídico brasileiro, surgiu a Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2019, cuja proposta era de "*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*" (BRASIL, Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2019).

Segundo Giovana Lonque de Assis e Fernanda Velo Lopes (2020, p. 96197) sobre o tema: "*Percebe-se que, o legislador, ao constitucionalizar a proteção aos dados, almeja dar importância de caráter constitucional a todas as informações que circulam mundo virtual afora, classificando-os como um direito fundamental inarredável*".

A justificação inicial realizada pelo poder legislativo, subscrita pelo Senador Eduardo Gomes, para inserção desse novo direito fundamental, segue o raciocínio aqui defendido, no sentido de que, de fato, o direito fundamental à privacidade – já positivado na constituição – consubstancia-se no ponto de partida da discussão acerca da necessidade de criação de um novo direito fundamental. Porém, em virtude das peculiaridades observadas pela nova realidade virtual, torna-se necessária conferir uma "*autonomia valorativa em torno da proteção de dados pessoais, de maneira, inclusive, a merecer tornar-se um direito constitucionalmente assegurado*" (BRASIL, Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2019).

O parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre a referida emenda, referendou a vontade do legislador em adicionar ao rol de direitos fundamentais esse novo direito. A princípio, verificada a inexistência de qualquer circunstância limitadora, bem como a ausência de pretensão em abolir qualquer cláusula pétrea da constituição, a proposta foi considerada apta não só pelo aspecto formal, porém quanto ao conteúdo, foi constatada a relevância do tema.

Ainda no referido parecer, foi ressaltado o advento da LGPD no ordenamento jurídico pátrio, como arcabouço jurídico-normativo fundamental à adição desse novo direito fundamental ao patamar Constitucional, sendo, inclusive, ressaltada a importância de conferir proteção constitucional ao referido direito, como forma de garantir sua eficácia normativa, senão, vejamos:

> "Apenas no ano de 2018 o País passou a ter um diploma específico sobre a matéria, tendo em vista alguns acontecimentos mundiais terem influenciado o debate acerca da proteção de dados pessoais.
> Os escândalos envolvendo o vazamento de dados pessoais pelo Facebook, Uber, Netshoes, Banco Inter e lojas C&A, e que atingiram milhares de brasileiros, impulsionaram a aprovação da Lei nº 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados)-substancialmente influenciada pelo Regulamento Europeu – e posteriormente alterada pela Medida Provisória nº 869/18, atualmente em tramitação no Congresso Nacional.
> No entanto, apesar de já termos um arcabouço legislativo infraconstitucional com a LGPD e outras normativas esparsas – tais como o Marco Civil da Internet, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação, Decreto de Comércio Eletrônico, dentre outros - que dispõem sobre o tratamento dos dados pessoais e representam um caminho sem volta, no sentido de conferir maior proteção ao tratamento de dados pessoais, é necessário prever tal garantia no texto constitucional (BRASIL, Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2019).

Nesse ínterim, o referido parecer se utiliza da teoria dos direitos fundamentais de Paulo Bonavides, e argumenta pela classificação do direito fundamental à proteção de dados como inserido nos direitos de quarta dimensão. De acordo com esta doutrina, os direitos de quarta dimensão seriam aqueles relacionados à questões como democracia, informação e pluralismo (BONAVIDES, 2015, p. 585).

Nesse sentido, após superada a discussão acerca da necessidade de criação (ou normatização) de um novo direito fundamental à ordem constitucional vigente, como é o caso da criação do novo direito fundamental à proteção de dados pessoais, a partir da efetiva inclusão de tal direito na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 115/2022, cumpre compreender a argumentação legislativa de classificação do direito fundamental à proteção de dados como direito de quarta dimensão.

Inicialmente, cumpre informar que, muito embora a doutrina de divisão de direitos fundamentais realizada por Paulo Bonavides seja amplamente difundida, não se trata de uma teoria que representa um consenso. Não só por isso há de se negar a classificação de tal direito fundamental de quarta dimensão, como também pelos fatos já expostos nesta pesquisa, que relatam a íntima relação do direito fundamental à proteção de dados com o direito fundamental de intimidade e privacidade (direito de primeira geração ou dimensão).

Portanto, configurando o direito fundamental à proteção de dados um direito que surge a partir de inovações sociais e desdobramentos do direito fundamental à intimidade, conforme visto, outra não deve ser sua classificação que não como um direito fundamental próprio de primeira geração.

Tal conclusão pode ser facilmente extraída da lição de Laura Schertel Ferreira Mendes (2017, n. p.), quando afirma que a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, o direito fundamental à proteção de dados se justifica pela necessidade de ampliação das garantias já existentes de intimidade e vida privada.

5. CONCLUSÃO

À guisa da conclusão, o que se pretendeu demonstrar com o presente trabalho foi, para além de analisar a necessidade de ingresso, ou não, de um novo direito fundamental à ordem constitucional brasileira, no que pertine à proteção de dados pessoais, também tecer críticas e oferecer uma construção lógica-argumentativa à proposta de emenda constitucional já existente, que pretende efetivar a inclusão desse novo direito fundamental ao ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, através do estudo inicial da teoria dos direitos fundamentais, pudemos observar do que se tratam esses direitos, analisar seu tratamento jurídico diferenciado, bem como compreender a ideia de organização destes em dimensões, como forma de estruturá-los a partir dos bens jurídicos ao qual pretendem abarcar.

Partindo dessa premissa, e adentrando ao estudo do direito fundamental à intimidade e vida privada como direitos validadores da concepção de defesa dos dados pessoais, pudemos compreender as diferenças factuais entre esses dois direitos, e com isso, concluir pela necessidade de compreender o direito à proteção de dados como um direito autônomo.

Dessa forma, distancia-se das limitações apresentadas pelos direitos inicialmente comparados, posto que observou-se que sua abrangência foi perdendo capacidade de tutela com o surgimento de novas tecnologias e novas situações jurídicas experimentadas dentro dessa "sociedade da informação".

Não obstante, ao analisarmos a proposta legislativa de inserção do referido direito fundamental ao ordenamento jurídico pátrio, foi observado que a argumentação utilizada pelo legislador, ao suscitar a criação deste direito fundamental como um direito de quarta dimensão, não leva em consideração as premissas basilares do intuito de normatizar esse direito como algo fundamental.

Em outras palavas, em que pese seja um direito fundamental que surge a partir de uma nova realidade social que se impõe, qual seja a realidade virtual, isso não faz, por si só, do direito, uma garantia de quarta dimensão, como proposto. Há que se analisar que o referido direito surge a partir da ampliação sistemática das garantias já existentes de intimidade e vida privada, apenas inserida em um novo contexto social.

6. REFERÊNCIAS

ASSIS, Giovana Lonque de; LOPES, Fernanda Velo. **A PEC 17/2019 como meio de proteção ao livre desenvolvimento do "Corpo Elettronico".** Revistsa Brazilian Journal of Development.Curitiba, v. 6, n.12, p.96189-96200 dec. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm.

_____. Comércio Eletrônico. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011- 2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 14 fev. 2020.

_____. Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/emenda-constitucional-n-115-379516387>. Acesso em: 14 fev. 2020.

_____. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 14 fev. 2020.

_____. Marco Civil da Internet. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 14 fev. 2020.

_____. Proposta de Emenda à Constituição 17/2019. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documentodm=7924709&ts=1567535522891&disposition=inline. Acesso em: 19/10/2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, J.J Gomes.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DONEDA, D. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental.** Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], *[S. l.]*, v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315. Acesso em: 19 out. 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor – Linhas gerais de um novo direito fundamental**. Saraiva Educação S.A., 2017. Não Paginado.

MIRANDA, Jorge. A Problemática dos Direitos Fundamentais: Sentido dos Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. Salvador: Ed. Juspidivm, 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei N. 13.709/2018 (lgpd). 2. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020. Não Paginado.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. **Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade**. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 3. p. 117-137, set./ dez. 2020.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Direito à privacidade e proteção de dados no ciberespaço: a accountability como fundamento da Lex Privacy.** 2019. 219 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento.** Revista de direito do Estado: RDE / Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais. Rio de Janeiro, Renovar, n. 7, p. 69–80, jul./set., 2007.