

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

FABRÍCIO VEIGA COSTA

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

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

Coordenadores: Fabricio Veiga Costa; Janaína Machado Sturza; Maria Creusa De Araújo Borges. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-809-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

No quadro do XXX Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), realizado entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023 na cidade de Fortaleza/CE, teve lugar um profícuo debate no campo da pesquisa dos Direitos e Garantias Fundamentais com a apresentação de trabalhos de professores, doutorandos e mestrandos. Destaca-se o avanço da pesquisa nesse campo com a inserção de temas que resultam dos impactos das configurações da sociedade digital contemporânea, os quais demandam inovação e o exame crítico das consequências da utilização da inteligência artificial. Essas novas configurações impactam na seara dos direitos fundamentais, exigindo uma produção da pesquisa, de modo crítico, desenvolvida na pós-graduação e demandam o posicionamento na seara dos Direitos Fundamentais, como os temas das BIG TECHS, da proteção de dados, da defesa da democracia e da liberdade de expressão. Enfatiza-se, também, as articulações interdisciplinares entre campos do saber, como o Direito Constitucional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que tiveram lugar nas abordagens utilizadas nos textos, destacando as articulações multiníveis nessa seara. Nessa perspectiva, se inserem os textos aqui apresentados, os quais expressam essa inovação e as articulações interdisciplinares. É indiscutível a qualidade dos artigos apresentados que resultam de pesquisas realizadas no campo da pós-graduação em Direito no Brasil. Os textos aqui apresentados expressam essas articulações e a significativa contribuição para a Ciência Jurídica.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA IN BRAZIL

Lucas Gonçalves da Silva
Reginaldo Felix Nascimento
Camilla Ellen Aragão Costa

Resumo

O trabalho intitulado “Constitucionalização do Direito à Proteção de Dados Pessoais no Brasil” tem enfoque para o processo histórico-evolutivo de elevação constitucional do Direito de Proteção de Dados Pessoais, analisando suas principais características. Assim, concebe-se o Direito à Privacidade enquanto um Direito indispensável para o sucesso do Estado Democrático de Direito, levando em conta ser um direito que contribui na inviolabilidade política do corpo. À vista disso, o trabalho também utiliza recurso jurídico comparativo, demonstrando a interlocução entre o sistema latino-americano de proteção de dados pessoais e o sistema europeu de proteção de dados pessoais, entendendo o primeiro como um marco importante para análise da constitucionalização do Direito, considerando a evidência de uma cultura jurídica de constitucionalização do Direito à proteção de dados pessoais muito forte na América Latina, com início no século XX e que é muito presente até os tempos atuais. Conclusões extraídas a partir do método hipotético-dedutivo, com abordagem temática histórico-evolutiva e comparativa, com recursos bibliográficos e documentais na estruturação dos conceitos.

Palavras-chave: Habeas data, Proteção de dados pessoais, América latina, Rgpd, Constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The work entitled “Constitutionalization of the Right to Personal Data Protection in Brazil” focuses on the historical-evolutionary process of constitutional elevation of the Right to Personal Data Protection, analyzing its main characteristics. Thus, the Right to Privacy is conceived as an indispensable Right for the success of the Democratic Rule of Law, taking into account that it is a right that contributes to the political inviolability of the body. In view of this, the work also uses comparative legal resources, demonstrating the dialogue between the Latin American system of personal data protection and the European system of personal data protection, understanding the first as an important milestone for analyzing the constitutionalization of Law, considering the evidence of a very strong legal culture of constitutionalization of the Right to the protection of personal data in Latin America, which

began in the 20th century and is very present to this day. Conclusions drawn from the hypothetical-deductive method, with a historical-evolutionary and comparative thematic approach, with bibliographic and documentary resources in structuring the concepts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Habeas data, Protection of personal data, Latin america, Gdpr, Constitutionalization of the right to personal data protection, Fundamental rights

1. INTRODUÇÃO

Entre os imperativos da História cíclica ou linear, da busca por uma razão pura capaz de administrar o mundo, se ressuma, a sorrelfa e a socapa, a pós-modernidade cujo emblema não exclusivo do século XX está na intensificação do *mass media* como fio condutor da sociedade. À vista disso, o Direito à Privacidade começa a sentir os impactos da heterogeneidade social desenraizada da homogeneidade moderna, de forma que o projeto ocidental de democratização universal compreende o Direito referido como de suma importância para o zênite democrático, com normas de privacidade gradualmente expansivas.

Doravante, o Direito à Privacidade, na esfera privada, pública e social, funciona como uma válvula de escape para o sujeito esquivar-se da opressão sempre em ebulição pelo ecossistema social. Porquanto, conforme o *mass media* tomou proporções estratosféricas, em continuidade ao projeto informacional do século XX, formando modelos mercadológicos próprios e vivos, as legislações tardiamente dedicaram atenção especial à Privacidade com destaque para a Proteção de Dados Pessoais.

No século XXI, como resultado, o Direito à Proteção de Dados, através de um processo de constitucionalização do Direito, que não é exclusivo do referido período, conhece a proteção de dados enquanto Direito fundamental autônomo e expresso, não mais como Direito Fundamental decorrente do Direito à Privacidade e implícito, este último aspecto que marcou o Direito Latino-americano de Proteção de Dados Pessoais no século XX.

Via de consequência, o presente texto se dedica a estruturar a constitucionalização da proteção de dados pessoais no Brasil, entendendo-a dentro do contexto latino-americano, a fim de descrever o horizonte de materialização jurídica de tal Direito Fundamental.

Numa sociedade de informação, cuja economia correlata é gradualmente esvaziada para um modelo datafocado de economia, urge imprescindível debater o tema da constitucionalização do Direito à Proteção de Dados Pessoais, considerando que é preciso compreender o estado dos Direitos Fundamentais na formação econômico-social digitalizada que tende a relegar Direitos e existências.

Para consecução dos fins deste trabalho, tem-se como objetivo geral compreender a existência do processo de constitucionalização do Direito à Proteção de Dados Pessoais. Assim, objetivamente, busca-se traçar uma arqueologia do Direito à Proteção de Dados Pessoais, prescrutando informações correlacionadas ao surgimento desses direitos, tanto no território Europeu quanto latino-americano. Ainda, a cognição da imprescindibilidade do Direito à Privacidade, sua relação com a proteção de dados pessoais e a evolução jurídica em parâmetro

à sofisticação dos instrumentos de vigilância na sociedade, com breve recorte para os fenômenos jurídicos envoltos aos séculos XX e XXI.

A constitucionalização do Direito à Proteção de Dados Pessoais apresenta algumas idiosincrasias, como a natureza de eficácia contida da Emenda 115/2022 e a potencial inconstitucionalidade parcial da referida emenda. A continuidade do processo de publicização da proteção de dados tem expectativas de ganhar um espaço maior, ante a ineficiência do instituto da autodeterminação informativa, porém é quase certo que não significará a supressão total da natureza privada da proteção de dados pessoais. Conclusões extraídas partindo da metodologia hipotético-dedutiva, com as abordagens temáticas histórico-evolutiva e comparativa, mediante utilização de recursos bibliográficos e documentais a fim de estruturar as noções externadas no texto.

2. NOÇÕES GERAIS

Em razão da intensificação do *Mass Media* no século XX, o Direito à Privacidade ganhou aspectos heterogêneos, ampliando-se para diversos segmentos até os tempos atuais. Lucas Gonçalves da Silva, Reginaldo Felix Nascimento e Camilla Ellen Aragão Costa (2023), demonstram as diversas mudanças sofridas pelo sujeito entre os Séculos XX e XXI, de um sujeito industrial marcado pelo obtuso e eventual maquinismo social ao Sujeito contemporâneo embebido por uma sociedade extremamente controlada, preditiva e transparente, o que demonstra a matriz autoritária da nova formação da sociedade. Nas palavras dos autores referidos,

O Neoliberalismo Digital produz seres desprovidos de identidade e incapacitados de explorar suas subjetividades. Nesse sentido, a individuação é cada vez mais negligenciada, dando espaço às esteiras fordistas de implementação que a conta-gotas vão domesticando os sujeitos na adesão de comportamentos gerais, tudo pela disponibilização de bens pensada nas estatísticas de consumo e no aumento da preditividade econômica (SILVA; NASCIMENTO; COSTA, 2023, p. 422).

Para bem ilustrar um dos desdobramentos jurídicos da privacidade na América Latina, no século XX, pode-se mencionar o surgimento do Direito à Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental Implícito, decorrente do Direito à Privacidade e assegurado por Remédios Constitucionais como o *Habeas Data* e a Ação de Amparo (CARRASQUILLA, 2012; SILVA, 2012; ANGARITA, 2012).

Nesse instante, de forma intersubjetiva-subjacente, os constituintes declaram, ainda no século XX, que a gestão indevida de dados pessoais serve às arbitrariedades institucionais, de forma que a democratização das sociedades latinas dependeria de tais direitos como instrumentos jurídicos importantes. Conforme elucidado por Samuel Sampaio Evangelista

(2021, p. 16) “o discurso latinoamericano no campo tende a girar em torno do conceito de "habeas data" em que o significado seria "você deve ter os dados". Este conceito deriva da doutrina do devido processo legal com base no mandado de habeas corpus”.

Não é incomum presenciar afirmações acadêmicas como “Tudo é Política”. Entretanto, diversas precauções devem ser tomadas quanto a afirmação colocada. Certamente, tudo pode ser política, com exceção da intimidade. A intimidade é a barreira que protege a dignidade do sujeito em relação aos interesses do Estado, do setor privado e de outros cidadãos, destacando-se como um direito fundamental imprescindível na consecução dos objetivos democráticos. É através da Privacidade que os corpos dos sujeitos têm a oportunidade de proteger-se dos vilipêndios das relações de poder. Um emplastro de inviolabilidade do corpo. Nesse sentido, em brilhante estudo sobre Hannah Arendt, Celso Lafer (1988, p. 29) asseverou que o “[...] entendimento do público como o comum e o visível, entende o privado na dimensão de intimidade como aquilo que é exclusivo do ser humano na sua individualidade, e que não sendo de interesse público não deve ser divulgado”.

Em adição, segundo demonstrado por Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier (2017, p. 229), “Intimidade, vida privada, sigilo, dados pessoais, seja qual for o âmbito da expressão humana estudada, entende-se que todos fazem parte da privacidade sendo, cada um ao seu jeito, essenciais à construção da personalidade do indivíduo [...]”. Na sequência, Nathália Masson (2020) consigna que o Direito à Privacidade abrange os Sigilos Pessoais [sigilo do domicílio, sigilo de correspondência, sigilo de dados e sigilo das comunicações], o Direito à Imagem, Direito à Intimidade, Direito à Vida Privada, Direito ao Esquecimento e Direito à Honra.

Na Europa, a proteção de dados pessoais se manifestou no art. 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos de 1950. Na sequência, anos depois, surge a Convenção 108 de Tratamento de Dados Pessoais de 1981, a Diretiva 95/46 da Comissão Europeia e, mais recentemente, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da Europa. Nos Estados Unidos, a proteção de dados é materializada através das construções jurisprudenciais, em que pese a existência da *privacy act* de 1974. À vista disso, Reginaldo Felix Nascimento (2023, p. 07), ao falar do sistema latino-americano de proteção de dados pessoais, afirma que:

[...] o Constitucionalismo da América Latina compreende o Direito de Proteção de Dados Pessoais. Dessa forma, é possível vislumbrar Ações Constitucionais a fim de protegê-lo. E se distingue dos sistemas Estadunidense e Europeu, visto que tais direitos na América Latina se manifestam por meio de um fenômeno de constitucionalização.

Na América Latina, as primeiras Constituições a consagrarem a proteção de dados pessoais foram as constituições do Brasil (1988), da Nicarágua (1987) e da Guatemala (1985). Inspirado nas Constituições de Portugal e Espanha, nasceu o Direito à Proteção de Dados como

subcategoria implícita do Direito à Privacidade e assegurado pelo *Habeas Data*. No momento elucidado, o poder público era questionado acerca do tratamento de dados pessoais, justamente pelo entendimento de como os dados eram ferramentas imprescindíveis na gestão dos corpos e, conseqüentemente, manutenção do autoritarismo estatal.

Logo após, as constituições do Paraguai (1992) e da Colômbia (1991) inseriram a proteção de dados pessoais. No entanto, adicionaram o setor privado como responsável pelo tratamento de dados pessoais e, pela primeira vez na América Latina, o termo ‘tratamento de dados pessoais’ constou em uma Constituição, sendo, também, um marco epistemológico na proteção de dados pessoais latino-americana. O processo de constitucionalização da proteção de dados na América-latina, segundo Relatório da Associação de Direitos Civis da Argentina (2016, p. 13), fez com que:

El derecho a la protección de datos tiene reconocimiento constitucional. En general, las constituciones de la región reconocen el derecho a la privacidad, pero también incluyen el llamado recurso de hábeas data, que es el derecho a la protección de los datos personales, tal el caso de las constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú y Venezuela. Pero aun cuando esta previsión no esté contenida en forma expresa en los textos constitucionales, las Cortes pertinentes han reconocido el derecho de control de la propia información.

No século XX, é possível ver a proteção de dados em sua forma embrionária. À vista disso, no século XXI, a Proteção de Dados Pessoais ganha destaque ante as novas tecnologias de informação e comunicação (TIC’S), diante de uma economia dataficação, com esvaziamento constante da vida social para as redes sociais (COULDRY, 2022) em razão de um capitalismo de vigilância (ZUBOFF, 2015; ZUBOFF, 2021) expansivamente poderoso. À vista disso, conforme preceituado pela Associação de Direitos Civis da Argentina (2016, p. 34):

Los datos personales tienen en el contexto actual un rol trascendental, provocado por los profundos cambios acontecidos en el entorno tecnológico y las transformaciones que lo anterior ha ocasionado en las prácticas de las empresas y en sus modelos de negocio, en los cambios organizacionales del Estado y en la modificación de la conducta en línea de los propios individuos. El aumento sustancial en los flujos transfronterizos motivado en la mayor integración económica y social y el mayor intercambio entre operadores públicos y privados, con más el notorio incremento de la economía digital ha generado un escenario en el que todos estos factores interactúan a tal punto que a veces se torna dificultoso establecer los límites entre ellos.

Assim, o Regimento Geral de Proteção de Dados inspirou os ordenamentos latinos na adesão dos padrões europeus de proteção de dados pessoais, o que simbolizou a continuidade da tradição desde quando a proteção de dados latina apareceu calcada nas Constituições de Portugal e da Espanha. No Brasil, a título exemplificativo, tem-se a autodeterminação informativa disposta no art. 2º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que expressa a colagem das epistemologias jurídicas europeias em matéria de proteção de dados. Nesse sentido, Reginaldo Felix Nascimento (2023, p. 10-11) assevera que ‘[...] não obstante formalmente autônomo em relação ao Sistema Europeu de Proteção de Dados, porque tais

direitos surgem primeiramente nas Constituições dos países latinos, é materialmente parecido com o Sistema Europeu”.

Segundo a ilustríssima Laura Schertel Ferreira Mendes (2020, p. 14), “o direito à autodeterminação informativa, que garante o poder do indivíduo referente ao fornecimento e utilização dos seus dados pessoais, também age como norma de proteção, ou seja, como direito objetivo no âmbito privado [...]”. Dessa forma, é possível observar o consentimento que, como materialização da autodeterminação informativa, conforme conceituação legal disponível no inciso XII do art. 5º da LGPD, representa a “[...] manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Com efeito, a lei confere ao sujeito titular do dado pessoal um protagonismo fulcral e inequívoco na proteção de seus dados pessoais, detalhe que se manifesta até no espírito do Marco Civil da Internet no Brasil.

Recentemente, a Emenda Constitucional nº 115/2022, inseriu a proteção de dados pessoais como sendo Direito Fundamental de Eficácia contida. Acontecimento que guarda relação com o fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado, visto que, consoante Eugênio Facchini Neto (2013, p. 35), “esses novos estatutos passam a disciplinar tais temas sob outros enfoques e princípios. Para tentar garantir um mínimo de unidade sistemática, busca-se subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da constituição”.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Com o advento da Emenda Constitucional nº 115/2022, a proteção de dados pessoais foi inserida no rol de Direitos Fundamentais do art. 5º da CRFB/88. Assim, antes um Direito declarado de modo intersubjetivo-subjacente, decorrente do Direito à Privacidade e garantido pelo remédio constitucional *Habeas Data*, passa a constar expressamente no texto constitucional.

À vista disso, a constitucionalização do Direito à Proteção de Dados Pessoais pela elevação do Direito para um uníssono constitucional¹, garantiu que direito tal vinculasse o Estado, as empresas e os cidadãos, na consecução da sua realização. Essa repercussão encontra acalanto no constitucionalismo digital que, como bem descrito por Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes (2020, p. 04-05), foi alcunhado:

[...] nos estudos iniciais sobre o tema para se referir a um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia de

¹ Referência a grasse acerca da proteção de dados, relativamente às discussões se seria um direito fundamental implícito ou não.

limitação do poder político estatal. Em trabalhos mais recente, porém, a terminologia passou a ser utilizada como um guarda-chuva que abrange as mais diversas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, voltadas à afirmação de direitos fundamentais na internet. Nesse último sentido, portanto, seria possível estabelecer uma relação de equivalência entre a ideia de “Constitucionalismo Digital” e a noção de “declarações de direitos fundamentais na internet (Internet Bill of Rights)”.

Outrossim, conforme mencionado pelo irretocável Dr. Eugênio Facchini Neto (2013, p. 26), trata-se da “[...] repersonalização do direito civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções”. Na sequência, com a intensificação dos fluxos de dados como instrumentos de uma economia dataficação em camadas estratosféricas, a limitação necessária entre relações de poder e os sujeitos, perseguida pelo Direito à Privacidade, merece o devido tom público constitucional. Segundo, Eugênio Facchini Neto (2013, p. 29):

[...] pode-se encarar o fenômeno da constitucionalização do direito privado sob dois enfoques. No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a serem disciplinados também nas constituições contemporâneas (...) É o fenômeno chamado por alguns doutrinadores de relevância constitucional das relações privadas. E aqui os exemplos são múltiplos nas constituições sociais modernas, como também na nossa carta constitucional.

Com isso, saindo das discussões se o Direito à Proteção de Dados era um Direito Fundamental implícito ou não, que de certa forma posicionavam o supracitado numa condição de inconsistência protecionista, o Direito à Proteção de Dados se manifestava de forma infraconstitucional. No pós-constituição de 1988, observou-se o surgimento da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, dispondo sobre direito de acesso a informações e o rito processual do *habeas data*.

Justificadamente, de maneira muito tímida em relação à proteção de dados, considerando um óbvio conflito entre acesso à informação e proteção de dados pessoais, nasce a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011, que se ocupava em garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Na sequência, a proteção de dados pessoais começa a se corporificar por intermédio da Lei do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014, materializando a proteção dos dados pessoais como princípio norteador para a internet no Brasil. Conforme resultado do Relatório da Associação de Direitos Civis da Argentina (2016, p. 18), no Brasil:

[...]pueden encontrarse algunas previsiones relativas a diversos tipos de datos personales en distintas leyes y normativa. Así se identifican referencias a la protección de datos de las telecomunicaciones, en la Ley General de Telecomunicaciones, resoluciones de Anatel (ente regulador de las telecomunicaciones), el Marco Civil de Internet y su decreto reglamentario, ley de interceptaciones, ley de organizaciones criminales y código Penal como marco referencial. También se encuentra referencias

relativas a datos de los consumidores, de los datos financieros y de datos de salud en normativa específica de cada uno de estos sectores.

É preciso mencionar, por sua vez, que alguns institutos e seus direitos constitucionais correlatos, gravitavam a situação da relação informação-privacidade, como é o caso dos direitos da personalidade e direitos contratuais dispostos no Código Civil de 2002 e, em se tratando das relações de consumo, no Código do Consumidor. As normas referenciadas nunca tomaram para si o centro da proteção de dados, mas de certa forma carregavam conteúdos que norteavam algumas situações.

Na caminhada do Direito à Proteção de Dados no Brasil, é preciso destacar o prenúncio da Ministra Rosa Weber que, liminarmente, em 07 de maio de 2020, asseverou a Proteção de Dados Pessoais como um Direito Fundamental Implícito, colocando termo na grasse que pairava acerca natureza fundamental ou não do Direito discutido.

Logo após, surge a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, operando a proteção de dados pessoais calcada na autodeterminação informativa e, portanto, dentre tantas outras bases legais, instrumentalizando o consentimento informado como modo de proteger os direitos da personalidade, o que colocou os sujeitos como protagonistas responsáveis pela proteção de seus dados pessoais.

Como anunciado ansiosamente em partes antecedentes deste texto, no ano de 2022, a Emenda Constitucional nº 115 elevou o Direito à Proteção de Dados Pessoais ao *status* de Direito Fundamental Autônomo, o reforçando ainda que deficitariamente, em função da natureza de eficácia contida da norma constitucionalizada. Dessarte, vê-se o nascer do comprometimento ao supraprincípio da dignidade da pessoa humana nas relações dataficadas, conduzindo o direito a compreender que o corpo, mesmo digitalizado, deve ser o centro de proteção jurídica. Conforme mencionado por José Américo Martins da Costa (2018, p. 76):

Nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu alusão expressa, não se pode concluir que ela esteja ausente, na condição de valor informador de toda ordem jurídica. Para sua constatação, faz-se necessário que estejam assegurados e reconhecidos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, assim, revelações da dignidade da pessoa e em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

Assim, expurga-se o exercício patrimonialista que as *Big Techs* pretendem sobre os sujeitos, com a dataficação e objetificação da vida humana, com fito de exercer um domínio mercadológico sobre os sujeitos com a monetização de dados personalíssimos, que em muito lembra as noções de “trabalhador-mercadoria” de Karl Marx (2004). Todavia, dentro da perspectiva de uma economia que deixa de funcionar contra os corpos, pela exploração da força do trabalho humano, para vilipendiar as consciências através da extração de dados

(COULDRY; MEJIAS, 2019a; COULDRY; MEJIAS, 2019b; COULDRY, 2022; MAGALHÃES; COULDRY, 2020; HAN, 2022).

Entretanto, uma ressalva merece atenção em relação à constitucionalização da proteção de dados pessoais, em especial para o caráter de materialização em norma contida. Isso certamente coloca o Direito à Proteção de Dados Pessoais à mercê da vontade do legislador, que nem sempre simboliza os interesses da população, em razão das variadas crises relacionadas ao modelo representativo de democracia, em especial, por problemas causados pelos interesses escusos das plataformas digitais, justamente com utilização da mineração de dados. Segundo elucidação de Leonardo David Quintiliano (2022, s. p):

Se a intenção do constituinte foi a de conferir maior proteção aos dados, com a discutível premissa de que a inserção expressa no texto constitucional da aludida proteção a efetivará, não entendemos o motivo de sua adoção como norma de eficácia contida, porquanto restringível, limitável. De fato, tal qual redigida, há um aparente conflito com a proteção já conferida pelos incisos X e XII (primeira parte) do art. 5º da Constituição Federal, que garantem implicitamente o mesmo direito, de forma ampla, não restringível. Ou seja, à partida, sua literalidade permite maior restrição futura da proteção dos dados que aquela já conferida explícita ou implicitamente por outros dispositivos constitucionais. Deveras, tal como é hoje, a restrição à proteção de dados somente ocorre diante da existência de conflitos entre princípios ou entre regras e princípios, cuja solução envolverá a interpretação constitucional, com eventual recurso às técnicas de ponderação ou da concordância prática. Ao se admitir a limitação por lei, contudo, poderá o legislador prever maior restrição ao direito.

O supra apontamento de Leonardo David Quintiliano (2022) acerca da Constitucionalização da Proteção de Dados Pessoais no Brasil é cirúrgico, abre leque, inclusive, para conjecturar uma possível inconstitucionalidade parcial. Ou seja, considerando que o inciso LXXIX, art. 5º, da CRFB/88, ao afirmar que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 2022), insere um dispositivo constitucional que possibilita a lei o poder de restringir um Direito Fundamental que antes era implicitamente assegurado de forma mais ampla e que, antes da aprovação da Emenda 115/2022, tinha o *status* de cláusula pétrea na forma do inciso IV do § 4º do art. 60 da CRFB/88.

Outra crítica em relação a constitucionalização da proteção de dados no Brasil relaciona-se em apoio a discursos tradicionais ao modelo prolixo da constituição. Em que pese as críticas feitas por Leonardo David Quintiliano (2022), as quais desencantam a noção de que a Constitucionalização da proteção de dados pessoais tem potência para pôr fim a violação generalizada e sistemática ao Direito à Privacidade, a proteção de dados é para a economia neoliberal o que a proteção do trabalhador também foi (e é), merecendo constar na Bíblia Política como mais uma forma de tentar impedir arbitrariedades, não obstante constar de forma juridicamente problemática do ponto de vista de compatibilização material.

Como afirmado, pensando em dar maior força à proteção de dados ante a violação sistemática e generalizada do Direito à Privacidade, existe uma cobrança de impor maior responsabilidade aos provedores das plataformas digitais, principalmente pela ineficiência do consentimento em razão das limitações cognitivo-decisórias dos usuários na internet ou outros destinatários. Nesse ínterim, “ [...] a Lei Geral de Proteção de Dados foi criada para barrar uma economia digital indevida e, ao mesmo tempo, permitir que tal economia digital indevida exista caso o titular do dado consinta com a coleta de dados cruciais que fomentam o capitalismo de vigilância” (SILVA; NASCIMENTO, 2023, p. 4798).

Em brilhante estudo sobre as limitações do consentimento, Laura Schertel Mendes e Gabriel C. Soares da Fonseca (2020), demonstram a necessidade e possibilidade de uma proteção de dados que aconteça além do consentimento, como tecnologias pensadas para a não-violação de dados pessoais.

Contribuições como as dadas por Laura Schertel Mendes e Gabriel C. Soares da Fonseca (2020) demonstram que o foco excessivo na autodeterminação informativa e, conseqüentemente, no consentimento, são ineficientes para proteger os sujeitos das violações de direitos e revitimiza aquele que não é responsável pelas violações de direitos. Ou seja, é demonstrado que a lei, ao dar maior ênfase ao sujeito como responsável pela proteção de seus dados pessoais, também facilita que os mesmos sejam violados pelo próprio sujeito em razão do grande interesse social em acessar serviços que são condicionados à concessão de dados pessoais pelo usuário, como por exemplo, os serviços ofertados pelas gigantes da internet. Assim, vale mencionar trecho interessante do brilhante texto de Laura Schertel Mendes e Gabriel C. Soares da Fonseca (2020, p. 509):

[...] parcela significativa da literatura (...) tem ressaltado as insuficiências do consentimento na tarefa de tutelar a privacidade e de proteger os dados pessoais dos cidadãos frente aos desafios contemporâneos trazidos, por exemplo, pela ascensão do Big Data, pela difusão da publicidade comportamental, pela proliferação de tecnologias relacionadas ao rastreamento e ao monitoramento dos usuários na Internet entre outros.

À vista disso, é perceptível que impulsionar no setor privado uma economia da ética ao invés de uma economia do lucro, soa utópico. E as experiências históricas de um capitalismo ético, em substituição ao capitalismo do interesse, colecionam românticas frustrações teóricas. Ou seja, a resolução dos excessos do poder econômico certamente passará por uma vanguarda de publicização do direito à proteção de dados pessoais. Não obstante as previsões traçadas, a publicização do Direito à Proteção de Dados Pessoais certamente não significará uma publicização total. Isso porque, segundo afirmado por Eugênio Facchini Neto (2013, p. 39):

Apesar do ocaso das grandes dicotomias, da inexistência de fronteiras rígidas entre o público e o privado, dos fenômenos contrapostos da publicização do direito privado e

da privatização do direito público, assim como do movimento em direção à constitucionalização do direito privado, percebe-se que ainda persiste o espaço próprio do direito privado, que não restou absorvido pelo direito constitucional.

Por fim, apesar dos avanços na constitucionalização da proteção de dados pessoais, variados desafios assombram a satisfação do referido direito. De fato, se Direitos se materializassem tão somente com a catalogação constitucional, a sociedade enfrentaria poucos problemas sociais, porque a fonte dos milagres teria sido descoberta. À vista disso, é importante que a proteção de dados conste na Constituição, mas é necessário um esforço ainda maior para que, enquanto Direito Fundamental Autônomo e Expresso, possa significar e satisfazer o que demanda as vivências do sujeito latino pós-moderno. Até porque, como ilustremente mencionado por André Luiz Costa Corrêa (2005, p. 169), ‘[...] a constitucionalização dos ramos do direito é decorrente, também, da necessidade de se impor um maior respeito hierárquico às fontes do direito e da eleição de uma via praticável para se evitar o risco de degeneração do Estado democrático de direito’.

Entender a Constitucionalização do Direito à Proteção de Dados Pessoais como solução para satisfação da proteção de dados pessoais chega a ser irrisório, até mesmo no arcabouço infraconstitucional do supra direito, considerando que ao fazê-lo é afirmar que a natureza internacional destas violações será resolvida por normas nacionais. Não se afirma questão tal sob a facilidade de haver conflitos internacionais envolvendo agentes de distintas nações, dado pelo encurtamento do mundo no ciberespaço, mas porque qualquer conexão nas redes sociais está acoplada a uma rede global interativa, por mais que a relação seja entre nacionais – a ideologia da internet sempre pregou a inexistência de fronteiras. Um problema sentido pelo Ministro Gilmar Mendes e por Victor Oliveira Fernandes (2020, p. 20), ao afirmarem que:

A segunda consequência da incorporação do constitucionalismo digital nas reflexões sobre jurisdição constitucional diz respeito à necessidade de a jurisdição constitucional levar em conta as relações estabelecidas entre os regimes jurídicos transnacionais da internet. A aceitação da constituição enquanto fonte primordial de limitação do poder político e da proteção de direitos fundamentais tem sido profundamente redefinida pela emergência de novas formas de jurisdição em âmbito transnacional. Sob uma perspectiva sociológica, as implicações da descentralização da soberania estatal impõem que o constitucionalismo se abra à multiplicação e à fragmentação de sistemas e sub-sistemas sociais autônomos transnacionais que naturalmente fogem ao modelo tradicional de Estado-Nação.

Qualquer assunto na internet transcende a circunscrição constitucionalizada, em menor ou maior grau a depender do caso. É um controle míope do descontrole. A promessa de que proteger apenas um grão de arroz da queda no pote, quando um saco inteiro está aberto, servirá para conter a queda de todos os outros grãos cujo despejo é indesejado. Promessas não materializam direitos.

Com as constatações do Min. Gilmar Mendes e de Victor Oliveira Fernandes (2020), é preciso questionar se a publicização da proteção de dados é o caminho ideal para encarar os excessos das relações econômicas de poder ou se causa mais paradoxos de proteção, como o desafio de territorializar a internet. É fato que, ante a dimensão do problema instaurado pelas gigantes da internet, a noção de uma colaboração do setor privado é um pouco platônica em razão da economia amplamente proposta para a sociedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inspirados nas Constituições de Portugal e da Espanha, o Direito à Proteção de Dados Pessoais surge na América Latina por intermédio de um processo de constitucionalização do direito, ante a demanda de redemocratizar os países latino no século XX. Nesse momento, compreendeu-se que o manuseio indevido de dados pessoais servia a manutenção das arbitrariedades do poder.

Antes das referidas constituições europeias, o direito à proteção de dados pessoais, de forma supranacional, se fez presente no art. 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos de 1950. Ulteriormente, ganhou maior forma com a convenção nº 108 de Proteção de Dados Pessoais da Europa, com a Diretiva nº 45/96 da União Europeia e com a *General Data Protection Regulation* (GDPR).

Na América Latina, a constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais ocorreu por existência das cartas políticas do Brasil, da Guatemala e da Nicarágua, num momento em que a esfera pública era invocada a responder pelo tratamento indevido de dados pessoais. Num momento posterior, as cartas do Paraguai e da Colômbia inseriram a proteção de dados pessoais, questionando a esfera privada acerca do tratamento. A Colômbia tem uma contribuição gigantesca na constitucionalização de tal direito, porque é a primeira constituição a constar o termo “tratamento de dados pessoais”. Todas as Constituições latinas mencionaram a proteção de dados no século XX. Nesse momento, o Direito à Proteção de Dados Pessoais surgiu como Direito Implícito ao Direito à Privacidade, por decorrência dos remédios constitucionais Habeas Data ou Ação de Amparo.

No século XXI, a sociedade de informação apresenta um cenário de economia dataficação, cuja roda motora do capitalismo se utiliza da coleta de dados pessoais para a satisfação mais eficiente das demandas de mercado. Via de consequência, o Direito à Privacidade ganha desdobramentos, em função das demandas sociais.

Com isso, a Constitucionalização do Direito à Proteção de Dados Pessoais, colocando-o como Direito Autônomo e Expresso, posiciona o sujeito como centro de proteção no ordenamento jurídico, afastando o tratamento patrimonialista dados pelas *Big Techs* sobre os corpos. Dessarte, a constitucionalização da proteção de dados pessoais sintoniza com o imperativo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Todavia, algumas situações conflitantes começam a aparecer. Resumidamente, ante a ineficiência do protagonismo do titular dos dados pessoais como protetor de seus dados, surge a repercussão da publicização do direito à proteção de dados pessoais. Ademais, a publicização gera alguns questionamentos, como por exemplo, a impossibilidade de territorializar a internet.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ-VALENZUELA, Daniel. La protección de datos personales en contextos de pandemia y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista chilena de derecho y tecnología*, v. 9, n. 1, p. 1-4, 2020.

ANGARITA, Nelson Remolina. **Aproximación Constitucional de la Protección de Datos Personales en Latinoamérica**. *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, v. 13, 2012.

ASOCIACIÓN, POR LOS DERECHOS CIVILES. **El Sistema de Protección de Datos Personales en América Latina: Oportunidades y Desafíos para los Derechos Humanos**. Buenos Aires, Argentina: ADC, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018**. Dispõe Sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em 04 de Agosto de 2022.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequência (Florianópolis)**, p. 213-239, 2017.

CANOTILHO, J.J. GOMES. **Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno**. In Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.). *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Pulo Bonavides*. Malheiros, 2003.

CARRASQUILLA, Lorenzo Villegas. **Protección de Datos Personales em América Latina: Retención y Tratamiento de Datos Personales en el Mundo de Internet**. In: BERTONI, Eduardo. *Hacia una Internet Libre de Censura: Propuestas para América Latina*. Buenos Aires: Universidade de Palermo, 2012, p. 125-164.

COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de la República de Colombia de 1991**. Buenos Aires, Argentina: UNESCO, 2018. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em: 24 out. 2022.

CONTRERAS, Pablo. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios constitucionales*, v. 18, n. 2, p. 87-120, 2020.

CORRÊA, André Luiz da Costa. **A constitucionalização dos direitos à intimidade e à vida privada**. São Paulo, SP: PUC, 2005.

COSTA, José Américo Martins da. **Releitura constitucional no conflito entre os direitos fundamentais na proteção conferida à privacidade e o acesso à informação**. 2018. Tese de Doutorado.

COULDRY, N.; MEJIAS, U. A. **Colonialismo de Datos: Repensando la Relación de los Datos Masivos con el Sujeto Contemporáneo**. Virtualis: Revista de cultura digital, v. 10, n. 18, p. 78-97, 20 maio 2019a. Disponível em: <http://www.revistavirtualis.mx/index.php/virtualis/article/view/289>. Acesso em: 11 jun. 2022.

COULDRY, N.; MEJIAS, U. A. **The Costs of Connection: How Data is Colonizing Human Life and Appropriating it for Capitalism**. Stanford: Stanford University Press, 2019b.

COULDRY, Nick. **Colonialismo de Dados e Esvaziamento da Vida Social Antes e Pós Pandemia De Covid-19**. Homo Digitalis: A Escalada da Algoritmização da Vida, 2022.

EVANGELISTA, Samuel Sampaio et al. **Constitucionalismo digital: uma análise sobre o Estado e o direito fundamental da proteção de dados**. Dissertação de Mestrado. Universidade Lusófona, 2021.

GUTIÉRREZ, Jesús María Prieto. Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (y II). Boletín del Ministerio de Justicia, n. 1973, p. 3317-3337, 2004.

GUATEMALA. [Constituição (1985)]. **Constitución Política de la República de Guatemala de 1985**. Buenos Aires, Argentina: UNESCO, 2018. Disponível em: <https://siteal.iiiep.unesco.org/pt/bdnp/316/constitucion-politica-republica-guatemala>. Acesso em: 24 out. 2022.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia: Digitalização e a Crise da Democracia**. 1ª Edição. Editora Vozes, 2022.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. Companhia das Letras, 1988.

MAGALHÃES, João; COULDRY, Nick. **Gigantes da tecnologia estão usando esta crise para colonizar o Estado**. Jacobin, 2020. Disponível em: <<https://jacobin.com.br/2020/05/gigantes-da-tecnologia-estao-usando-esta-crise-para-colonizar-o-estado>>. Acesso em: 18 de abril de 2024.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. 1ª ed. Editora Boitempo, 2004.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª Ed. Editora Juspodivm, 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Autodeterminação informativa: a história de um conceito**. Pensar Revista de Ciências Jurídicas Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, 2020.

MENDES, Laura Schertel; DA FONSECA, Gabriel C. Soares. **Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização**. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. **Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro**. Revista Brasileira de Direito, v. 16, n. 1, p. 1-33, 2020.

NASCIMENTO, Reginaldo Felix. Sistema Latino-americano de Proteção de Dados Pessoais. MANRIQUE, Jorge Isaac Torres; CALGARO, Cleide; BRASIL, Deilton Ribeiro. Anais do VI Congresso de Direito e Inteligência Artificial. Skema Business School, 2023.

NETO, Eugênio Facchini. **A constitucionalização do direito privado**. Revista *Iurisprudencia*, v. 2, n. 3, 2013.

NICARÁGUA. [Constituição (1987)]. **Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987**. Buenos Aires, Argentina: UNESCO, 2018. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/385/constitucion-politica-republica-nicaragua>. Acesso em: 24 out. 2022.

PARAGUAI. [Constituição (1992)]. **Constitución de la República del Paraguay de 1992**. Buenos Aires, Argentina: UNESCO, [2018]. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/bdnp/993/constitucion-republica-paraguay>. Acesso em: 24 out. 2022.

QUINTILIANO, Leonardo David. **A proteção de dados pessoais como direito fundamental - (ir)relevância da PEC 17/2019?**. Migalhas, 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protacao-de-dados/358794/a-protacao-de-dados-pessoais-como-direito-fundamental>>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

SILVA, Alberto J. Cerda. **Protección de Datos Personales y Prestación de Servicios em Línea em América Latina**. In: BERTONI, Eduardo. Hacia una Internet Libre de Censura: Propuestas para América Latina. Buenos Aires: Universidade de Palermo, 2012, p. 165-180.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Reginaldo Felix. **A virtualização do discurso político na democracia brasileira**. Contribuciones a Las Ciencias Sociales, v. 16, p. 4782-4802, 2023.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Reginaldo Felix; COSTA, Camilla Ellen Aragão. **Tributação e Novas Tecnologias**. In: PINTO, Danielle Jacon Ayres; SALEME, Edson Ricardo; AYUDA, Fernando Galindo (Org.). Direito, Governança e Novas Tecnologias II. Anais do CONPEDI, 2023, p. 418-439.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**. 1ª Ed. Editora, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **Big Other: Capitalismo de Vigilância e Perspectivas para uma Civilização de Informação**. In: BRUNO, Fernanda et al (org.). Tecnopolíticas da Vigilância: Perspectiva da Margem. 1ª Ed. Boitempo, 2015, 17-68.