

## INTRODUÇÃO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

### INTRODUCTION TO THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA IN BRAZIL

Lucas Gonçalves da Silva\*

Reginaldo Felix Nascimento\*\*

Camilla Ellen Aragão Costa\*\*\*

#### RESUMO

O trabalho intitulado *Introdução à constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais no Brasil* aborda o processo histórico-evolutivo de elevação constitucional do direito de proteção de dados pessoais, analisando suas principais características. Destaca-se o direito à privacidade como um direito indispensável para o sucesso do Estado Democrático de Direito, considerando sua contribuição para a inviolabilidade política do corpo. Além disso, o trabalho emprega uma abordagem jurídico-comparativa, demonstrando a interação entre o sistema latino-americano e o sistema europeu de proteção de dados pessoais. Observa-se que o primeiro representa um marco importante para a análise da constitucionalização do direito, evidenciando uma forte cultura

---

\* Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi G. d'Annunzio (Itália) e pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1696968535834577>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3441-8654>. E-mail: [lucasgs@uol.com.br](mailto:lucasgs@uol.com.br).

\*\* Advogado. Mestrando em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), com Bolsa CAPES. Pós-graduando (lato sensu) em Direito Internacional com ênfase em Comércio Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3161081479324584>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2364-2826>. E-mail: [felixreginaldo84@gmail.com](mailto:felixreginaldo84@gmail.com).

\*\*\* Advogada. Mestranda em Constitucionalização em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes e militante na área Cível. Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1884392296816573>. E-mail: [aragaocamilla2@gmail.com](mailto:aragaocamilla2@gmail.com).

jurídica de constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais na América Latina, desde o século XX até os dias atuais. As conclusões são derivadas do método hipotético-dedutivo, com enfoque na abordagem temática histórico-evolutiva e comparativa, utilizando recursos bibliográficos e documentais para a estruturação dos conceitos.

**Palavras-chave:** *Habeas data*; Proteção de dados pessoais; RGPD; Constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais; Direitos fundamentais.

### ABSTRACT

The work entitled “Introduction to the constitutionalization of the right to personal data protection in Brazil” addresses the historical-evolutionary process of constitutional elevation of the right to personal data protection, analyzing its main characteristics. The right to privacy stands out as an indispensable right for the success of the democratic rule of law, considering its contribution to the political inviolability of the body. Furthermore, the work employs a legal-comparative approach, demonstrating the interaction between the Latin American system and the European personal data protection system. It is observed that the first represents an important milestone for the analysis of the constitutionalization of law, highlighting a strong legal culture of constitutionalization of the right to the protection of personal data in Latin America, from the 20th century to the present day. The conclusions are derived from the hypothetical-deductive method, focusing on the historical-evolutionary and comparative thematic approach, using bibliographic and documentary resources to structure the concepts.

**Keywords:** *Habeas data*; Protection of personal data; GDPR; Constitutionalization of the right to personal data protection; Fundamental rights.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito à privacidade, nas esferas privada, pública e social, funciona como uma válvula de escape para o sujeito esquivar-se da opressão constantemente presente no ecossistema social. Contudo, à medida que o *mass media* alcançou proporções estratosféricas, seguindo o projeto informacional do século XX e formando modelos mercadológicos próprios e dinâmicos, as legislações dedicaram tardiamente atenção especial à privacidade, destacando-se a proteção de dados pessoais.

No século XXI, como resultado, o direito à proteção de dados, por meio de um processo de constitucionalização do direito, que não é exclusivo do referido período, reconhece a proteção de dados como um direito fundamental autônomo e explícito, não mais como um direito fundamental decorrente do direito à privacidade e implícito. Este último aspecto marcou o direito latino-americano de proteção de dados pessoais no século XX.

Por conseguinte, o presente texto dedica-se a estruturar a constitucionalização da proteção de dados pessoais no Brasil, inserindo-a no contexto latino-americano, a fim de delinear o cenário de formalização jurídica desse direito fundamental. Em uma sociedade da informação, cuja economia correspondente está gradualmente se transformando em um modelo baseado em dados, é urgente debater o tema da constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais. É necessário compreender o estado dos direitos fundamentais em uma formação econômico-social digitalizada que tende a negligenciar direitos e existências.

A constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais apresenta algumas peculiaridades, como a natureza de eficácia limitada da Emenda nº 115/2022 e a possível inconstitucionalidade parcial da referida emenda. A continuidade do processo de publicização da proteção de dados tem a expectativa de ganhar um espaço maior, diante da ineficácia do instituto da autodeterminação informativa, embora seja praticamente certo que não resultará na supressão total da natureza privada da proteção de dados pessoais. Essas conclusões são derivadas de uma metodologia hipotético-dedutiva, com abordagens histórico-evolutivas e comparativas, utilizando recursos bibliográficos e documentais para estruturar as ideias expressas no texto. Por fim, ressalta-se que este trabalho possui uma versão publicada nos Anais do XXX Congresso Nacional do CONPEDI, nomeada

*Constitucionalização da Proteção de Dados Pessoais no Brasil*, sendo este texto uma versão adaptada para a Revista EJEF, vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

## 2. NOÇÕES GERAIS

Devido à intensificação do *mass media* no século XX, o direito à privacidade adquiriu aspectos heterogêneos, expandindo-se para diversos segmentos até os dias atuais. Lucas Gonçalves da Silva, Reginaldo Felix Nascimento e Camilla Ellen Aragão Costa (2023) demonstram as diversas mudanças vivenciadas pelo indivíduo entre os séculos XX e XXI, passando de um sujeito industrial marcado pelo maquinismo social, opaco e ocasional, para o sujeito contemporâneo imerso em uma sociedade extremamente controlada, preditiva e transparente, evidenciando a matriz autoritária da nova configuração social. Nas palavras dos autores mencionados:

O Neoliberalismo Digital produz seres desprovidos de identidade e incapacitados de explorar suas subjetividades. Nesse sentido, a individuação é cada vez mais negligenciada, dando espaço às esteiras fordistas de implementação que a conta-gotas vão domesticando os sujeitos na adesão de comportamentos gerais, tudo pela disponibilização de bens pensada nas estatísticas de consumo e no aumento da preditividade econômica. (Silva; Nascimento; Costa, 2023, p. 1578-1579).

Para ilustrar um dos desdobramentos jurídicos da privacidade na América Latina no século XX, podemos mencionar o surgimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental implícito, decorrente do direito à privacidade e assegurado por remédios constitucionais como o *Habeas Data* e a Ação de Amparo (Carrasquilla, 2012; Silva, 2012; Angarita, 2012).

Nesse contexto, de forma intersubjetiva subjacente, os constituintes declaram, ainda no século XX, que a gestão indevida de dados pessoais serve às arbitrariedades institucionais, de modo que a democratização das sociedades latinas dependeria desses direitos como instrumentos jurídicos importantes. Conforme elucidado por Samuel Sampaio Evangelista (2021, p. 16) “o discurso latino-americano no campo tende a girar em torno do conceito

de *habeas data* em que o significado seria ‘você deve ter os dados’. Este conceito deriva da doutrina do devido processo legal com base no mandado de *habeas corpus*”.

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

Em adição, segundo demonstrado por Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier (2017, p. 229), “intimidade, vida privada, sigilo, dados pessoais, seja qual for o âmbito da expressão humana estudada, entende-se que todos fazem parte da privacidade, sendo, cada um ao seu jeito, essenciais à construção da personalidade do indivíduo [...]”. Na sequência, Nathália Masson (2020) observa que o direito à privacidade abrange os sigilos pessoais (sigilo do domicílio, sigilo de correspondência, sigilo de dados e sigilo das comunicações), o direito à imagem, o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito ao esquecimento e o direito à honra.

Na Europa, a proteção de dados pessoais manifestou-se no art. 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos de 1950. Posteriormente, surgiram a Convenção 108 de Tratamento de Dados Pessoais de 1981, a Diretiva 95/46 da Comissão Europeia e, mais recentemente, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da Europa (RGPD). Nos Estados Unidos, a proteção de dados é materializada por meio das construções jurisprudenciais, apesar da existência da *Privacy Act* de 1974. Nesse contexto, Reginaldo Felix Nascimento (2023, p. 07), ao abordar o sistema latino-americano de proteção de dados pessoais, afirma que:

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

Na América Latina, as primeiras constituições a consagrarem a proteção de dados pessoais foram as constituições do Brasil (1988), da Nicarágua (1987) e da Guatemala (1985). Inspirado nas constituições de Portugal e Espanha, surgiu o direito à proteção de dados como uma subcategoria implícita do direito à privacidade e assegurado pelo *Habeas Data*. Naquele momento, o poder público era questionado acerca do tratamento de dados pessoais, justamente pelo entendimento de que os dados eram ferramentas imprescindíveis na gestão dos corpos e, conseqüentemente, na manutenção do autoritarismo estatal.

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

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

No século XX, é possível observar a proteção de dados em sua forma embrionária. Diante disso, no século XXI, a Proteção de Dados Pessoais ganha destaque frente às novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), em meio a uma economia cada vez mais *dataficada*, com um constante

esvaziamento da vida social para as redes sociais (Couldry, 2022), impulsionado por um capitalismo de vigilância extremamente poderoso (Zuboff, 2018; Zuboff, 2021). Nesse contexto, conforme preceituado pela Associação de Direitos Civis da Argentina (2016, p. 34):

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

Assim, o Regulamento Geral de Proteção de Dados inspirou os ordenamentos latinos na adoção dos padrões europeus de proteção de dados pessoais, o que simbolizou a continuidade da tradição que remonta quando a proteção de dados latina apareceu fundamentada nas constituições de Portugal e da Espanha. No Brasil, a título exemplificativo, tem-se a autodeterminação informativa disposta no art. 2º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que reflete a incorporação das epistemologias jurídicas europeias em matéria de proteção de dados. Nesse sentido, Reginaldo Felix Nascimento (2023, p. 10-11) enfatiza que “[...] não obstante formalmente autônomo em relação ao Sistema Europeu de Proteção de Dados, porque tais direitos surgem primeiramente nas Constituições dos países latinos, é materialmente parecido com o Sistema Europeu”.

Segundo Laura Schertel Ferreira Mendes (2020, p. 14), “o direito à autodeterminação informativa, que garante o poder do indivíduo referente ao fornecimento e utilização dos seus dados pessoais, também age como norma de proteção, ou seja, como direito objetivo no âmbito privado [...]”. Dessa forma, é possível observar o consentimento como uma materialização da autodeterminação informativa, conforme definido no inciso XII do art. 5º da LGPD, que representa a “[...] manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Com efeito, a lei confere ao sujeito titular dos dados

peçoais um protagonismo fundamental e inequívoco na proteção de suas informações, um aspecto que se reflete até no espírito do Marco Civil da Internet no Brasil.

Recentemente, a Emenda Constitucional nº 115/2022 inseriu a proteção de dados pessoais como um direito fundamental de eficácia contida. Esse acontecimento guarda relação com o fenômeno da constitucionalização do direito privado, conforme observado por Eugênio Facchini Neto (2013, p. 35), “esses novos estatutos passam a disciplinar tais temas sob outros enfoques e princípios. Para tentar garantir um mínimo de unidade sistemática, busca-se subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da constituição”.

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

Com o advento da Emenda Constitucional nº 115/2022, a proteção de dados pessoais foi inserida no rol de direitos fundamentais do art. 5º da CRFB/88. Assim, antes um direito declarado de maneira intersubjetiva-subjacente, decorrente do direito à privacidade e garantido pelo remédio constitucional *Habeas Data*, passa a constar expressamente no texto constitucional.

À vista disso, a constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais, pela elevação do direito para um patamar constitucional uníssono, garantiu que tal direito vinculasse o Estado, as empresas e os cidadãos na busca de sua realização. Essa repercussão encontra acolhimento no constitucionalismo digital, que, como bem descrito por Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes (2020, p. 04-05), foi denominado:

[...] nos estudos iniciais sobre o tema para se referir a um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia de limitação do poder político estatal. Em trabalhos mais recentes, porém, a terminologia passou a ser utilizada como um guarda-chuva que abrange as mais diversas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, voltadas à afirmação de direitos fundamentais na internet. Nesse último sentido, portanto, seria possível estabelecer uma relação de equivalência entre a ideia de “constitucionalismo digital” e a noção de “declarações de direitos fundamentais na internet (Internet Bill of Rights)”.

Outrossim, conforme mencionado por Eugênio Facchini Neto (2013, p. 26), trata-se da “[...] repersonalização do direito civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções”. Na sequência, com a intensificação dos fluxos de dados como instrumentos de uma economia cada vez mais *dataficada* em camadas estratosféricas, a necessária limitação entre as relações de poder e os sujeitos, buscada pelo direito à privacidade, merece a devida consagração no plano constitucional. Segundo, Eugênio Facchini Neto (2013, p. 29):

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

Com isso, saindo das discussões sobre se o direito à proteção de dados era um direito fundamental implícito ou não, as quais de certa forma colocavam o referido direito em uma condição de protecionismo inconsistente, a manifestação do direito à proteção de dados dava-se de forma infraconstitucional. Após a Constituição de 1988, observou-se o surgimento da Lei n° 9.507, de 12 de novembro de 1997, que dispõe sobre o direito de acesso à informação e o rito processual do *Habeas Data*.

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

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

Alguns institutos e seus direitos constitucionais correlatos gravitavam em torno da relação entre informação e privacidade, como é o caso dos direitos da personalidade e dos direitos contratuais, dispostos no Código Civil de 2002 e, no que diz respeito às relações de consumo, no Código do Consumidor. As normas mencionadas nunca se colocaram como o centro da proteção de dados, mas, de certa forma, continham disposições que poderiam orientar algumas situações.

Na trajetória do Direito à Proteção de Dados no Brasil, é preciso destacar o pronunciamento da Ministra Rosa Weber que, liminarmente, em 07 de maio de 2020, afirmou a proteção de dados pessoais como um direito fundamental implícito, encerrando a controvérsia que pairava sobre a natureza fundamental ou não do direito em questão.

Logo após, surge a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, estabelecendo a proteção dos dados pessoais, com base no princípio da autodeterminação informativa, e, portanto, entre tantas outras bases legais, utilizando o consentimento informado como meio de proteger os direitos da personalidade, o que coloca os indivíduos como protagonistas responsáveis pela proteção de seus dados pessoais.

Como anunciado anteriormente neste texto, no ano de 2022, a Emenda Constitucional nº 115 elevou o direito à proteção de dados pessoais ao *status* de direito fundamental autônomo, reforçando-o, ainda que de forma limitada, devido à natureza de eficácia contida da norma constitucionalizada. Assim, percebe-se o surgimento do comprometimento com o supra princípio da dignidade da pessoa humana nas relações *datafizadas*, levando o direito a compreender que o corpo, mesmo digitalizado, deve ser o centro de proteção jurídica. Conforme mencionado por José Américo Martins da Costa (2018, p. 76):

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

Assim, rejeita-se o exercício patrimonialista que as *big techs* pretendem impor sobre os indivíduos, através da dataficação e objetificação da vida humana, com o objetivo de exercer um domínio mercadológico sobre eles, por meio da monetização de dados pessoais. Tal ocorrência lembra bastante as noções de “trabalhador-mercadoria” de Karl Marx (2004), porém dentro da perspectiva de uma economia que não explora mais os corpos através da força de trabalho humana, mas sim as consciências através da extração de dados (Couldry; Mejias, 2019a; Couldry; Mejias, 2019b; Couldry, 2022; Magalhães; Couldry, 2020; Han, 2022).

Entretanto, uma ressalva merece atenção em relação à constitucionalização da proteção de dados pessoais, especialmente em relação ao caráter de materialização em norma contida. Isso certamente coloca o direito à proteção de dados pessoais à mercê da vontade do legislador, que nem sempre representa os interesses da população, devido às várias crises relacionadas ao modelo representativo de democracia, especialmente pelos problemas causados pelo *lobby* das plataformas digitais. Conforme a explicação de Leonardo David Quintiliano (2022, n.p.):

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

O apontamento de Leonardo David Quintiliano (2022) sobre a constitucionalização da proteção de dados pessoais no Brasil é perspicaz e abre espaço, inclusive, para considerar uma possível inconstitucionalidade parcial. Em outras palavras, ao considerar que o inciso LXXIX, art. 5º, da CRFB/88 afirma que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 2022), ele introduz um dispositivo constitucional que dá à lei o poder de restringir um direito fundamental que anteriormente era implicitamente garantido de forma mais ampla e que, antes da aprovação da Emenda nº 115/2022, tinha o *status* de cláusula pétrea conforme o inciso IV do § 4º do art. 60 da CRFB/88.

Outra crítica em relação à constitucionalização da proteção de dados no Brasil está relacionada ao apoio aos discursos tradicionais sobre o modelo prolixo da constituição. Apesar das críticas feitas por Leonardo David Quintiliano (2022), que desmistificam a ideia de que a constitucionalização da proteção de dados pessoais tem o poder de acabar com a violação generalizada e sistemática do direito à privacidade, a proteção de dados é um obstáculo para a economia neoliberal, assim como a proteção do trabalhador foi (e é). Ou seja, a proteção de dados pessoais merece constar na leitura constitucional como mais uma tentativa de impedir arbitrariedades, embora apresente problemas jurídicos significativos do ponto de vista da compatibilização material.

Como afirmado, visando fortalecer a proteção de dados diante da violação sistemática e generalizada do direito à privacidade, há uma demanda por impor maior responsabilidade aos provedores das plataformas digitais, especialmente pela ineficácia do consentimento devido às limitações cognitivas do usuário. Nesse ínterim, “[...] a Lei Geral de Proteção de Dados foi criada para barrar uma economia digital indevida e, ao mesmo tempo, permitir que tal economia digital indevida exista caso o titular do dado consinta com a coleta de dados cruciais que fomentam o capitalismo de vigilância” (Silva; Nascimento, 2023, p. 4798).

Em um brilhante estudo sobre as limitações do consentimento, Laura Schertel Mendes e Gabriel C. Soares da Fonseca (2020) demonstram a necessidade e a possibilidade de uma proteção de dados que vá além do

consentimento, com tecnologias concebidas para evitar a violação de dados pessoais.

Contribuições, como as apresentadas por Laura Schertel Mendes e Gabriel C. Soares da Fonseca (2020), demonstram que o foco excessivo na autodeterminação informativa e, conseqüentemente, no consentimento, é ineficaz para proteger os sujeitos contra violações de direitos e pode *revitimizar* os sujeitos, pois estes não são os responsáveis pelas violações.

Em outras palavras, fica evidente que a ênfase da lei no sujeito, como responsável pela proteção de seus dados pessoais, também pode facilitar sua própria violação, devido ao grande interesse social em acessar serviços que condicionam a concessão de dados pessoais pelo usuário, como os serviços oferecidos pelas gigantes da internet. Assim, vale mencionar um trecho interessante do brilhante texto de Laura Schertel Mendes e Gabriel C. Soares da Fonseca (2020, p. 509):

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

À luz disso, torna-se evidente que promover uma economia ética no setor privado, em detrimento de uma economia voltada apenas ao lucro, parece utópico. Além disso, as experiências históricas de um capitalismo ético, em contraposição ao capitalismo baseado no interesse próprio, resultam em frustrações teóricas românticas. Em outras palavras, resolver os excessos do poder econômico certamente exigirá uma vanguarda de publicização do direito à proteção de dados pessoais. No entanto, apesar das previsões delineadas, a publicização do direito à proteção de dados pessoais não implicará necessariamente em uma total publicização. Isso porque, como afirmado por Eugênio Facchini Neto (2013, p. 39):

Apesar do ocaso das grandes dicotomias, da inexistência de fronteiras rígidas entre o público e o privado, dos fenômenos contrapostos da publicização do direito privado e da privatização do direito público, assim como do movimento em direção à constitucionalização do direito privado, percebe-se que ainda persiste

o espaço próprio do direito privado, que não restou absorvido pelo direito constitucional.

Por fim, apesar dos avanços na constitucionalização da proteção de dados pessoais, diversos desafios ainda cercam a efetivação desse direito. De fato, se os direitos se concretizassem apenas com sua inclusão na constituição, a sociedade enfrentaria poucos dilemas. Nesse sentido, é crucial que a proteção de dados esteja prevista na constituição, porém é necessário um esforço ainda maior para que, enquanto direito fundamental autônomo e expresso, possa verdadeiramente satisfazer as demandas da sociedade. Afinal, como destacou de forma ilustrativa André Luiz Costa Corrêa (2005, p. 169):

“[...] a constitucionalização dos ramos do direito é decorrente, também, da necessidade de se impor um maior respeito hierárquico às fontes do direito e da eleição de uma via praticável para se evitar o risco de degeneração do Estado democrático de direito”.

Entender a constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais como solução para a satisfação da proteção de dados pessoais chega a ser irrisório, considerando que, ao fazê-lo, afirma-se implicitamente que a natureza internacional dessas violações será resolvida por normas nacionais. Não se trata apenas da possibilidade de surgirem conflitos internacionais envolvendo agentes de diferentes nações, decorrente do encurtamento do mundo no ciberespaço, mas também porque qualquer conexão nas redes sociais está integrada a uma rede global interativa, independentemente de a relação ocorrer entre nacionais - a ideologia da internet sempre pregou a inexistência de fronteiras. Essa é uma questão destacada pelo Ministro Gilmar Mendes e por Victor Oliveira Fernandes (2020, p. 20), ao afirmarem que:

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

Qualquer questão na internet transcende a circunscrição constitucional, em maior ou menor grau dependendo do caso. É um controle míope sobre o descontrole. É como prometer proteger apenas um grão de arroz de cair do pote, quando um saco inteiro está aberto. Isso não vai evitar a queda dos outros grãos indesejados. Promessas não materializam direitos.

Segundo Lucas Gonçalves da Silva e Reginaldo Felix Nascimento (2023, p. 793), “a dissolução dos limites geográficos impôs desafios de regulação aos Estados que, por uma realidade jurídica própria dos elementos constitutivos da sua formação, tem efeitos jurídicos restritos aos seus limites territoriais”. Com base nas observações do Min. Gilmar Mendes e de Victor Oliveira Fernandes (2020), é necessário questionar se a publicização da proteção de dados é o caminho ideal para lidar com os excessos das relações econômicas de poder ou se acaba gerando mais paradoxos de proteção, como o desafio de territorializar a internet. É evidente que, diante da magnitude do problema gerado pelas gigantes da internet, a ideia de uma colaboração do setor privado parece um tanto quanto utópica, dada a economia amplamente proposta para a sociedade.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inspirados nas Constituições de Portugal e da Espanha, o direito à proteção de dados pessoais surge na América Latina por intermédio de um processo de constitucionalização do direito, diante da necessidade de redemocratizar os países latino-americanos no século XX. Nesse momento, compreendeu-se que o manuseio indevido de dados pessoais servia para manter as arbitrariedades do poder.

Antes das referidas constituições europeias, o direito à proteção de dados pessoais, em nível supranacional, fez-se presente no art. 8º do Convênio Europeu de direitos Humanos de 1950. Posteriormente, ganhou maior forma com a Convenção nº 108 de Proteção de Dados Pessoais da Europa, com a Diretiva nº 45/96 da União Europeia e com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), até que a supranacionalidade da proteção de dados pessoais fosse expressão máxima da cultura jurídica europeia.

Na América Latina, a constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais ocorreu por meio das constituições do Brasil, Guatemala e Nicarágua, num momento em que a esfera pública era instada a responder pelo tratamento indevido de dados pessoais. Em um momento posterior, as constituições do Paraguai e da Colômbia inseriram a proteção de dados pessoais, questionando a esfera privada sobre o tratamento.

A Colômbia teve uma contribuição significativa na constitucionalização desse direito, pois foi a primeira constituição a mencionar o termo “tratamento de dados pessoais”. Todas as constituições latino-americanas mencionaram a proteção de dados no século XX. Nesse contexto, o direito à proteção de dados pessoais emergiu como direito implícito ao direito à privacidade, em decorrência dos remédios constitucionais como o *Habeas Data* ou a Ação de Amparo. No século XXI, a sociedade da informação apresenta um cenário de economia *dataficada*, em que a coleta de dados pessoais é utilizada como motor do capitalismo para atender mais eficientemente às demandas de mercado. Como resultado, o direito à privacidade adquire novas dimensões, em função das demandas sociais.

Com isso, a constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais, posicionando-o como direito autônomo e expresso, coloca o sujeito como centro de proteção no ordenamento jurídico, afastando o tratamento patrimonialista dado pelas *Big Techs* sobre os corpos. Dessa forma, a constitucionalização da proteção de dados pessoais está alinhada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ANGARITA, Nelson Remolina. Aproximación Constitucional de la Protección de Datos Personales en Latinoamérica. *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, Bogotá, n. 1, jul./dez. 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Planalto, 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 04 ago. 2022.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 213-239, ago. 2017.

CARRASQUILLA, Lorenzo Villegas. Protección de datos personales em América Latina: retención y tratamiento de datos personales en el mundo de Internet. In: BERTONI, Eduardo (ed.). *Hacia una Internet libre de censura: propuestas para América Latina*. Buenos Aires: Universidade de Palermo, 2012. p. 125-164.

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

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

COSTA, José Américo Martins da. *Releitura constitucional no conflito entre os direitos fundamentais na proteção conferida à privacidade e o acesso à informação*. Orientador: Rui Guerra da Fonseca. 2018. 223 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

COULDRY, N.; MEJIAS, U. A. Colonialismo de datos: repensando la relación de los datos masivos con el sujeto contemporáneo. *Virtualis*, [S.l.], v. 10, n. 18, p. 78-97, 20 maio 2019a. Disponível em: <http://www.revistavirtualis.mx/index.php/virtualis/article/view/289>. Acesso em: 11 jun. 2022.

COULDRY, N.; MEJIAS, U. A. *The costs of connection: how data is colonizing human life and appropriating it for capitalism*. Stanford: Stanford University Press, 2019b.

COULDRY, Nick. Colonialismo de dados e esvaziamento da vida social antes e pós pandemia de covid-19. *Homo Digitalis: a escalada da algoritimização da vida*, 2022.

EVANGELISTA, Samuel Sampaio. *Constitucionalismo digital: uma análise sobre o Estado e o direito fundamental da proteção de dados*. Orientador: Gustavo Gramaxo Rozeira. 2021. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público e Ciências Jurídico-Publicísticas) - Universidade Lusófona do Porto, Porto, 2021.

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

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

HAN, Byung-Chul. *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. 1. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2022.

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

MAGALHÃES, João; COULDRY, Nick. Gigantes da tecnologia estão usando esta crise para colonizar o Estado. *Jacobin*, [S.l.], 16 maio 2020. Disponível em: <https://jacobin.com.br/2020/05/gigantes-da-tecnologia-estao-usando-esta-crise-paracolizar-o-estado>. Acesso em: 18 de abril de 2024.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020.

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

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

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

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

NETO, Eugênio Facchini. A constitucionalização do direito privado. *Iurisprudência*, Juína, v. 2, n. 3, p. 9-46, jan.-jun./2013.

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

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

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

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

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Reginaldo Felix. A virtualização do discurso político na democracia brasileira. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, São José dos Pinhais, v. 16, n. 6, p. 4782-4802, 2023.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Reginaldo Felix. Direito Internacional da Economia Digital: relações contratuais na internet e proteção jurídica do consumidor. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, Curitiba, v. 4, n. 42, p. 789-803, 2024.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Reginaldo Felix; COSTA, Camilla Ellen Aragão. Tributação e Novas Tecnologias. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Lisboa, ano 9, n. 5, p. 1573-1602, 2023.

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância*. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Capitalismo de Vigilância e Perspectivas para uma Civilização de Informação. In: BRUNO, Fernanda *et al.* (org.). *Tecnopolíticas da Vigilância: perspectiva da margem*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 17-68.