

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

MARCELLA MEIRELES DE ANDRADE

**A EFICÁCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE
DADOS PESSOAIS E A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 115/2022**

RIO DE JANEIRO

2023

MARCELLA MEIRELES DE ANDRADE

**A EFICÁCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE
DADOS PESSOAIS E A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 115/2022**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Escola de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Estado do Rio de
Janeiro como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Prof^a. Dr^a. Rosalina Correa de Araújo

Rio de Janeiro

2023

AGRADECIMENTOS

Primeiramente quero agradecer a Deus por mais essa conquista, pois sem Ele não seria possível chegar até aqui. Ao longo desses 5 anos foram diversos momentos difíceis e desafiadores, mas com Jesus cada um dos problemas se tornou fonte de inspiração.

Em segundo lugar, à minha família, que nos momentos de minha ausência dedicados ao estudo, sempre compreenderam que é com constante dedicação no presente que se pode alcançar os tão almejados sonhos. Obrigada à minha irmã e melhor amiga, Danielle por todo apoio, palavras de incentivo, orações, paciência e carinho.

À minha mãe e amiga, Ana Maria (*in memoriam*) por nunca deixar de ser uma inspiração e sempre estar presentes em meus pensamentos.

Aos meus amigos e colegas de turma pelas risadas compartilhadas, e que a cada semestre foram se mostrando essenciais, deixando os desafios mais leves.

Meu respeito e admiração à direção, administração e ao corpo docente desta Universidade por transmitir conhecimento de qualidade ao longo desse processo de formação profissional.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte de minha formação, o meu muito obrigada.

(...) descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.

(BOBBIO, 1992, p. 80)

RESUMO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) surgiu com o objetivo de garantir direitos aos proprietários de dados pessoais, evidenciando que as inovações tecnológicas devem estar atreladas a regras que permitam que os direitos fundamentais como a liberdade, intimidade e a privacidade sejam protegidos. E, além disso, possibilita um maior controle pelos titulares, permitindo assim perceber que os direitos são resultados do fortalecimento do estado democrático de direito, visto que esta legislação prevê que somente com o consentimento expresso do titular é que operadores ou controladores dos bancos de dados estarão autorizados a tratar ou compartilhar informações, sob risco de aplicação de penalidades no âmbito civil. Portanto, a hipótese a ser perseguida será mostrar que, apesar de ser uma legislação recente no ordenamento jurídico brasileiro, a positivação de tais garantias têm sido praticadas pelas empresas e pelas entidades públicas, em consonância com a Constituição Federal. Neste contexto, o objetivo principal será verificar se de fato ocorre a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, como proposto pela LGPD em consonância com a Constituição Federal de 1988. Dentre os objetivos específicos estão provar que a LGPD é eficaz no contexto constitucional; analisar a EC 115/2022 que altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Tem-se como justificativa o fato de que na era da informação, são os titulares de dados que ditam as regras a respeito do uso de seus próprios dados e não mais as empresas e as entidades públicas, o que torna essencial o estabelecimento de parâmetros de como os dados pessoais deverão ser coletados, armazenados, processados e até mesmo destruídos. Nesse sentido, surgiram diversas legislações, como o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), a LGPD (Lei nº 13.709/2018), e por fim a emenda constitucional nº 115/2022. Deste modo, o presente trabalho pretende analisar se de fato tal padronização de normas sobre o tratamento de dados pessoais é eficaz, tendo como parâmetro a Constituição Federal.

Palavras-chave: Dados pessoais. Direito fundamental. Emenda Constitucional.

ABSTRACT

The General Law for the Protection of Personal Data (Law N°. 13.709/2018) emerged with the objective of guaranteeing rights to the owners of personal data, showing that technological innovations must be linked to rules that allow fundamental rights such as freedom, privacy and intimacy are protected. And, in addition, it allows greater control by the holders, thus allowing to perceive that the rights are the result of the strengthening of the democratic state of law, since this legislation provides that only with the express consent of the holder is that operators or controllers of the databases will be authorized to process or share information, under the risk of civil penalties. Therefore, the hypothesis to be pursued will be to show that, despite being a recent legislation in the Brazilian legal system, the affirmation of such guarantees has been practiced by companies and public entities, in line with the Federal Constitution. In this context, the main objective will be to verify if in fact the protection of the fundamental rights of freedom and privacy, as proposed by the LGPD in line with the Federal Constitution of 1988. Among the specific objectives are to prove that the LGPD is effective in the constitutional context; analyze EC 115/2022 that amends the Federal Constitution to include the protection of personal data among fundamental rights and guarantees and to establish the Union's private competence to legislate on the protection and processing of personal data. It is justified by the fact that in the information age, it is the data subjects who dictate the rules regarding the use of their own data and no longer to companies and public entities, which makes it essential to establish parameters of how personal data should be collected, stored, processed and even destroyed. In this sense, several legislations emerged, such as the Civil Rights Framework for the Internet (Law N°. 12.965/2014), the LGPD (Law N°. 13.709/2018), and finally the Constitutional Amendment N°. 115/2002. In this way, the present work intends to analyze if in fact such standardization of norms on the treatment of personal data is effective, having the Federal Constitution as a parameter.

Keywords: Personal data. Fundamental right. Constitutional amendment.

SUMÁRIO

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SEUS OBJETIVOS	10
2.1 Princípios e fundamentos	13
2.2 Garantias previstas.....	15
2.3 Fiscalização	17
3 A GARANTIA DA PROTEÇÃO DE DADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	19
3.1 A proteção de dados como direito fundamental: concretização no âmbito público e privado	23
3.2 Competência privativa da União para legislar sobre dados pessoais	28
3.3 O papel da ANPD	29
4 CONTEXTO HISTÓRICO DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DE DADOS PESSOAIS.....	32
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma explanação sobre um tema bastante atual no ordenamento jurídico, qual seja, a proteção de dados pessoais como direito fundamental, tratamento este dado pela Emenda Constitucional nº 115/2022, que trouxe as seguintes mudanças à Constituição Federal: acrescentou ao artigo 5º o inciso LXXIX ("é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais."); o *caput* do art. 21 que trata da competência da União agora passou a ter o inciso XXVI ("organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei."); e o *caput* do art. 22 que dispõe sobre competência privativa da União para legislar, passou a vigorar acrescido do inciso XXX ("proteção e tratamento de dados pessoais").

Uma vez que essa proteção visa garantir uma maior proteção do que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais já traz, é mister estudar os aspectos atinentes ao seu conteúdo para compreensão da sua função no direito material e na dinâmica social, considerando que com o crescimento da complexidade das relações interpessoais, surgiu uma necessidade em normatizar as regras de segurança dos dados pessoais.

Assim, a apreensão do tema é fundamental para conjecturar a importância dos direitos supracitados na dinâmica social. Neste diapasão, mediante apreciação da legislação vigente e doutrina concernente à temática, se busca entender como se dão as garantias previstas, como por exemplo, direitos de Acesso, Retificação, Cancelamento e Oposição.

Destarte, depois de feita esta introdução, no capítulo 2 se dará uma breve visita aos princípios e fundamentos da LGPD, bem como uma explicação acerca de suas espécies, que será realizada com o objetivo de analisar um arcabouço teórico para interpretar de que modo tais garantias baseiam-se.

Em seguida, se faz essencial uma análise do papel da fiscalização nesta dinâmica. Arelado a isso, além de exteriorizar sobre a estrutura quanto às garantias e direitos, esta pesquisa promoverá o questionamento a respeito da garantia da proteção da intimidade e da privacidade na Constituição Federal, no capítulo 3, visto que a metodologia utilizada será a pesquisa e revisão bibliográfica.

Outrossim, conforme a positivação do objeto em voga, será apresentada uma análise no que tange à proteção de dados como direito fundamental. Assim, se faz necessário registrar que em relação ao processo legislativo de uma emenda constitucional existem regras próprias, como por exemplo, a respeito da iniciativa, temos que pode ser proposta pelo Presidente da República, por no mínimo $\frac{1}{3}$ dos membros do Senado Federal ou $\frac{1}{3}$ da Câmara dos Deputados

ou metade das Assembleias Legislativas estaduais. No que se refere à aprovação, tem-se que o quórum é de $\frac{3}{5}$ dos membros do Senado e da Câmara em 2 turnos; sua promulgação ocorre pelas Mesas das Casas Legislativas, onde o presidente da República não pode vetá-las e nem precisa sancionar. E por isso, para que ocorra a análise da admissibilidade e do mérito deve passar por uma deliberação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ, com fundamento no art. 356 do Regimento Interno do Senado Federal.

A partir disso, no capítulo 4 temas como direitos culturais, políticos, sociais e econômicos são colocados em pauta e discutidos, uma vez que além dos conceitos já citados, é imprescindível compreender o contexto histórico da positivação dos direitos de dados pessoais até chegar à Constituição Federal, baseado sobretudo na obra "A Era dos Direitos" de Norberto Bobbio, cujo ensinamento ressalta que os direitos são construídos historicamente para aprimoramento da convivência social, sem desconsiderar como ocorre o desenvolvimento global da civilização humana, onde houve uma verdadeira positivação dos direitos e regulação de comportamentos.

Por fim, após examinar se há a efetividade desse direito, será possível analisar as formas de controle do Poder Público. Tal análise se dará a partir da revisão bibliográfica e de dados obtidos sobre o tema, além de considerações a respeito do papel da Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD.

Nas considerações finais, busca-se responder à questão principal que é verificar a eficácia da Emenda Constitucional no atendimento das demandas da sociedade relacionadas à proteção de dados.

2. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SEUS OBJETIVOS

Com uma necessidade cada vez maior de uma lei geral de proteção de dados no Brasil, a lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018 surgiu com muitos objetivos, principalmente para evitar a inviolabilidade de dados, visando proteção da privacidade e liberdade, seguindo uma tendência que já ocorria em outros países. Ficou evidente a influência de legislações europeias¹ e a Resolução² adotada pela Organização das Nações Unidas - ONU de 25 de novembro de 2014, sobre “Direito à Privacidade na Era Digital”, apresentada conjuntamente pelo Brasil e pela Alemanha.

Antes de se tornar lei, primeiramente ela foi o Projeto de Lei 4.060/2012 (de iniciativa parlamentar), tendo sido apensado a ele o Projeto de Lei 5.276/2016 (apresentado pela Presidência da República). Em ambos os projetos de lei fica evidente a influência do art. 5º, X e XII da Constituição Federal de 1988, que dispõe acerca da proteção da pessoa humana como um direito fundamental, cuja redação é a seguinte:

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:

[...]

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;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988, art. 5º, incisos X e XI)

Porém, à época da promulgação da CF/88 não se destacava a relevância de tratamento de dados como na atualidade, e somente com o advento de outras legislações, como a Lei do *Habeas Corpus* (Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.978 de 11 de setembro de 1990), a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), e o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) é que a regulamentação sobre a proteção de dados foi se desenvolvendo até chegar na LGPD.

¹A GDPR - General Data Protection Regulation - ou Regulamento Geral de Proteção de Dados é uma lei europeia que desde maio de 2018 exige que empresas europeias ou empresas que lidem com dados de cidadãos europeus, sigam regras rígidas de proteção de dados e de transparência.

²Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2014/11/1493801>. Acesso em 31 jul. 2022.

Deste modo, é relevante ressaltar que ao observar os projetos de lei que culminaram na lei ora sob análise, um dos principais objetivos estava nas formas de legitimar o acesso e o tratamento dos dados pessoais através do consentimento, visto que se trata de uma forma de exercer a cidadania. Afinal, o contexto em que ocorrem os tratamentos dos dados definirá como cada indivíduo entende que os seus direitos foram violados ou não.

Nesse sentido, ao analisar os projetos de lei, assevera Maior *et al.* (2018) que por se tratar de uma abrangência e aplicação tanto no campo privado como público, não é possível defini-la como uma lei pública ou privada, uma vez que o uso de tecnologias que geram inovação influencia não somente a área de comunicação, mas sobretudo as formas de consumo, negócio, comércio, trabalho, lazer, etc. Consequentemente, ao Estado cabe adequar-se às mudanças que ocorrem na sociedade, ou seja, passando a definir as regras, seja no âmbito público como no privado.

Sendo assim, após essas breves considerações a respeito da trajetória até tornar-se em lei, necessário se faz tratar de algumas questões previstas na LGPD, que é composta por 65 artigos divididos em 10 capítulos, como a definição de dados pessoais, quem são os titulares de dados, como ocorre o consentimento do cidadão, e a exigência da finalidade (que se baseia no princípio da transparência). Primeiramente, a definição de dados pessoais é encontrada no site do Governo Federal³, contando com um rol exemplificativo:

O dado pessoal é aquele que possibilita a identificação, direta ou indireta, da pessoa natural. São exemplos de dados pessoais: - nome e sobrenome; - data e local de nascimento; - RG; - CPF; - retrato em fotografia; - endereço residencial; - endereço de e-mail; - número de cartão bancário; - renda; - histórico de pagamentos; - hábitos de consumo; - dados de localização, como por exemplo, a função de dados de localização no celular; - endereço de IP (protocolo de internet); - testemunhos de conexão (cookies); - número de telefone.

Ainda no site do Governo, verifica-se que quanto à classificação dos dados, além dos elencados acima, também há os dados sensíveis, que versam sobre questões de foro íntimo (saúde, religião, raça, preferências políticas, etc.). E no que se refere a crianças e adolescentes, no artigo 14 da LGPD consta que o tratamento de dados pessoais destes deverá ser realizado com o consentimento de pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Mas de qualquer forma, o consentimento é obrigatório, sendo indispensável em poucos casos, como em situações que envolvam a integridade física ou que seja usado para elaboração de políticas públicas.

³Disponível em <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acesso-a-informacao/lgpd/classificacao-dos-dados>. Acesso em 05 ago. 2022.

Em relação aos titulares de dados, a sua definição está contida no artigo 5º, V, como sendo a pessoa natural cujos dados pessoais são tratados através do consentimento, este que por sua vez é definido no art. 5º, XII, como uma manifestação onde o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade. Os meios possíveis para obter o consentimento – que pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa – está no artigo 8º que dispõe que será por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade. É preciso observar que até o momento a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) não criou um modelo para obter o consentimento do titular.

Pois bem, dito isto, também há de considerar que no artigo 4º, III, fica estabelecido que a Lei “não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais”. Tal previsão de não aplicabilidade ocorre para que sejam protegidos os direitos fundamentais de liberdade e para redução de riscos (BLUM; LÓPES, 2020), como bem dispõe o artigo 5º, XVII: “Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;” bem como no artigo 38, parágrafo único:

A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial. Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados. (BRASIL, 2018, art. 38, parágrafo único)

Desta forma, a exigência contida no art. 7º, *caput*, de fundamentar o tratamento de dados mostra uma das principais características da LGPD.

Em se tratando da exigência de finalidade, baseada, sobretudo na transparência, tal princípio objetiva orientar como se dá o tratamento de dados. Assim, os propósitos devem ser legítimos, específicos e sempre informados ao titular, estando de acordo com o que prevê o art. 6º, I e VI:

As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; [...]

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; (BRASIL, 2018, art. 6º, incisos I e VI)

E mais precisamente, no setor público, a finalidade está ligada à execução de políticas públicas (ÂNGELO MONTOLLI, 2020), o que permite concluir que se trata de um dos principais pontos a ser aplicado tanto no setor privado como no público, como por exemplo, tratar apenas os dados necessários para a finalidade pretendida, reduzindo significativamente os riscos, além da prestação de contas.

2.1. Princípios e fundamentos

Os princípios da proteção de dados (artigo 6º da LGPD) visam a garantia dos direitos dos titulares e associam-se ao princípio da dignidade humana e a direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, como a intimidade e a privacidade, e desta forma chegam a um padrão de recomendações objetivas para quem trata os dados. Desta maneira, o artigo 6º seus incisos dispõem que além da boa-fé, os tratamentos dos dados devem seguir os seguintes princípios contidos em cada inciso:

- “I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;” Aqui o titular dos dados deve ter conhecimento claro do motivo pelo qual seus dados serão utilizados.
- “II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;” Neste caso, os dados solicitados devem ser pertinentes e devem estar adequados à finalidade.
- “III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;” Significa que o uso de dados pessoais deve se limitar ao mínimo necessário.
- “IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais;”

Esta importante garantia visa permitir aos titulares o acesso a todos os dados fornecidos, bem como saber de que forma são utilizados.

- “V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;” Este direito de ter assegurada a clareza está totalmente associado com a transparência:
- “VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;” Sem dúvida, este é um dos mais importantes princípios, pois visa uma maior compreensão aos titulares a respeito da abordagem do tratamento dos dados, prezando pela forma simples, mas coerente.
- “VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;” É vital precaver ao máximo o vazamento ou acesso de pessoas não autorizadas aos dados fornecidos.
- “VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;” Evitar danos tanto morais como patrimoniais é de suma relevância.
- “IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;” Os titulares não podem ter seus dados usados para nenhum tipo de constrangimento ou coação.
- “X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.” Aquele que trata os dados deve comprovar o cumprimento da lei em todas as medidas adotadas.

Outrossim, em paralelo aos princípios que regem a LGPD, os fundamentos podem ser encontrados no artigo 2º que possui a seguinte redação:

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. (BRASIL, 2018, art. 2º, incisos I a VII)

Além disso, também estão previstos em outras normas como na própria Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. Inclusive, Tasso (2020, p. 113) ensina que

(...) verifica-se que a Lei Geral de Proteção de Dados elegeu o sistema de responsabilidade civil subjetiva em perfeito alinhamento com o Código Civil, inserindo-se de forma harmoniosa no mosaico legislativo, o mesmo ocorrendo em relação ao Código de Defesa do Consumidor que, dado o tratamento Constitucional da defesa do consumidor, atrai para seu sistema de responsabilidade objetiva os fatos jurídicos dessa natureza.

Assim, o principal fundamento se constitui no respeito à privacidade do indivíduo previsto no art. 5º, X da Constituição Federal e também no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Outro fundamento igualmente importante é a autodeterminação informativa, que versa sobre a plena ciência do tratamento dos dados, permitindo assim que se possa solicitar a alteração, acréscimo, e até mesmo a exclusão dos dados. Logo, pode-se concluir que ligados a estes, também são essenciais à liberdade de expressão e a inviolabilidade da intimidade, honra e da imagem, cujo tratamento se não for regido por estes fundamentos, deverá gerar a responsabilidade civil.

2.2. Garantias previstas

A LGPD permitiu a ampliação dos direitos para evitar riscos às liberdades individuais, estes contidos nos artigos 17 a 22 a partir dos princípios já citados anteriormente, devendo, portanto, a aplicação ser apresentada conjuntamente com o que já foi exposto no tópico anterior. Como bem caracteriza Vianna (2021), os direitos dos titulares também são conhecidos pela sigla ARCO, referindo-se aos direitos de Acesso, Retificação, Cancelamento e Oposição. Cabe então, no que concerne a estes, uma análise de cada dispositivo correspondente.

Segundo Monteiro e Cruz, eles podem ser agrupados em: “confirmação da existência de tratamento e de acesso aos dados (artigo 18, I e II), direito de retificação (artigo 18, III), direito de cancelamento (artigo 18, IV, VI e IX), direito de oposição (artigo 18, § 2º), direito à explicação (interpretação sistemática), direito à revisão de decisões automatizadas (artigo 20) e direito de portabilidade (artigo 18, V). (apud VIANNA, 2021, p. 87)

Inicialmente, vale apontar que da leitura do artigo 17, é reconhecido (e apenas repetindo os direitos mencionados em outros dispositivos da lei) que: “Toda pessoa natural tem

assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei”.

Quanto ao artigo 18, neste se tem a previsão de que o titular dos dados possa requerer dos agentes de tratamentos uma série de garantias, como o acesso, correção, anonimização, eliminação, revogação do consentimento, dentre outros (a qualquer momento e mediante requisição). Além do mais, tais requerimentos não devem ter custo para o titular (§ 5º). Também chama a atenção o contido no § 8º do mesmo dispositivo que consta que este direito pode ser exercido junto os organismos de defesa do consumidor, o que torna essencial a defesa dos interesses difusos e coletivos neste âmbito.

De uma análise mais detalhada desses direitos previstos no artigo 18, os incisos I e II tratam da garantia do titular requerer do controlador a confirmação da existência de tratamento e de acesso aos dados. E indo mais além, existe o direito de acesso, que por sua vez se relaciona diretamente com o direito à informação (artigo 18, VII), cuja ciência dos tratamentos realizados pelos agentes permite exercer outros direitos, tais como retificação, cancelamento, explicação ou revisão, significando relação de dependência entre a transparência e direito de acesso.

Além desses, no inciso III há o direito de retificação que permite a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados. Em relação ao direito de bloqueio, eliminação e anonimização e cancelamento do consentimento, previstos respectivamente nos incisos IV, VI e IX, importante se faz salientar que no âmbito do Poder Público, tais previsões podem sofrer limitações, visto que se consideram as regras próprias relativas a prazos de guarda e arquivamento dos documentos oficiais.

E quanto ao direito de portabilidade encontrado no inciso V, vemos que este decorre uma vez que ao controlador é permitido transferir os dados para outro controlador, gerando assim, um controle mais efetivo pelo titular dos dados. Finalmente, sobre o direito de oposição (artigo 18, § 2º) este possibilita que o titular confronte ou conteste o tratamento dos dados, se for considerado que o tratamento foi realizado sem o devido consentimento.

É no artigo 19, I que estão as regras de exercício dessas prerrogativas que são a confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais (simplificado e de forma imediata), ou seja, se dá por meio de requisição, de forma completa e clara (inciso II). O direito de acesso ou confirmação de existência, por sua vez, prevê a entrega de cópia dos dados que a organização tenha sobre eles (artigo 19, I e II).

Outro ponto de bastante relevância diz respeito ao direito à explicação (artigo 20), que de uma interpretação sistemática, permite observar que se trata de direito de revisão de decisões automatizadas que possam causar discriminação ou serem equivocadas, reduzido a diferença entre o setor econômico e a sociedade civil, porém sem definir o que é decisão automatizada.

Destaca-se em Vianna (2021) que o Direito à explicação não é um direito explícito, mas este se baseia no princípio da transparência.

Por fim, importante se faz citar que sempre será necessária uma análise contextual de cada caso, porque o chamado “princípio da legítima expectativa” (art. 422 do Código Civil que dispõe que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”) não é um direito absoluto, isto porque esta se remete à confiança do titular dos dados (que também está atrelada ao princípio da boa-fé (artigo 6º, *caput* da LGPD)), o que denota que o interesse do controlador e a legítima expectativa do titular devem estar em consonância. E paralelo a isso, existe o legítimo interesse, que nada mais é do que respeito às legítimas expectativas, direitos e liberdades fundamentais do titular previsto no § 2º, do artigo 18, em harmonia com o inciso II do artigo 10.

2. 3. Fiscalização

Preliminarmente, a partir da necessidade de indicação de encarregados pelo tratamento de dados pessoais da LGPD, indispensável fazer breves considerações a respeito destes (que são os agentes de tratamentos) e seus papéis como prevê o artigo 5º, VI e VII:

Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. (BRASIL, 2018, art. 5º, incisos VI e VII)

Os agentes de tratamento tanto nas empresas como no poder público são o controlador (responsável pelas tomadas de decisões sobre o tratamento de dados, tendo como objetivo a redução dos riscos) e o operador (trata os dados pessoais em nome do controlador, seguindo as decisões e instruções dadas pelo primeiro). Mello e Miramontes (2021) ao se debruçarem sobre o assunto ressaltam que a diferença entre eles é o poder de decisão que somente o controlador possui.

Além do mais, Laura Schertel Mendes (2019) aponta que algumas condições devem ser seguidas para que o tratamento de dados pessoais seja considerado legítimo, como por exemplo, se basear nas possibilidades que estão contidas no art. 7º ou no art. 23 da LGPD; e que esteja de acordo com os princípios previstos na lei, chegando a um total de 11 hipóteses para o tratamento de dados pessoais.

Também é importante enfatizar a figura do encarregado, que é indicado pelo controlador, e de acordo como o inciso VIII do artigo 5º é a “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)”. Suas funções e providências estão elencadas no artigo 41, dentre elas: aceitar reclamações dos titulares, prestar esclarecimentos, receber comunicações da autoridade nacional, orientar funcionários e contratados da entidade e executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

Por fim, não se pode deixar de citar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (artigo 55-A), pois este órgão federal (autarquia) com aplicabilidade em todo território nacional é de suma importância para a eficácia da lei. Dentre suas competências está a de zelar pela proteção dos dados pessoais, promover o conhecimento da população acerca da proteção de dados pessoais e das ações de medidas preventivas de segurança, desenvolver diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, fiscalizar a aplicação da lei aplicando sanções nos casos de descumprimento, inclusive comunicando irregularidades às autoridades, apreciar as reclamações enviadas pelos usuários, além de criar mecanismos para que registros de reclamações de maneira simplificada.

Quanto à responsabilidade atribuída ao controlador e ao operador em caso de desvio de conduta com ou sem prejuízo para o cidadão, temos nos artigos 31 e 32 que a fiscalização destes compete à autoridade nacional, pois cabe a ela sugerir a adoção de padrões e de boas práticas, ou seja a ANPD, solicita medidas para interromper violações, e outrossim, pode demandar que sejam publicados relatórios de impacto à proteção de dados pessoais.

Consoante o que foi analisado, conclui-se que atuação desses agentes gera mais proteção para os titulares dos dados, ao saber quem são os que manejam os seus dados pessoais.

3 A GARANTIA DA PROTEÇÃO DE DADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Neste capítulo busca-se analisar as características da proteção de dados evidenciando como tal garantia é buscada pela ordem jurídica, cujo contexto sociopolítico pode afetar diretamente os titulares, e para isso, foram usadas ideias de alguns autores para comparar realidades distintas (entre aqueles que a defendem e os que a criticam).

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022, a proteção de dados era encontrada em leis ordinárias, como na Lei de *Habeas Data*, Lei do Marco Civil da Internet, na própria LGPD, e até mesmo no artigo 5º, X da CF (proteção à privacidade). Porém, cabe aqui citar as críticas que alguns doutrinadores fazem.

Dentre eles, Anderson Schreiber, em seu artigo “PEC 17/19: Uma Análise Crítica” publicado no Periódico *GEN Jurídico* 17/2019, afirma que a mesma seria desnecessária, uma vez que apenas repetiria o que já é previsto nas legislações ordinárias e em jurisprudências, tais como nos Embargos de Declaração no REsp 1.630.659, de relatoria da Min. Nancy Andrighi (dj 27.11.2018) cuja decisão consta que

(...) os direitos à intimidade e à proteção da vida privada, diretamente relacionados à utilização de dados pessoais por bancos de dados de proteção ao crédito, consagram o direito à autodeterminação informativa e encontram guarida constitucional no art. 5º, X, da Carta Magna, que deve ser aplicado nas relações entre particulares por força de sua eficácia horizontal e privilegiado por imposição do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Assim sendo, ele também entende que os propósitos da EC são puramente simbólicos, e que incluir a competência para legislar sobre proteção de dados pessoais no rol das matérias privativas da União, seria contrária ao objetivo da EC, limitando, conseqüentemente a proteção que se busca, ao conferi-la a apenas a um ente federativo. Além do mais, a Constituição já antecipa que a competência para legislar sobre direito do consumidor é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, incisos V e VII).

Por fim, o jurista afirma que o ideal é preservar ao máximo o texto constitucional, pois a Lei Maior não pode ser usada como espaço que protege questões de um determinado tempo e necessidade, mas sim dos valores fundamentais da coletividade.

Antes de dar continuidade às considerações dos juristas a respeito da EC 115/2022, imperioso se faz lembrar que as emendas foram previstas na própria Constituição, se tornando um mecanismo permanente e ordinário de reforma. Assim, uma proposta de Emenda deve respeitar diversas regras próprias, inclusive manter as cláusulas pétreas do artigo 60, §4º da CF. Também deve passar por uma deliberação da Comissão de Constituição, Justiça e

Cidadania - CCJ, com fundamento no art. 356 do Regimento Interno do Senado Federal para que ocorra a análise da admissibilidade e do mérito das Propostas de Emenda à Constituição.

Nesse contexto, no relatório do 1º parecer da CCJ sobre a PEC ora sob análise (de 17/05/2019) de relatoria da Senadora Simone Tebet, consta que:

O direito à proteção de dados pessoais no País encontra-se tutelado de forma reflexa em nossa Constituição da República, a partir da interpretação conjunta dos artigos 1º, III; 3º, I e IV, 5º, X, XII e LXXII. Contudo, a doutrina e a jurisprudência já reconhecem que o direito à privacidade vai além da proteção à vida íntima do indivíduo, mas também de seus dados pessoais, visto que estes exprimem uma abrangente projeção da personalidade humana. Daí a importância de o Congresso Nacional não medir esforços para solucionar o hiato existente entre a legislação e a realidade. (p. 3)

Deste modo, como um direito fundamental possui status normativo superior a outros direitos, após ter que passar pelas regras de uma emenda constitucional, ele passa a ter aplicabilidade imediata, além de vincular a todos, tanto no âmbito público como no privado.

Em oposição àqueles que criticam a transformação de proteção de dados pessoais como direito fundamental através de alteração na Constituição, dentre os que acolhem tal ideia, está Sarlet (2020), que ressalta que legislações infraconstitucionais acabam por não ter tanto alcance e nem geram tanta proteção como uma norma constitucional.

Segundo ele, o direito fundamental à proteção de dados está ligado a questões da personalidade como o princípio da dignidade da pessoa humana e de liberdade. Por isso, na mesma toada, o jurista conclui que apesar de ser possível depreender que a proteção de dados é um direito fundamental implícito, quando há a formalização de tal previsão, há uma consequente “carga positiva adicional”.

Por conseguinte, ainda segundo Sarlet (2001, p. 25) ao debruçar sobre direitos fundamentais na Constituição de 1988, buscou distinguir eficácia de efetividade, e segundo a corrente formada por juristas como Luis Roberto Barroso e José Afonso da Silva, ele explica que a eficácia jurídica remete à capacidade de ser aplicada e gerar efeitos jurídicos em casos concretos (dever-ser), e então poder identificar os efeitos (eficácia) de uma norma constitucional bem como a sua aplicabilidade. Por tanto, pertinente para análise aqui em desenvolvimento o seguinte trecho:

De acordo com a concepção já clássica de José Afonso da Silva, há que distinguir entre a eficácia social da norma (sua real obediência e aplicação aos fatos) e a eficácia jurídica, noção que “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade.” De acordo com

esta noção, a eficácia social confunde-se com a efetividade da norma. Para Luís Roberto Barroso, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.

Ainda utilizando os ensinamentos deste autor, é considerado importante para que não haja uma crise desses direitos, um movimento de reconhecimento e identidade, pois tem ocorrido uma descrença nos direitos fundamentais. Deste modo, como caracteriza Bobbio (1992, p. 49)

Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece. Embora se mantenha, nas fórmulas solenes, a distinção entre direitos do homem e direitos do cidadão, não são mais direitos do homem e sim apenas do cidadão, ou, pelo menos são direitos do homem somente enquanto são direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular.

Por fim, em resumo, de um lado temos os juristas que acreditam ser essencial uma maior proteção quando se transforma um direito em fundamental por meio de uma emenda constitucional, e aqueles que acreditam ser desnecessária, pois já ocorre a proteção tanto por leis ordinárias como pela jurisprudência, como se depreende do julgamento da Medida Cautelar da ADI 6387, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2020 - também conhecida como “caso IBGE” - que se tornou um marco para a tutela da proteção de dados no Brasil, visto que o Instituto havia requerido a disponibilização dos dados dos clientes de operadoras de telefonia, o que poderia gerar danos à intimidade e ao sigilo de milhões de pessoas. Vejamos:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos **direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.** 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais **hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos.** O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde

pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as **exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros**. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada. (BRASIL, 2020, *on-line*, grifos meus).

De qualquer maneira, mesmo não havendo um consenso na doutrina, quando se analisa o tema, importante considerar que a proteção de dados pessoais se encaixa nos chamados direitos de quarta dimensão (aqueles relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo). Assim, não se pode deixar de reconhecer que sua proteção depende de como a sociedade se comporta, pois o assunto será de interesse à diversas relações, sendo indispensável que os indivíduos reconheçam sua necessidade e seu significado.

Feitas estas considerações, para se propor a efetividade de direitos fundamentais é imperioso para seu cumprimento um sistema jurídico que formalmente gere maior grau de eficácia, que por sua vez, dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e suficiente para a sua realização, visto que o art. 5º, §1º da Constituição impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

3.1 A proteção de dados como direito fundamental: concretização no âmbito público e privado

Quando se aborda direitos fundamentais, não se pode deixar de reconhecer que a criação, ou melhor, o reconhecimento destes, está conectado às mudanças sociais que ocorrem, onde a norma jurídica não mais os negligencia, passando a formalizá-los (Bobbio, 1992). Acrescenta-se a isso, o fato de que esses direitos quando assim considerados, têm a sua aplicabilidade desde logo, como regra contida no artigo 5º, § 1º da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nesta perspectiva, por terem direta aplicabilidade, as normas de direitos fundamentais terão a seu favor pelo menos uma presunção de serem sempre também de eficácia plena, portanto – de acordo, pelo menos, com a convencional definição de normas de eficácia plena ainda prevalente no Brasil –, de não serem completamente dependentes de uma prévia regulamentação legal para gerarem, desde logo, seus principais efeitos, o que, à evidência, não afasta eventual exceção, nos casos em que a própria Constituição Federal expressamente assim o estabelece. (Sarlet et al, 2019, p. 474)

Apesar de tal realidade, os direitos fundamentais são poucos se comparados com os outros direitos que não recebem tal carga valorativa, pois não podem ser suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas. Por isso, em se tratando direitos fundamentais, não se pode deixar de manifestar o fato que pode haver correlação entre eles (como a inviolabilidade do sigilo de dados prevista no artigo 5º, XII da CF é correlata ao direito fundamental à privacidade, como dispõe o inciso X do mesmo dispositivo). Por outro lado, também pode haver choque entre eles, podendo ser marcada por concorrências, tensões e colisões.

No caso em questão, o direito à proteção de dados pessoais pode colidir com outros direitos fundamentais, especialmente levando em conta o direito ao acesso à informação pelo poder público no complexo ambiente da internet. Por isso, Sarlet (2020) observa que a aplicação constitucional à proteção de dados remonta a uma perspectiva sistemática, e, apesar

de não se tratar de um direito absoluto, a limitação e restrição ao direito à proteção dos dados, gera efeitos na dignidade da pessoa humana.

Isso significa que é imprescindível a presença de diálogo, para que juntamente com outros direitos fundamentais se possam estabelecer limites diretos e indiretos. Sobre essas limitações, Edilson Farias (2000) lembra que as limitações aos direitos constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional.

Além do mais, não se pode esquecer que quando os indivíduos adquirem um poder (aqui o direito de proteção de seus dados), perdem um pouco a liberdade, colocando uma ordem de prioridade no critério de escolha entre poder e liberdade.

Na visão de Bioni (2021) quando se reconhece a proteção de dados como um direito fundamental autônomo, também se faz pertinente abordar a questão do devido processo, principalmente com um número cada vez maior da chamada automatização de processos em relação à tomada de decisão. Cabe dizer aqui que a tomada de decisão automatizada pode acabar gerando ou reforçando desigualdades, por causa da falta de transparência e correção de erros, e até mesmo pela dificuldade de contestar decisões.

Apesar da LGPD no artigo 20, *caput* prever o direito de revisão de decisões automatizadas, há uma necessidade da criação de outros mecanismos de transparência aos titulares dos dados. Neste contexto de demonstrar que o indivíduo tem direitos privados, de igual modo, também possui direitos públicos no Estado de direito (Bobbio, 1992).

Seguindo o entendimento de Sarlet (2020) a respeito de técnicas para proteção de direitos fundamentais, indispensáveis são os procedimentos adequados por meio de estruturas e técnicas processuais que assegurem a sua eficácia, e que se sempre sejam consideradas as circunstâncias e contexto em que se dão, já que se vinculam a todos (tanto no âmbito privado como público com regras gerais em comum, mas com algumas espécies que lhe são características), para se possa assegurar e concretizar a eficácia ao considerar os critérios de proibições ou permissões.

(...) seguindo a prestigiada fórmula de Robert Alexy, assumem condição negativa (defensiva) e positiva (prestacional). Em outras palavras, especialmente levando em conta a posição subjetiva atribuída ao titular do direito, os direitos fundamentais atuam (em muitos casos simultaneamente) tanto como direitos de defesa, compreendidos como direitos a não intervenção no âmbito de proteção do direito por parte do Estado ou outros particulares, quanto como direitos a prestações, incluindo tanto prestações de cunho normativo quanto material (fático). (Sarlet et al, 2019, p. 452)

Deste modo, cabe destacar como se dá a concretização dos deveres do Poder Público e do privado, começando pelo primeiro. No Guia Orientativo para o Poder Público (2022), o

Governo Federal procurou esclarecer algumas informações para dirimir dúvidas. Inclusive destacou que o termo “Poder Público” na LGPD inclui órgãos e entidades dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), além dos Tribunais de Contas e do Ministério Público. A LGPD também elenca que fazem parte deste conceito os serviços notariais e de registro (art. 23, § 4º), bem como as empresas públicas e as sociedades de economia mista (art. 24), onde estas últimas só são assim consideradas se não estiverem atuando em regime de concorrência e que não executem políticas públicas.

Também neste Guia, são elencadas duas operações específicas de tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, que são o compartilhamento e a divulgação de dados pessoais, que carregam as seguintes características: o compartilhamento só ocorre no que for estritamente necessário para o que se pretende (princípio da necessidade), e adotando para tal ação medidas de segurança caso haja acidentes, como o acesso não autorizado, perda, alteração ou destruição de dados, como bem define o art. 6º, VII, e 46, da LGPD. O Guia inclui como uma possível forma de evitar esses problemas, a elaboração de relatório de impacto e que as ações sempre estejam em conformidade com a lei.

Em relação à divulgação de dados, é aconselhado que sempre que possível, os dados pessoais sejam pseudonimizados ou anonimizados, levando em consideração a natureza, a finalidade e a probabilidade dos riscos. Tudo isso está em conformidade com o artigo 50, § 1º, sobre as boas práticas ao realizar o tratamento de dados pessoais.

Ainda sobre as práticas do Poder Público, neste contexto poderá ocorrer a ponderação entre direitos a depender do caso em concreto, onde de um lado há o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais e, de outro, o princípio da transparência que rege as atividades do Poder Público. Porém, de qualquer forma, devem ser adotadas medidas de segurança.

É por isso, que poderá ocorrer uma eventual criminalização se ficar configurado a violação ao direito fundamental de proteção de dados, seja responsabilidade civil de particulares ou mesmo do Estado. E assim, se um servidor público infringir a LGPD também é passível de responsabilização administrativa pessoal e autônoma (artigo 28 do Decreto Lei nº 4.657/1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Ao Poder Judiciário é que incumbe perquirir o cumprimento dos deveres de proteção, mesmo que já tendo reconhecido este direito fundamental antes mesmo de sua formalização.

As peculiaridades do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público levam em consideração o fato de que há uma assimetria de poder quando este é um dos atores da relação, isso porque o Estado quando utiliza os dados acaba por usá-los como base para suas decisões

para prestação de serviços, estratégias e planejamento de políticas públicas que nem sempre serão favoráveis a esses indivíduos titulares dos dados. Isso pode gerar tensão quando não há transparência suficiente, e por não haver o consentimento.

É justamente o consentimento, o direito de ser informado sobre o tratamento de dados pela Administração Pública que o artigo 7º, III e IV e §1º aborda esta importante questão, e mais precisamente no artigo 7º, § 3º é que se prevê que o acesso aos dados esteja de acordo com a finalidade que o motivou.

Interessante notar que Viana (2021) ao se debruçar sobre o tema, relembra que os governos são influenciados pela Recomendação do Conselho da OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, sobre as Estratégias de Governo Digital, que aconselha que utilizem em suas estratégias a transparência, a participação de diversos setores da sociedade, crie um governo moderno diante das novas tecnologias.

No Brasil já são vistas tais práticas como a criação da Secretaria de Governo Digital, vinculado ao Ministério da Economia e o programa Justiça 4.0 do CNJ, onde este último segundo o site *CNJ.jus.br* busca automatizar as atividades dos tribunais, pois

O Programa Justiça 4.0 – Inovação e Efetividade na Realização da Justiça para Todos é desenvolvido em parceria entre o CNJ, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Conselho da Justiça Federal (CJF), com apoio do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT).

Pois bem, corrobora para o que foi exposto quando Viana (2021, p.87) afirma que o Judiciário tem realizado diversas ações neste âmbito, vejamos:

(...) menciona-se o estudo realizado pelo Centro de Direito, Internet e Sociedade, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (CEDIS-IDP) e o Jusbrasil, materializado por meio do “Painel LGPD nos Tribunais”, que analisou uma seleção das decisões judiciais mais relevantes sobre LGPD. Observa-se, a partir dos dados e gráficos apresentados, em termos quantitativos, que 3,6% das decisões analisadas trataram do “Capítulo III – Dos Direitos dos Titulares”. A maior parte, cerca de 49,1%, referem-se ao “Capítulo I – Disposições Preliminares”, sendo a “grande menção aos fundamentos (artigo 2º), conceitos (artigo 5º) e princípios (artigo. 7º).

Não se pode desconsiderar que a proteção já elencada no *Habeas Data*, na Lei de Acesso à Informação e na Lei do Processo Administrativo já existe como meios de proteção em relação ao Poder Público, mesmo que para tanto, a ANPD deve indicar qual o procedimento e o os prazos para efetivação. E a respeito do *Habeas Data*, temos que seu uso se dá no âmbito dos bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, e por ser uma ação judicial, requer a presença de um advogado, o que pode ensejar certa limitação.

Servem também como orientação e interpretação da lei os enunciados do Conselho da Justiça Federal, inclusive um dos que foram aprovados no ano de 2022 foi o de nº 4939 que versa sobre direito digital com a seguinte redação: “A identidade pessoal também encontra proteção no ambiente digital.”

Em se tratando do setor privado, não se pode desconsiderar a questão dos interesses de mercado, pois estes influenciam também no âmbito do tratamento de dados pessoais. Ruaro (2011) aponta que para haver um equilíbrio entre as liberdades individuais e a eficiência administrativa e empresarial, é necessário aceitar que as mudanças nas legislações fizeram com que houvesse uma distribuição e uso do poder diferente do que antes existia.

Além do mais, sobre a eficácia de um direito fundamental nas relações privadas, deve-se avaliar o caso concreto. É o que ensina Sarlet (2019, p. 484):

(...) no direito constitucional brasileiro tem prevalecido a tese de que, em princípio, os direitos fundamentais geram uma eficácia direta *prima facie* na esfera das relações privadas, sem se deixar de reconhecer, todavia, que o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas. Além disso, calha averbar que resulta evidente a existência de uma confluência, portanto, de um diálogo permanente, entre a vinculação dos órgãos estatais, especialmente do Poder Legislativo e do Poder Judiciário (pois é o legislador que, em primeira linha, regula a composição de conflitos na esfera privada e são os órgãos jurisdicionais os que aplicam a lei ou extraem os efeitos das normas de direitos fundamentais), e a vinculação dos particulares.

Dito isto, também é preciso entender que tanto no âmbito privado como no público, há importantes atores no tratamento de dados, que são os *Agentes*. Neste sentido, o Governo Federal disponibiliza o Guia orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Nele é possível saber a definição desses agentes, que são o controlador e o operador de dados pessoais (podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado).

Indo mais além, como dispõe o artigo 41 da LGPD, o controlador de dados é quem deve indicar um encarregado pelo tratamento; já o encarregado é responsável por garantir que a organização pública ou privada esteja em conformidade com a LGPD. Observa-se que ambos partilham obrigações e também responsabilidades, assim como têm a obrigação de reparar se causarem dano patrimonial ou moral (individual ou coletivamente) como define o artigo 42 da lei. Pode acontecer a responsabilidade solidária (artigo 42, § 1º, I) que será excepcional quando o operador não observar as instruções do controlador ou da legislação, já que a regra é que a responsabilidade seja do controlador.

Todas essas situações que são previstas no capítulo de segurança e das boas práticas da LGPD exigem adoção e cumprimento que visam a garantia da integridade e conservação da confidencialidade dos dados, evitando possíveis acidentes e danos. Laura Schertel Mendes (2019) afirma ainda que a proteção de dados consiste na responsabilidade dos agentes, pois é estabelecida na lei como sendo responsabilidade administrativa (artigo 52) ou mesmo responsabilidade civil (artigos 42 a 45).

Além disso, importante frisar que são estabelecidas sanções (artigos 52, 53 e 54), como a suspensão parcial do funcionamento do banco de dados por até seis meses; ou a suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais pelo mesmo período; chegando até a possibilidade de proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

3.2 Competência privativa da União para legislar sobre dados pessoais

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022, a competência para legislar sobre a matéria de proteção e tratamento de dados passou a ser privativa da União, pois acrescentou o inciso XXX ao artigo 22 da CF/88, o que significa que tal atribuição é explicitamente da União, com a exclusão dos demais entes federativos, porém com possibilidade de delegação aos estados mediante lei complementar.

Tal previsão da possibilidade de delegação não é impositivo, o que revela uma faculdade. E além do mais, caso ocorra, a lei complementar não poderá transferir de modo integral a regulação de matéria de competência privativa da União, pois a delegação apenas permite que sejam abrangidas questões específicas. Dessa feita, os efeitos jurídicos de tal previsão passam pela questão dos princípios inerentes ao federalismo (protegidos por cláusula pétrea).

Há quem defenda que a fragmentação em relação competência para legislar poderia causar prejuízos, e por isso, seria correto restringi-la, garantindo assim, uma uniformidade à proteção de dados. Além disso, se cada estado criasse normas específicas, poderia ensejar insegurança jurídica.

Por outro lado, existe a questão da autonomia destes entes, que poderia ficar fragilizadas e houver alguma distinção em relação à competência administrativa e legislativa para verificar a eficácias deste direito fundamental. Além do mais, não se pode esquecer que em caso de conflito federativo, ainda não se sabe qual deverá prevalecer.

Assim, mesmo com as divergências sobre o tema, é preciso reconhecer que são diversas as vantagens da uniformização que a competência privativa da União traz em vez da concorrente, quando se trata de direito fundamental, pois essa fixação de competência traz ao ordenamento jurídico maior segurança jurídica sobre a tutela dos dados pessoais, bem como evitaria conflitos entre normas de entes federativos diferentes.

Um exemplo de conflito pode ser visto no Decreto Estadual nº 49.265/2020 do estado de Pernambuco que entrou em vigor antes da vigência da LGPD. Tal decreto instituiu a Política Estadual de Proteção de Dados Pessoais do Poder Executivo Estadual fixando regras específicas não previstas na LGPD.

Nesse sentido, importa destacar que no modelo adotado de federalismo há uma espécie de compartilhamento de soberania entre a União e os Estados-membros, e que por outro lado, apenas o Estado Federal como um todo é soberano, mostrando que no Brasil há uma tendência centralizadora no que se refere à competência para legislar.

Por isso, no concernente ao sistema de repartição de competências, verifica-se que a CF adotou um sistema complexo e híbrido, que não se encaixa integralmente nos modelos considerados clássicos, o que, aliás, também veio a ocorrer no âmbito da evolução registrada no direito comparado. Nesse contexto, como bem averba Fernanda Dias Menezes de Almeida, a CF estruturou “um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação.” (Sarlet et al, 2019, p. 1194 e 1195)

Conclui-se que a partir do que prevê o princípio da predominância do interesse – princípio este adotado pela Constituição Federal – cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral/nacional, aos Estados cabem as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios os assuntos de interesse local. Isso mostra que o conteúdo da Emenda Constitucional nº 115/2022 acertou ao definir a competência legislativa para União, pois a matéria se encontra como de interesse nacional.

3.3 O papel da ANPD

Ao tratar da proteção jurídica, Bobbio entende que ela é uma forma de controle social pelo poder, pois segundo ele a imposição de mandamentos ou de proibições estão relacionados

a dever e não ao direito em si, já que trata-se de uma relação política entre quem tem o poder de gerar uma obrigação e os que estão submetidos a essas decisões:

(...) a teoria política distingue hoje, substancialmente, duas formas de controle social, a influência e o poder (entendendo-se por "influência" o modo de controle que determina a ação do outro incidindo sobre sua escolha, e por "poder" o modo de controle que determina o comportamento do outro pondo-o na impossibilidade de agir diferentemente) (BOBBIO, 1992, p. 58)

Portanto, fica claro o controle do Estado quando há uma regulação sobre a sociedade, e no caso em questão, no controle sobre os seus próprios órgãos que realizam tratamento de dados pessoais. Laura Schertel Mendes afirma que a depender do processo político de cada país é que se saberá a abrangência das normas e o seu âmbito de aplicação, porém não se pode suceder que apesar das legislações sobre proteção de dados terem sido criadas pelo receio de que Estado tivesse poder sobre eles, também reconheceu-se que no setor privado estavam presentes, já que o tratamento de dados pode afetar a personalidade do titular gerando riscos ao direito fundamental garantido.

A partir do que já foi apresentado, é justo que se aborde a Lei nº 13.853/2019, que ao alterar a LGPD criou e prevê a atribuição da Autoridade Nacional de Proteção de Dados para “editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade” seguindo o que a LGPD, no artigo 55-J, XIII já previa. Isso porque ao falar de controle do Estado, é esta entidade que melhor cumpre este papel, pois é órgão central de interpretação da Lei de proteção de dados, assim como cabe a ela o estabelecimento de normas e diretrizes para sua implementação (no âmbito administrativo) e no que tange aos casos omissos (art. 55-J, XX).

O Governo Federal, por meio do *Guia Orientativo Para o Poder Público* disponibilizado em 2022 discorre sobre as atividades que a ANPD pode fazer em relação ao Poder Público, incluindo a solicitação de informações da natureza dos dados tratados, e a realização de auditorias. Por isto, caso haja algum descumprimento das regras, pode ensejar em sanções como aplicação de multas como se depreende da leitura a seguir:

Art. 55-J. Compete à ANPD:

[...]

IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;

[...]

XX - deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta Lei, as suas competências e os casos omissos;
Art. 55-K. A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, e suas competências prevalecerão, no que se

refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública.

Parágrafo único. A ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação. (BRASIL, 2018, art. 55-J, incisos IV e XX, e parágrafo único)

Importante citar aqui que em outubro de 2022, a então Medida Provisória nº 1.124/2022, foi convertida na Lei nº 14.460/2022 que transforma a Autoridade Nacional de Proteção de Dados em autarquia de natureza especial, modificando assim a natureza jurídica da Autoridade prevista na LGPD (art. 55-A). A mesma foi promulgada sem passar pela sanção presidencial, tendo sido aprovada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

4 CONTEXTO HISTÓRICO DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DE DADOS PESSOAIS

Bobbio (1992) ensina que com as mudanças históricas, os direitos foram se aperfeiçoando, o que denota que estes podem até mesmo entrar em choque com outro de acordo com o contexto, e isto fica evidente a partir das positivações de direitos até chegarem a englobar os direitos sociais (p. 137). Em sua obra “A Era dos direitos”, o autor aborda como a Revolução Francesa influenciou diretamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, visto que a partir daí foi possível criar um novo tipo de vivência/modelo social, se mostrando atual para criação de outras normas.

Além da Revolução Francesa, a Declaração acima citada também influenciou a Declaração Universal dos Direitos dos Homens aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, já que nela se prevê que os titulares de direitos possam exigir o respeito aos direitos fundamentais contra o seu próprio país. Deste modo, ao longo dos anos e com inovação tecnológica, outros direitos foram sendo considerados alvo de máxima proteção, como a ideia de consciência, de opinião, e é claro, a de privacidade.

Leonardo Quintiliano (2022) ao pesquisar a respeito do contexto da Lei Geral de Proteção de Dados constatou que o direito à proteção dos dados já era previsto de modo implícito no artigo 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948: *“Artigo 12.º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.”*

Assim, se depreende que essas Declarações serviram de base para outros marcos, como por exemplo, o Pacto San Jose da Costa Rica, que em seu artigo 11 que trata da Proteção da Honra e da Dignidade, consta que: *“2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”*

Já em relação às normas de proteção de dados no Brasil, esta já vem sendo construída desde a Constituição de 1891: *“Art. 72 – (...) § 18. É inviolável o sigillo da correspondencia.”* Na Constituição de 1934 é encontrada a mesma previsão: *“Art. 113 – (...) 8) É inviolável o sigilo da correspondência.”* Na Constituição de 1946 também se repete o texto das duas anteriores: *“Art. 141 – (...) §6º – É inviolável o sigilo da correspondência.”* Já na Constituição de 1967, houve o acréscimo à proteção das comunicações por telefone: *“Art.*

150 – (...)§ 9º – São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.”

Por fim, na Constituição de 1988, temos no art. “5º – (...)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; (...)XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”.

No plano infraconstitucional, como bem aborda Laura Schertel Mendes (2019) a primeira lei que tratou da privacidade e da proteção de dados pessoais no Brasil foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), cujo artigo 43 prevê que é possível existir cadastros de consumidores, porém, garantindo a proteção da privacidade bem como o direito de acesso, baseando-se no princípio da transparência. Vejamos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. [...] (Brasil, 1990, art. 43, §§ 1º a 4º)

Outras normas de igual importância são: o Código Civil de 2002, a Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), a Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).

Foi neste contexto, assevera Bioni (2021), que nasceu a criação da lei de proteção de dados no Brasil, uma vez que outros países especialmente a União Europeia e os países-membros do Mercosul (como a Argentina), foram criando legislações neste âmbito no meado dos anos 2000, e também para que pudesse se adequar às exigências de celebração de tratados internacionais e acordos de cooperação.

Indo mais além, uma possível compreensão do significado de direitos fundamentais está na avaliação das dimensões (ou gerações) ou seja, na evolução histórica e trajetória social dos

direitos. Sobre as 3 primeiras gerações há consenso, onde a primeira visa promover o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei; já a segunda se refere ao Estado Social e os direitos econômicos, sociais e culturais; e a terceira busca o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida. Sobre as outras gerações, não há um consenso entre os estudiosos do tema, e, especificamente sobre o direito aqui em discussão, que está vinculado à 5ª geração, temos o seguinte entendimento:

Ao passo que para José Alcebíades de Oliveira Júnior e Antonio Wolkmer tal dimensão trata dos direitos vinculados aos desafios da sociedade tecnológica e da informação, do ciberespaço, da Internet e da realidade virtual em geral, para José Adércio Sampaio a quinta dimensão abarca o dever de cuidado, amor e respeito para com todas as formas de vida, bem como direitos de defesa contra as formas de dominação biofísica geradoras de toda sorte de preconceito. (Sarlet et al, 2019, p. 409)

Embora seja possível utilizar o entendimento dessas teorias, fica claro que por ser o tema tão complexo e produto das transformações sociais, acaba por revelar que os direitos fundamentais não precisam ter fundamentos absolutos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediados pelos fins tangíveis deste trabalho de conclusão de curso, o foco se deu sobre alguns aspectos que foram considerados indispensáveis para analisar a importância da Emenda Constitucional nº 115/2022, dotado de um contexto complexo. Traçar uma sólida conclusão se configura uma tarefa árdua, já que o processo de efetividade da mesma segue em curso, contudo, de tudo exposto, é possível tirar algumas conclusões, que serão a seguir apresentadas.

Tendo em vista os argumentos apresentados, restou evidente que o tema aqui sob análise é de suma relevância tanto do ponto de vista constitucional e legal, como social. Isto porque, como visto, a LGPD e a Emenda Constitucional revelam que seus princípios orientam as regras gerais de aplicabilidade.

A partir de Bobbio (1992) – importante escritor e filósofo político – fica explícito que apesar da necessidade de conhecer a natureza dos direitos, mais importante ainda é saber o modo seguro de garantir que não haja violação. Assim, foi feita a análise da LGPD, desde quando ainda se tratava de projeto de lei, e posteriormente já sancionada em 2018, em relação a seus aspectos mais relevantes, incluindo as garantias previstas e como se dá sua fiscalização, foi possível concluir que a ANPD tem papel fundamental nesse aspecto, inclusive, seguindo o art. 55-J, § 3º da LGPD que estabelece que a articulação da Agência com outros órgãos públicos visa justamente assegurar o cumprimento de suas atribuições com maior eficiência.

Posteriormente, foi possível realizar uma comparação entre pontos de vistas de juristas que defendem e os que não defendem a transformação de proteção de dados pessoais em um direito fundamental, onde os primeiros apresentam como base para tal ponto o fato de que o direito pretendido já é garantido pelo ordenamento jurídico nacional. Em se tratando dos que defendem, estes entendem que é gerada uma maior carga valorativa na sua pretensão.

Assim, aqui coube promover considerações sobre a proteção de dados pessoais e como passou a fazer parte do importante rol de direito fundamental na Constituição Federal de 1988. O ponto chave dessa etapa foi realizado considerando que não se trata de uma tarefa fácil, pois de maneira geral, quando se lida com noções básicas relacionadas aos direitos fundamentais trabalha-se com a ideia de individualidade e como isto deve ser assegurado pelo aparato do Estado, como bem propõem as teorias de grandes nomes como o de Norberto Bobbio e Ingo Wolfgang Sarlet, onde este último ensina que em relação aos dados pessoais, a proteção deve se dar pelo pelos órgãos regulatórios e pelo Poder Judiciário, pois não se pode desconsiderar que há um desequilíbrio entre as partes envolvidas, tanto economicamente como social e político.

Para além disso, também se aplicou ao presente trabalho analisar as considerações a respeito do contexto histórico de como se deu a positivação formal de direitos sociais, onde se partiu da Obra de Norberto Bobbio “A Era dos Direitos”, especialmente na Declaração dos Direitos do Homem que influenciou na criação de outras normas. No âmbito nacional foram vistas as Constituições que já previam (mesmo que implicitamente) certas proteções sobre dados pessoais, passando pelas legislações infraconstitucionais, até chegar na LGPD, e na EC nº 115/2022.

Por todos esses aspectos históricos conclui-se que é determinante verificar a influência das mudanças sociais, que determinará a formalização, inclusão ou ampliação no sistema de normas, visto que a função principal não é a de proteger os dados, mas, sim a pessoa que é titular desses dados. Por isso, apesar de ser essencial certas obrigações nos tratamentos de dados, também a participação dos titulares e de toda população opinando sobre soluções alternativas capazes de evitar grande número de judicialização, torna a proteção ainda mais ampla.

Por último, ao mesmo tempo em que foram apresentadas as formas de controle pelo Estado, evidenciando que quando se trata de direitos há uma consequente submissão na relação de poder, por outro lado, ao analisar o papel exercido pela ANPD verificou-se que a criação e estruturação dessa Autoridade Nacional de Proteção de Dados (arts. 55-A – 55-L) serve como um dos meios de proteção mais eficientes.

Deste modo, em se tratando de um direito fundamental autônomo, a sua aplicação jurídica sempre deverá ser baseada de modo sistemático e buscando a sua máxima efetividade mesmo que diante de mudanças sociais. Desta maneira, acaba se tornando parâmetro de controle de constitucionalidade para a análise do exercício diante de conflito entre princípios constitucionais, além de usar o método de ponderação entre esses princípios em decisões do STF.

Em resumo, o poder público deve se adequar aos desafios da atualidade especialmente a evolução da tecnologia, para garantir aos indivíduos o controle de seus dados pessoais por meio de suas normas, para que estas não fiquem obsoletas e inócuas.

REFERÊNCIAS

LIVROS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados [livro eletrônico]: contexto, narrativas e elementos fundantes**. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** - 8ª Edição 2019. Editora Saraiva.

ARTIGOS

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro; ARQUITE, Higor Roberto Leite; CAMARGO, Juliana Moreira. **Proteção dos dados pessoais como direito fundamental: a evolução da tecnologia da informação e a Lei geral de proteção de dados no Brasil**. 2020. Disponível em <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/4212>. Acesso em: 08 ago. 2022.

ÂNGELO MONTOLLI, C. Segurança da informação e da transparência e a proteção de dados na Administração Pública: LGPD, acesso à informação e os incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no âmbito do estado de minas gerais. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, [S. l.], v. 3, n. 3, 2020. DOI: 10.46818/pge.v3i3.176. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/176>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BLUM, Renato Opice; LÓPEZ, Nuria. Lei Geral de Proteção de Dados no setor público: transparência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 171-177, jan./mar. 2020. Acesso em: 5 ago. 2022.

CARVALHO, Joatan Marcos. É possível a proteção de dados pessoais? **Revista LusoBrasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 7, n. 25, p. 259-269, mar. 2017. Acesso em: 08 ago. 2022.

FARIAS, Edilsom. Restrição de direitos fundamentais. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 21, n. 41, p. 67–82, 2000. DOI: 10.5007/%x. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416>. Acesso em: 26 dez. 2022.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 31 jul. 2022.

FURLAN DI BIASE, N.; FORTES AGUILERA, D. Dificuldades interpretativas no regime de tratamento de dados pelo poder público: lacunas, contradições e atecnias da LGPD. Acesso em 01 ago. 2022. **REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ**, [S. l.], v. 4, n. 2, 2021. DOI:

10.46818/pge.v4i2.238. Disponível em:

<http://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/238>. Acesso em: 22 out. 2022

MAIOR, A. S.; ESPINHEIRA, A.; AKAMINE, A.; SOUTO, G. A.; MORAES, T.; FARRANHA, A. C. O consentimento na proteção de dados pessoais: análise do PL 4060/2012 e sua conjuntura legislativa. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], n. 14, p. 250–266, 2018. Disponível em:

<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/16573>. Acesso em: 31 jul. 2022.

MELLO, A. P. .; MIRAMONTES, G. C. . LGPD: agentes De Tratamento, Resposável E ANPD. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 73–80, 2022. Disponível em:

<https://www.fadi.br/revista/index.php/cadernosjuridicos/article/view/88>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MENDES, Laura Schertel. A lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. Caderno Especial LGPD. p. 35-56. São Paulo, 2019, **Revista dos Tribunais: edição especial LGPD**. Disponível em:

2019_caderno_especial_LGPD_RT20200414-10014-sx07m7.pdf. Acesso em 22 out. 2022.

PAIVA, Thairone de Sousa. **Colisão de direitos fundamentais: a proteção dos dados pessoais e a proteção à saúde e bem-estar por aplicativos de monitoramento via geolocalização**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em:

<https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/46046/1/TCC%20Thairone%20Finalizado.pdf>. Acesso em 28 dez. 2022.

RIHL, Rubens A autoridade nacional de proteção de dados: evolução legislativa, composição e atuação. **Cadernos jurídicos**, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 117-127, jan./mar. 2020. Acesso em: 22 out. 2022.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro; FINGER, Brunize. O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PRIVACIDADE. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 53, jun. 2011. ISSN 2236-7284. Disponível em:

<<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30768>>. Acesso em: 22 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988 in **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Ano I, Volume I, Número I, Abril de 2001. Acesso em: 22 out. 2022.

SARLET, I. W. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: Contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 14, n. 42, p. 179–218, 2020. DOI: 10.30899/dfj.v14i42.875. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875>. Acesso em: 30 jul. 2022.

SCHREIBER, Anderson. PEC 17/19: Uma Análise Crítica. Disponível em:

<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/734618692/pec-17-19-uma-analise-critica>. Acesso em 19 out. 2022.

TASSO, Fernando. A. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In: **Cadernos Jurídicos**:

Direito Digital e proteção de dados pessoais. Ano 21, nº 53. São Paulo: 2020. Cap. II, p. 113. Acesso em 28 dez. 2022

VIANNA, Renata Seix. **A LGPD no Poder Judiciário: a implementação das medidas referentes ao exercício do direito dos titulares previstas na resolução CNJ n. 363/2021 nos tribunais.** 2021. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2021. Acesso em 28 dez. 2022

LEGISLAÇÕES

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2022.

_____. Lei 8.078/1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 01 ago. 2022.

_____. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 ago 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 01 ago. 2022.

_____. Proposta de emenda à Constituição nº 17 de 2019. Disponível em: <https://25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 19 out. 2022.

_____. Relatório legislativa da Proposta de emenda à Constituição nº 17 de 2019. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956536&ts=1647518557553&disposition=inline>. Acesso em: 21 out. 2022.

_____. Lei nº 14.460/2022. Transforma a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em autarquia de natureza especial e transforma cargos comissionados; altera as Leis nºs 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), e 13.844, de 18 de junho de 2019; e revoga dispositivos da Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14460.htm. Acesso em 29 out. 2022.

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Medida cautelar na ação direta de constitucionalidade nº 6387. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Referendo. Medida provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o instituto brasileiro de geografia e estatística. Fumus boni juris. Periculum in mora. Deferimento. Tribunal pleno. Requerente: conselho federal da ordem dos advogados do Brasil - CFOAB. Intimados: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 07/05/2020. STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436273/false>. Acesso em 31 out. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Embargos de Declaração no Recurso Especial 1630659/DF. Embargos de declaração. Recurso especial. Direito do consumidor. Bancos de dados. Proteção ao crédito. Privacidade e intimidade. Autodeterminação informativa. Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Princípio da máxima efetividade. Obrigação de não fazer. Anotações. Cartórios de protesto. Termo inicial do prazo. Art. 43, § 1º, do CDC. Data do vencimento da dívida. Modulação dos efeitos. Art. 927, § 3º, do CPC/15. PRINCÍPIO. Proteção da confiança legítima. Regime de transição. Art. 23 da LINDB. Ônus e prejuízos anormais ou excessivos. Terceira Turma. Embargante: Serasa S.A. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Data de julgamento: 27/11/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201602636727. Acesso em 31 out. 2022.

NOTÍCIAS

Classificação dos Dados. **Ministério da Cidadania**, 2021. Disponível: em <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/aceso-a-informacao/lgpd/classificacao-dos-dados>. Acesso em 05 ago. 2022.

GUIA orientativo para tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. Brasília/DF, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em 18 out. 2022.

GUIA orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado. Brasília/DF, 2021. Disponível em: https://gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf. Acesso em: 18 out. 2022.

JÚNIOR, Edgard. “Nações Unidas adotam resolução sobre privacidade na era digital”. **ONU News**. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2014/11/1493801>. Acesso em 31 jul. 2022.

QUINTILIANO, Leonardo. Contexto histórico e finalidade da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **IAPD - Instituto Avançado de Proteção de Dados**. Disponível em: <https://iapd.org.br/contexto-historico-e-finalidade-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd/>. Acesso em 23 out. 2022.