

FERNANDA MACEDO DE SOUZA

**OS IMPACTOS DO RECONHECIMENTO
DO DIREITO A PROTEÇÃO DE DADOS
COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL
PELOS TRÊS PODERES DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

**EDITORA
CEI**

2023

Fernanda Macedo de Souza

**OS IMPACTOS DO RECONHECIMENTO DO
DIREITO A PROTEÇÃO DE DADOS COMO
UM DIREITO FUNDAMENTAL PELOS
TRÊS PODERES DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL**

**EDITORA
CEI**

2023

- Direitos autorais exclusivos para o Brasil na língua portuguesa.
- Copyright © 2023 by EDITORA CEI.
- www.editoracei.com
- Diagramação: Viviani Barbosa Costa
- Data de fechamento: 10/02/2023

SOUZA, Fernanda Macedo de, Os impactos do reconhecimento do direito a proteção de dados como um direito fundamental pelos três poderes da República Federativa do Brasil. Brasília: CEI, 2023.

ISBN: 978-65-00-55467-0

*A Deus, aos meus pais, à minha família que
compreendem e apoiam todos os meus sonhos.
Meu eterno muito obrigada!*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema “os impactos do reconhecimento do direito a proteção de dados como um direito fundamental pelos três poderes da República Federativa do Brasil” e se desenvolveu a partir dos seguintes questionamentos: “houve reconhecimento do direito a proteção de dados como um direito fundamental pelos três poderes da República Federativa do Brasil?” e “Quais são os impactos desse reconhecimento, ou da falta dele, para o Estado Democrático de Direito?”.

O objetivo principal da pesquisa foi apresentar as formas e os impactos do reconhecimento do direito a proteção de dados como um direito fundamental pelos três poderes da República Federativa do Brasil. Em relação aos objetivos específicos, esses foram:

1) Identificar se o direito a proteção de dados se enquadra como um direito fundamental à luz das características adotadas pela Constituição da República Federativa do Brasil;

2) Citar os mecanismos para que haja um formal e efetivo reconhecimento da proteção de dados como um direito fundamental no Brasil;

3) Verificar se o reconhecimento do direito a proteção de dados pelos três poderes da República Federativa do Brasil é essencial para o Estado Democrático de Direito; e

4) Mensurar o impacto do reconhecimento de um direito fundamental a proteção de dados pelos três poderes no Brasil.

O estudo e a compreensão do tema se fazem necessários tendo em vista que as revoluções tecnológicas pelas quais a sociedade passou e passa a fazer ficar conhecida como “sociedade da informação”¹, uma vez que os dados pessoais, a serem transformados em informação, passaram a ser ativos muito valiosos, tanto que foram objeto de discussões visando impedir o uso descuidado deles.

A aproximação do campo jurídico e do processamento de dados visa aproximar a população dos direitos sobre seus próprios dados, para que ela detenha controle sobre eles, porquanto os dados são “expressão direta de sua personalidade”².

¹ SARTORI, Ellen Carina Mattias.; BAHIA, Cláudio José Amaral. Big Brother is watching you: da distopia orwelliana ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 3, p. 225-248, 20 dez. 2019.

² DONEDA, Danilo.. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], [S. l.], v. 12, n. 2, p. 92, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espaco-juridico/article/view/1315>. Acesso em: 12 set. 2021.

Partindo dessa perspectiva, diversos ordenamentos jurídicos apontaram a ascensão do direito a proteção de dados e a ampliação da percepção deste de mera parte integrante do direito à privacidade para um direito autônomo fundamental³.

No Brasil, o reconhecimento se deu paulatinamente, e ainda é possível assistir à construção desse direito, que tomou espaço primeiro em leis esparsas e somente em 2018 ganhou uma Lei Geral de Proteção de Dados⁴, que pouco a pouco tenta justificar a sua existência na sociedade brasileira, pois ela ainda não possui uma sólida base na área ou uma consciência geral de que a proteção de dados pessoais é importante, fato que dificulta a sua implementação.

Nas palavras de Belli e Doneda⁵:

Devido à novidade do assunto na região, os cidadãos titulares de dados ainda não conhecem e exercitam na sua plenitude os seus direitos e, muitas vezes, não têm condições de perceber os riscos enormes ligados à falta de cuidado com seus dados pessoais, bem como o seu valor.

Essa percepção também é compartilhada pelos Poderes da República Federativa do Brasil, que relutaram para admitir a importância da proteção de dados, mas caminham para que este atual direito seja cada vez mais reconhecido dentro do país, sendo necessário analisar as formas desse reconhecimento e os impactos no país.

Tendo em mente a pergunta sugerida pela problematização da pesquisa, parte-se da hipótese de que os poderes da República Federativa do Brasil possuem meios distintos para reconhecer o direito a proteção de dados como um direito fundamental e, ao fazê-lo, criariam mais segurança jurídica nos ambientes políticos e sociais, uma vez que os direitos fundamentais, quando reconhecidos na ordem interna, gozam de maior proteção e possuem maior visibilidade.

Os métodos utilizados para se chegar às conclusões obtidas são básica pura quanto a finalidade e descritiva quanto aos objetivos, vez

³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo. Saraiva, 2014.

⁴ BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília- DF, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁵ BELLI, Luca; DONEDA, Danilo. *O que falta ao Brasil e à América Latina para uma proteção de dados efetiva? Como abordar parâmetros internacionais e reconhecer diferenças regionais?* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-falta-ao-brasil-e-a-america-latina-para-uma-protecao-de-dados-efetiva-02092021>>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

que o assunto já foi estudado por outros pesquisadores e a presente pesquisa possui conteúdo totalmente teórico. Na perspectiva da abordagem, é qualitativa, pois considera a realidade social e atual; foi realizada a partir do método hipotético-dedutivo, utilizando os procedimentos de pesquisa bibliográfico e documental.

Para a construção das principais ideias, foram utilizados como referência os seguintes autores: Danilo Doneda, referência na área de proteção de dados e um dos primeiros professores e pesquisadores a reunir todas as informações sobre o assunto em um livro; Laura Schertel Mendes, também pesquisadora e professora na área da proteção de dados, sendo considerada uma das primeiras a sustentar o surgimento da proteção de dados como um direito fundamental em obra de sua autoria e Ingo Wolfgang Sarlet, professor e coordenador desta pós graduação, defensor da proteção de dados como um direito humano e fundamental, referência nesta área constitucional, que soube entrelaçar as áreas e contribuir para o reconhecimento da fundamentalidade desse direito.

Com a intenção de alcançar os objetivos propostos, esse trabalho foi estruturado em três capítulos, cada um deles divididos em seções.

O primeiro capítulo abordou as principais características dos direitos fundamentais, como se deu a construção histórica do direito à proteção de dados até lograr o status de direito fundamental no âmbito mundial e em território brasileiro e, por fim, discorreu sobre o direito fundamental visto a partir da perspectiva das características dos direitos fundamentais e da história relatada.

O segundo capítulo tratou de como se dá a participação de cada um dos três poderes da República Federativa do Brasil – Legislativo, Executivo e Judiciário – no reconhecimento dos direitos fundamentais, com o objetivo de responder ao questionamento se era necessário que todos legitimassem um direito para que ele efetivamente exista na esfera dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo, por fim, trouxe os mecanismos normativos apontados no capítulo anterior que foram utilizados pelos poderes políticos no decorrer da história da proteção de dados para o reconhecimento deste como direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do apresentado, passa-se ao desenvolvimento da pesquisa, a partir da estruturação mencionada.

1 O direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental

Inicialmente, a presente pesquisa tem por fim esclarecer conceitos iniciais acerca do tema. Com foco nisso, este capítulo foi dividido em três seções. A primeira busca apontar quais são as principais características dos direitos fundamentais em geral. Em seguida, a segunda seção objetiva apresentar como se deu a construção do direito a proteção de dados como um direito fundamental, a partir da análise dos contextos mundial e brasileiro. Por fim, a terceira seção trará a união das características apresentadas na primeira seção com a construção histórica do direito a proteção de dados. Partindo desses pontos, será possível construir um substrato teórico suficiente para avançar nas principais discussões acerca do tema.

1.1 Principais características dos direitos fundamentais

Atribuir características aos direitos fundamentais, que sejam válidas em todo lugar e em qualquer tempo, não é uma tarefa simples, assim como é difícil conceitua-los ou simplesmente discorrer acerca deles⁶.

Isso porque cada Estado democrático se preocupa com os direitos fundamentais a seu próprio modo, regulando-os por meio de um catálogo minucioso ou apenas realizando alguma remissão a alguma declaração histórica de direitos humanos⁷.

Deve-se avaliar não apenas o catálogo de direitos fundamentais de um Estado democrático, mas os fatores que levaram a sua constitucionalização, formal ou material, uma vez que todas as peculiaridades, tais como a cultura e a história dos povos, fatores que fogem ao mundo jurídico⁸, devem ser considerados para além do simples significado gramatical.

Assim, para compreender o direito a proteção de dados como um direito fundamental e sua importância no ordenamento jurídico, há que se iniciar pela tarefa indutiva, iniciando pelo estudo de dados ou fatos semelhantes, para chegar a uma definição ou causa, e caracte-

⁶ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 193.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 285, e-book.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 285, e-book

rizar os direitos fundamentais é tarefa imprescindível.

A seguir, pretende-se discorrer sobre as características dos direitos fundamentais apontadas pelas doutrinas – universalidade, limitabilidade ou relatividade, historicidade, imprescritibilidade, inalienabilidade ou indisponibilidade, irrenunciabilidade, indivisibilidade, inviolabilidade, efetividade, concorrência ou complementaridade, interdependência, constitucionalização – a fim de entendê-los e contextualizá-los.

1.1.1 Universalidade

As doutrinas apontam o traço da universalidade como uma das características iniciais dos direitos fundamentais, o que significa que, uma vez criados, esses direitos devem ser direcionados a todos os seres humanos⁹, independente de nacionalidade, cor, raça, crença, convicção política, filosófica ou qualquer outra.

Masson corrobora, apontando que existe um “núcleo mínimo de direitos que deve estar presente em todo lugar e para todas as pessoas, independentemente da condição jurídica, ou do local onde se encontra o sujeito”. Para ela, “a mera condição do ser humano é suficiente para a titularização”¹⁰.

No entanto, Mendes e Branco advertem que, apesar de não ser impróprio afirmar que “todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais” e que a “qualidade de ser humano”¹¹ é suficiente para titularizar esses direitos, alguns direitos fundamentais específicos podem ser limitados, no sentido de privilegiar posições sociais em detrimento de outras.

A exemplo disso, existem direitos que se ligam apenas aos trabalhadores, como o artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988(CRFB/88)¹², ou direitos que litigam em favor apenas de pessoas naturais, e não de pessoas jurídicas, como o direito a proteção de dados¹³, como será visto mais à frente.

⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1174.

¹⁰ MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 193.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 286, e-book.

¹² O “caput” do artigo 7º da CRFB/88 assim dispõe: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]”.

¹³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185.

1.1.2 Limitabilidade ou relatividade

Há também quem afirme que os direitos fundamentais são absolutos e não admitem restrições, visto que se situam no patamar máximo de hierarquia jurídica. Quem sustenta essa premissa a justifica no sentido de que o Estado existe para proteger direitos naturais, com base no pressuposto jusnaturalista e, sendo assim, os direitos fundamentais possuiriam prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo¹⁴.

Contudo, essa teoria não prosperou, uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser objeto de limitações em caso de conflitos de interesses¹⁵ com outros direitos individuais constitucionalmente resguardados, porquanto nenhum direito pode ser absoluto ou deve prevalecer perante os demais em abstrato¹⁶.

Nesse caso, a própria constituição¹⁷ poderá solucioná-los ou, caso não solucione, caberá ao intérprete ou ao magistrado, valendo-se das técnicas de hermenêutica e observando o caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, observando os direitos fundamentais envolvidos e a mínima restrição deles¹⁸.

1.1.3 Historicidade

É comum entre as doutrinas de Direito Constitucional que se inicie o tópico da característica de historicidade dos direitos fundamentais com a citação do jurista italiano Norberto Bobbio, que afirmou em sua clássica obra “A Era dos Direitos” que “os direitos não nascem todos de uma vez”, mas “nascem quando devem ou podem nascer”.¹⁹

A afirmação faz referência aos direitos de modo geral, o que não é impeditivo para aplicá-la aos direitos fundamentais, uma vez que o recurso à história é indispensável para compreender melhor a origem e o desenvolvimento destes, que podem fazer sentido apenas se determinado contexto histórico for analisado²⁰.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 287, e-book.

¹⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1174.

¹⁶ MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 195.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 288, e-book.

¹⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1174.

¹⁹ BOBBIO, Nathalia. *A Era dos Direitos*. 29ª Tiragem. Rio de Janeiro: LTC, 2020.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 288, e-book.

Nesse sentido está o fundamento para o desaparecimento de alguns direitos ou para a modificação de outros, demonstrando que os direitos são frutos de afirmações graduais e passam por diversas revoluções²¹ até chegarem aos dias atuais, caracterizando a índole evolutiva dos direitos fundamentais²².

1.1.4 Imprescritibilidade

Antes de iniciar este tópico, importa esclarecer que o instituto da prescrição é um instituto jurídico que cerceia a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos²³.

Como pôde ser esclarecido no tópico imediatamente anterior a este, os direitos fundamentais são garantias conquistadas ao longo do tempo, como resultado de algum fato social.

Assim, os direitos fundamentais não se perdem ao longo do tempo, mas estarão sempre à disposição, razão pela qual tais garantias não prescrevem, sendo, portanto, imprescritíveis²⁴.

1.1.5 Inalienabilidade ou indisponibilidade

A doutrina de Mendes e Branco ensina que “inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição” e este “não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo”²⁵.

Essa característica está calcada, principalmente, no valor da dignidade da pessoa humana²⁶, de forma a permitir que o indivíduo atinja a sua potencialidade de ser autoconsciente e livre, não podendo se privar de sua dignidade alienando-a ou dispondo dela sem ter livre consciência disso.

De acordo com essa característica, os direitos fundamentais não são passíveis de alienação, pois não possuem conteúdo econômico-pa-

²¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1174.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 288, e-book.

²³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1174.

²⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1174.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 290, e-book.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 290, e-book.