

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
(INFORMATIZADOS) ENQUANTO DIREITO
FUNDAMENTAL AUTÔNOMO**

JOSÉ EDILSON DA CUNHA FONTENELLE NETO

Itajaí-SC, janeiro de 2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
(INFORMATIZADOS) ENQUANTO DIREITO
FUNDAMENTAL AUTÔNOMO**

JOSÉ EDILSON DA CUNHA FONTENELLE NETO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Dr. Clovis Demarchi
Coorientadora: Professora Dra. Alessandra Aparecida Souza Silveira

Itajaí-SC, janeiro de 2019

AGRADECIMENTOS

Acredito que se tivesse que, de fato, nominar todos que devo esta trajetória que me trouxe até o curso que, felizmente, culminou no presente trabalho, certamente os agradecimentos superariam o volume do conteúdo estudado, sendo assim, peço escusas por não enumerar todos que aqui merecem um lugar.

Agradeço inicialmente, e não poderia ser diferente, à minha mãe, **Raquel Kassianne Borges Fontenelle Baumer**, exemplo de força e perseverança, por todo o amor incondicional que sempre recebi, pela dedicação incansável, por todas as abdições feitas em meu nome e por todos os ensinamentos. Obrigado Mãe!

Agradeço ao meu pai, **Luis Mário Baumer**, pessoa que mais acredita no meu potencial, agradeço principalmente pela amizade, pelo amor e pelos exemplos de honestidade, hombridade e de amor incondicional a todos que o cercam. Obrigado Pai!

Agradeço aos meus irmãos caçulas, **Luis Rafael Fontenelle Baumer** e **Catarina Fontenelle Baumer**, por fazer com que eu tivesse de me tornar uma pessoa melhor para que, assim, pudesse ser um exemplo positivo.

Não poderia deixar de agradecer, também, aos

meus avós, **Jacira Souza Borges Cunha Fontenelle** e **José Edilson da Cunha Fontenelle**. À minha querida avó, por ter me mimado desde o dia 14 de outubro de 1992, com todo o seu carinho e amor; e ao meu querido avô, de quem, com muito orgulho, carrego o nome, pelo amor e carinho que sempre me outorgou, além do belo exemplo de vida, cujas lições demonstram o quão longe pode chegar uma pessoa com dedicação e honestidade. Obrigado, Vô e Vó!

Agradeço, também, à **Bruna de Oliveira**, minha namorada, pelo carinho, companheirismo, amor e imensurável apoio durante toda a graduação, em que pese as dificuldades inerentes ao relacionamento com uma pessoa que busca o estudo acadêmico de forma séria, agradecimento este que estendo a toda sua família, que sempre me recebeu de braços abertos.

Agradeço à **UNIVILLE**, por ter despertado em mim o gosto pelo estudo e pela oportunidade de descobrir o grande prazer que é a docência.

Agradeço também à todo o corpo docente da **UNIVALI** e da **UMinho**, o que faço nomeadamente nas pessoas de meus orientadores, Prof. Dr. **Clovis Demarchi** e Prof. Dra. **Alessandra Silveira**, pela sempre prestativa, solícita e simpática ajuda. Queiro deixar claro que vocês são grandes exemplos para este ainda iniciante acadêmico, que espera e pede para continuar a contar com a ajuda e, principalmente, a amizade de ambos.

Enfim, obrigado a todos que, mesmo não tendo sido nomeados, tanto contribuíram para a conclusão desta etapa e para a pessoa que sou hoje.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Luis Mário e Raquel;

Aos meus irmãos, Luis Rafael e Catarina;

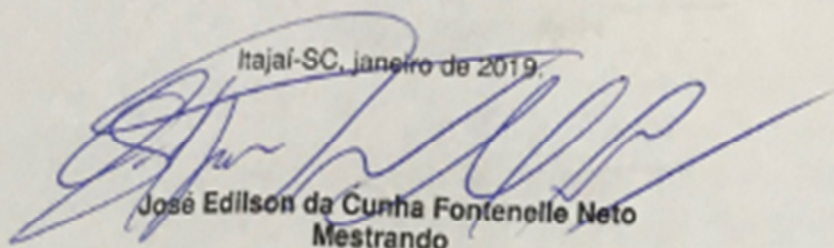
Aos meus avós, Edilson e Jacira; e

À minha eterna namorada, Bruna de Oliveira.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

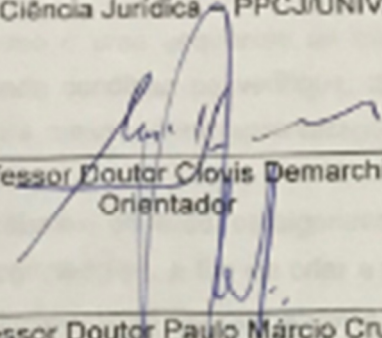
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, janeiro de 2019.

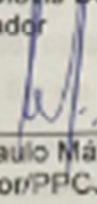


José Edilson da Cunha Fontenelle Neto
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI.

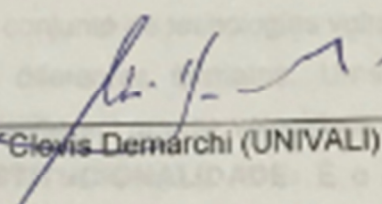


Professor Doutor Clovis Demarchi
Orientador

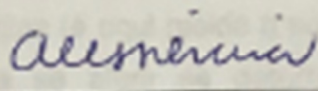


Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

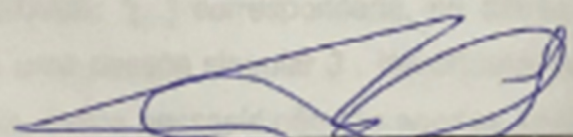
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Clovis Demarchi (UNIVALI) - Presidente



Doutora Alessandra Aparecida Souza Silveira (UNIVERSIDADE DO MINHO,
PORTUGAL) - Membro



Doutor Rafael Padilha dos Santos (UNIVALI) - Membro

Itajaí (SC), 18 de março de 2019.

ROL DE CATEGORIAS

Categorias estratégicas à compreensão do trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais:

ALGORITMOS: Algoritmo é uma sequência de instruções criada para ser executada até que determinada condição se verifique, que pode repetir passos, interagir, efetuar decisões e até mesmo gerar aprendizagem autônoma (como uma forma de inteligência artificial).

No caso do presente trabalho, contudo, os algoritmos que são utilizados são aqueles capazes de reconhecer padrões, a fim de criar e gerenciar interação entre os usuários das tecnologias digitais, uma vez que através das respectivas fórmulas algorítmicas “pode-se identificar os dados relevantes para análises, prever ou inferir sobre comportamentos humanos, sociais, animais, redes de comunicação, trânsito, consumo, segurança, assistência, automação, dentre inúmeras outras funcionalidades”¹.

BIG-DATA: “É um conjunto de tecnologias voltadas para a gestão de grandes volumes de dados em diferentes formatos. Uma das suas características é possibilitar a gestão dos dados em grande velocidade de processamento”².

BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: É o conjunto de todas as normas constitucionais, explícitas e implícitas (e aqui reside o ponto nevrálgico do capítulo), que servem de paradigma para se aferir se determinada norma é, ou não, compatível com a Constituição de um ordenamento jurídico.

DADOS PESSOAIS: “[...] corresponderia, no direito da União, a qualquer informação relativa a uma pessoa singular 3 , identificada ou identificável, direta ou indiretamente. Ou seja, dados pessoais não são apenas aqueles que de forma direta possibilitam a identificação de uma pessoa (como seria o caso do número de identificação pessoal, do nome e do endereço), mas também aqueles dados que

¹ SOUZA, Alberto Messias da Costa. **Uma nova arquitetura para a internet das coisas com análise e reconhecimento de padrões e processamento com big data**. 2015. 118 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciências, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 22.

² ARAÚJO JÚNIOR, Rogerio Henrique de; SOUZA, Renato Tarciso Barbosa de. Estudo do ecossistema de Big Data para conciliação das demandas de acesso, por meio da representação e organização da informação. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 45, n. 3, p.187-198, 22 fev. 2018. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/4057/3575>>. Acesso em: 16 jan. 2019, p. 189.

permitam chegar a essa identificação por associação de conceitos e conteúdos, mesmo que não se faça uma referência direta [como seria o caso do endereço IP (Internet Protocol) do computador com que se acede à rede] ou da matrícula de um veículo. Portanto, a título meramente exemplificativo, a doutrina identifica como dados pessoais o número de cliente de um estabelecimento comercial, o valor de uma retribuição, o som da voz registrada para permitir o acesso a uma conta bancária, as classificações escolares, o curriculum vitae, a história clínica, as dívidas e os créditos, o registo de compras que alguém efetua, o registo dos meios de pagamento que utiliza, etc. – desde que, por estarem associados a uma pessoa, permitam identificá-la.³

DIREITO SUBJETIVO: Direito “inerente à pessoa, a *facultas agendi*, que lhe é assegurada pela ordem jurídica, pela qual pode querer e realizar, agir e reagir no limite de seu direito ou interesse, que não colida com o de outrem. É uma prerrogativa do cidadão, conferida e disciplinada pelo direito objetivo, para que ele defenda interesse reconhecido pela lei. Sem a autorização expressa do direito objetivo, carece o indivíduo de tutela à sua pretensão, que não pode ser exteriorizada nem discutida em juízo, no direito subjetivo”⁴.

DISCRIMINAÇÃO ALGORITMICA: Trata-se de uma diferenciação de tratamento injustificada, ou seja, sem fundamentação razoável ou justificação material, em função de análise de dados pessoais levada a efeito por *softwares* cujas funções são as de gerenciar riscos de acesso de bens e serviços a indivíduos que possuem determinadas idiossincrasias.

METADADOS: São dados relativos a um determinado arquivo eletrônico, mas que não dizem respeito ao objet(iv)o de sua criação, podendo ser, por exemplo, a data e/ou local de confecção, data e/ou local de acesso, equipamento utilizado para acesso, criação ou modificação de algum dado, dentre outros⁵.

³ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. Do direito a estar só ao direito ao esquecimento. Considerações sobre a proteção de dados pessoais informatizados no direito da união europeia: sentido, evolução e reforma legislativa. **Revista da Faculdade de Direito – Ufpr**, Curitiba, v. 61, n. 3, p.91-118, set. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48085/29828>>. Acesso em: 16 jan. 2019, p. 96.

⁴ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 14.^a edição. São Paulo: Rideel, 2011. p.291.

⁵ CAMPOS, Luiz Fernando de Barros. **Metadados digitais**: revisão bibliográfica da evolução e tendências por meio de categorias funcionais. R. Eletr. Bibliotecon. Ci. Inf, Florianópolis, v. 1, n. 23, p.16-46, 01 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/11673>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

SUMÁRIO

RESUMO.....	XII
ABSTRACT.....	XIII
INTRODUÇÃO	14
Capítulo 1	17
DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	17
1.1 O MODELO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO VIGENTE	17
1.1.1 O estado neoconstitucional e os direitos fundamentais	17
1.1.2 A eficácia dos direitos fundamentais	25
1.2 DIREITO À PRIVACIDADE NO BRASIL	30
1.2.1 Evolução constitucional do Direito à privacidade.....	30
1.2.2 O Direito à privacidade no ordenamento brasileiro	35
1.3 PROTEÇÃO DE DADOS NO DIREITO BRASILEIRO	42
1.3.1 A utilização dos dados pelas autoridades públicas, sobretudo para fins de segurança e controle da criminalidade	44
1.3.2 A utilização dos dados pelo mercado para fins econômicos.....	46
1.3.3 Lei de proteção de dados pessoais brasileira: Lei n. 13.709/2018.....	49
Capítulo 2	54
O DIREITO DE PROTEÇÃO DE DADOS NO MODELO EUROPEU	54
2.1 À PROTEÇÃO DOS DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO	54
2.2 REGULAMENTO 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DA UE	60
2.3 MÉTODOS DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE PROTEÇÃO DE DADOS E UTILIZAÇÃO DOS METADADOS A PARTIR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: UMA LEITURA A PARTIR DOS CASOS <i>DIGITAL IRELAND</i> E <i>SEITLINGER</i> (C-293/12 E C-594/12) E <i>TELE2 SVERIGE AB/POST-POCH</i> <i>TELESTYRELSEN</i> E <i>SECRETARY OF STATE FOR HOME DEPARTMENT/TOM</i> <i>WATSON E O.</i> (C-203/15 E C-698/15)	71
2.3.1 Casos <i>Digital Ireland</i> (C-293/12) e <i>Seitlinger</i> (C-594/12).....	72
2.3.2 Casos <i>Tele2 Sverige Ab/Post-Och Telestyrelsen</i> (c-203/15) e <i>Secretary of</i> <i>State for Home Department/Tom Watson E O.</i> (c-698/15).....	77
Capítulo 3	87
PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	87

3.1 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS IMPLÍCITOS.....	87
3.2 AUTONOMIA DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	96
3.2.1 Decorrência dos direitos explícitos	96
3.2.1.1 <i>Direito à livre iniciativa</i>	99
3.2.1.2 <i>Direito à privacidade</i>.....	102
3.2.1.3 <i>Direito à democracia</i>.....	107
3.2.1.4 <i>Direito à igualdade material e a dignidade humana</i>	109
3.2.2 Interseção possível, porém não necessária	111
3.3 CONSEQUÊNCIAS DA AUTONOMIA DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS (EFEITOS JURÍDICOS)	113
3.3.1 A tutela da proteção de dados em face de invasões por indivíduos (pessoas físicas)	115
3.3.2 A tutela da proteção de dados em face das empresas de tecnologia e telecomunicações	118
3.3.3 A tutela da proteção de dados em face do estado	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	131

RESUMO

O presente estudo tem por escopo perquirir se a proteção de dados pessoais informatizados pode ser materialmente identificada como um direito fundamental autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, ou se, ao contrário, não passa de uma dimensão do direito fundamental à privacidade, tendente a proporcionar, portanto, o respeito e a tutela de outros direitos fundamentais, importando prosseguir, a partir do sistema normativo vigente no direito brasileiro e no direito da União Europeia, a interpretação jurídico-constitucional mais consuetudinária com a efetivação do princípio da dignidade humana. Para tanto, valeu-se do Método Indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, de conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, procedeu-se a análise do sistema constitucional contemporâneo, com ênfase no neoconstitucionalismo e no garantismo constitucional, bem como se analisou a tutela atualmente conferida ao direito à proteção de dados pessoais no direito brasileiro, lido a partir da privacidade. No segundo capítulo, pontuou-se o modo com que a União Europeia trata do direito à proteção de dados pessoais, passando, em um primeiro momento, de um instrumento da privacidade, até chegar na tutela como se dá atualmente, por meio de um direito autônomo, adentrando na análise normativa e jurisprudencial da referida tutela. No terceiro capítulo, por sua vez, optou-se por um escorço hermenêutico, onde se perquiriu acerca da possibilidade de um bloco de constitucionalidade que abarque direitos além dos indicados taxativamente no rol da Constituição brasileira, como direitos implícitos, decorrentes dos explícitos. Assim, buscou-se compreender a possibilidade de a proteção de dados pessoais consubstanciar-se num direito fundamental autônomo implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por fim, procedeu-se às considerações finais pertinentes ao relatório.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; Bloco de constitucionalidade; Direito fundamental.

ABSTRACT

The purpose of this study is to investigate whether the protection of digital personal data can be materially identified as an autonomous fundamental right in the Brazilian legal system, or, on the contrary, it is merely a dimension of the fundamental right to privacy, thus providing respect to and guardianship of other fundamental rights, using the normative system in force in the Brazilian law and in the European Union law, where the juridical and constitutional interpretation is more consistent with the implementation of the principle of human dignity. For that, the Inductive Method, and the techniques of referent, category, operational concepts, bibliographic research and file were used. The work is divided into three chapters. In the first chapter, the contemporary constitutional system was analyzed, with emphasis on neo-constitutionalism and on the constitutional guarantism, as well as the protection currently conferred on the right to protection of personal data in the Brazilian law, based on the principle of privacy. In the second chapter, the European Union form of dealing with the right to protection of personal data was highlighted, going from being an instrument of privacy, to the tutelage, which is as it currently exists, by means of an autonomous law, using a normative and jurisprudential analysis of the said tutelage. In the third chapter, on the other hand, a hermeneutical approach was used, which enabled investigating whether a constitutionality block is possible, one that encompasses the rights beyond those indicated in the Brazilian constitution, as implicit rights arising from the explicit ones. Thus, the possibility was studied of including the protection of personal data as an autonomous fundamental right implicit in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Finally, the final considerations pertinent to the report were made.

Key-words: Protection of personal data; Constitutional block; Fundamental right.

INTRODUÇÃO

A meta institucional da presente Dissertação é a conquista do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali e de Mestre em Direito da União Europeia pelo Curso de Mestrado em Direito da União Europeia da Universidade do Minho.

Tem como objeto a perquirição dos elementos do direito à proteção de dados pessoais, analisando-se o regramento atribuído ao aludido direito, no regime jurídico brasileiro e europeu, a fim de vislumbrar se este é uma dimensão ou corolário do direito à privacidade e intimidade – agora em um novo campo de extensão –, como se vislumbra majoritariamente no direito brasileiro, ou um direito fundamental subjetivo e autônomo, tal como no ordenamento jurídico europeu.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, de assentar algumas premissas sob as quais se estruturará o terceiro capítulo. Assim, passou-se a analisar, inicialmente, o modelo constitucional (pós-positivista) vigente, passando pela análise do modelo Neoconstitucional e Constitucionalista garantista (de base ferrajoliana), como modelo constitucional pós-positivista de proteção do mais débil, por meio do direito posto (deontológico). Em seguida, passou-se a tratar do direito à privacidade e à vida privada e a sua abrangência, estudando-se a historicidade deste direito fundamental no Constitucionalismo brasileiro, até se chegar no modelo contemporâneo. Por fim, pretendeu-se analisar a tutela dos dados pessoais atualmente vigente no Brasil.

No Capítulo 2, por sua vez, foi estudada a evolução da tutela da proteção de dados pessoais no direito europeu, a fim de vislumbrar o modo com que esta tutela, atualmente, é reconhecida aos indivíduos, tanto na legislação europeia quanto na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

No Capítulo 3, passou-se a analisar a ideia do direito à proteção de dados pessoais como direito constitucional autônomo, inserido de forma implícita na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compondo o Bloco de constitucionalidade, como direito fundamental e autônomo, analisando-se, inclusivamente, as consequências jurídicas desta autonomia jurídica.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões, sobretudo em busca tanto de meios de maior proteção do direito à proteção de Dados pessoais, inserindo-se tal direito de forma expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, ainda, envidando esforços para a criação de mecanismos aptos a garantir a tutela efetiva do direito à proteção de dados, por meio de normas instrumentais infraconstitucionais.

Para esta pesquisa suscitaram-se os seguintes problemas:

Problema 1: Há no Brasil um nível adequado de proteção de Dados pessoais?

Problema 2: Quais as razões de eventual proteção deficitária dos Dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro?

Problema 3: O direito à proteção de Dados pessoais corresponde a um Direito subjetivo autônomo ou trata-se de um segmento/dimensão/corolário de outros direitos?

Dos problemas acima restaram as hipóteses abaixo:

Hipótese 1: Não há no Brasil (ainda) uma tutela adequada e efetiva à proteção de Dados pessoais.

Hipótese 2: A reduzida proteção aos Dados pessoais se dá em razão de equívocos na interpretação das normas já existentes, inclusive implicitamente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Hipótese 3: O direito à proteção de Dados pessoais corresponde a um direito fundamental autônomo no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁶ foi utilizado o Método Indutivo⁷, na Fase de Tratamento de Dados o

⁶ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 83.

Método Cartesiano⁸, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁹, da Categoria¹⁰, do Conceito Operacional¹¹ e da Pesquisa Bibliográfica¹².

⁷ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 86.

⁸ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁹ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 54.

¹⁰ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 25.

¹¹ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 37.

¹² “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 209.

Capítulo 1

DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

1.1 O MODELO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO VIGENTE

1.1.1 O estado neoconstitucional e os direitos fundamentais

A Revolução Francesa, com a queda da Bastilha e a reforma burguesa, instalou de vez o novo modelo social que já vinha, aos poucos, se consolidando, modelo este que era, de fato, o Estado de Direito, um modelo em que até mesmo os governantes e os monarcas possuíam limitações expressas em suas faculdades, em prol dos direitos individuais dos súditos que, agora, começam a ganhar a qualidade de cidadãos¹³.

O novo modelo de direito, portanto, se constituía, em suma, em um Estado que era regulado pelo direito – daí Estado de Direito – em contraponto aos Estados absolutistas de até então, que eram controlados por homens.

O modelo de Estado Constitucional (pautado e constituído por uma Carta Política Fundamental e Fundante), que ganhava forma desde os idos de 1215¹⁴, com a Carta Magna, ganhou força.

Nessa ótica, o modelo Constitucional de Direito (século XVIII) não fugiria das ideias que permearam as teorias contratualistas, que possuíam uma visão instrumental do Estado, como um objeto de criação artificial, voltado à consecução dos objetivos comuns¹⁵.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 835p. p. 36-39.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 835p. p. 33.

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 29: “A visão instrumental do Estado na tradição contratualista aponta para a instituição estatal como criação artificial dos homens, apresentando-o como um ‘instrumento’ da vontade racional dos indivíduos que o ‘inventaram’,

Dessa forma, o Contrato Social seria a forma de “superar os inconvenientes do estado de natureza”¹⁶, servindo, ainda, “como fundamento de legitimação do ‘Estado de Sociedade’”¹⁷, nada muito diverso do que ocorria no modelo constitucional que emergia, como uma forma de legitimar os poderes instituídos e de superar os inconvenientes do poder ilimitado, decorrentes da unidade entre Soberano e Estado¹⁸.

Para o contratualista Hobbes, o Estado seria o caminho eleito para a construção de um poder comum, capaz de assegurar os homens contra as agressões externas e recíprocas, ou seja, como forma de frear os impulsos humanos do Estado de Natureza.

É nele que consiste a essência do Estado, qual pode ser assim definida: uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, de maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum¹⁹.

Locke, fugindo da ideia de submissão dos homens ao Estado, que se impunha através da concepção do Contrato Social de HOBBS, previa que este instrumento possui finalidade diversa, qual seja, a legitimação do poder e a proteção dos direitos já titulados no Estado de Natureza (sobretudo a propriedade), por meio de um estado civil, formado pelo princípio majoritário²⁰.

sempre buscando o atingimento de determinados fins que marcam ou identificam as condicionantes de sua criação”.

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 31.

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 31.

¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 42-43: “É importante se registrar que, naquilo que se passou a denominar de Estado Moderno, o Poder se torna instituição (uma empresa a serviço de uma ideia, com potência superior à dos indivíduos). É a ideia de dissociação da autoridade e do indivíduo que a exerce. O poder despersonalizado precisa de um titular: o Estado”.

¹⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 105/106.

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 33: “Em Locke, altera-se substancialmente o conteúdo do contrato, admitindo, inclusive, seu caráter histórico, muito embora permaneça como um princípio de legitimação do poder. Aqui, a existência-permanência dos

Dessa forma, é possível se vislumbrar em LOCKE as noções do Estado Liberal de Direito, modelo este que não se confunde com o Estado de Direito, ainda que ambos sejam pautados em normas jurídicas positivas que limitam o poder estatal.

Nos Séculos XIX e XX, o modelo social foi novamente revisitado, agora, conduzido, pelas teorias marxistas, inclusive a ponto de se poder falar que o “Contrato Social sacode o homem do século XVIII com a mesma intensidade que o Manifesto Comunista abala o século XX”²¹.

Percebendo as sociedades que o liberalismo não dava mais conta de resolver os enormes conflitos sociais decorrentes da desigualdade social, surgidos sobretudo após as Revoluções Industriais²², viu-se que a igualdade formal era apenas uma forma de perpetuação da desigualdade existente no campo social, assim, o direito a liberdade traduzir-se-ia, unicamente, na “liberdade de morrer de fome”²³.

A partir do diagnóstico marxista, que culminou em sua crítica social, elaborada através da análise da anatomia social, a partir da economia política²⁴,

direitos naturais circunscreve os limites da convenção. O ‘pacto de consentimento’ que se estabelece serve para preservar e consolidar direitos já existentes no estado de natureza. Através dele, os indivíduos dão seu consentimento unânime para a entrada no estado civil e, posteriormente, para a formação do governo quando, então, se assume o princípio da maioria”.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 230p. p. 169.

²² STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 69).

²³ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 230p. p. 61: “Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina ‘a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome’”.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 230p. p. 173: “Minha pesquisa chegou à conclusão de que as relações jurídicas bem como as formas de Estado não podem ser explicadas por si mesmas nem através da chamada evolução geral do espírito humano, senão que deitam suas raízes nas relações materiais da vida, cuja totalidade Hegel, à maneira dos ingleses e franceses do século XVIII, compendiou sob a denominação de sociedade burguesa, devendo-se, porém, buscar na Economia Política a anatomia dessa sociedade”.

foi possível a consagração de direitos positivos – direitos sociais – em face do Estado.

Tanto a filosofia política da esquerda como da direita chegaram a esse resultado comum: a superação da liberdade qual a conceituava outrora o liberalismo, sem a consideração dos fatores econômicos, reconhecidos, hoje, como indispensáveis à prática de verdadeira liberdade humana²⁵.

Como consectário lógico da crítica social ao modelo constitucional liberal, foram revistas as noções de liberdade, que exigia, para a sua consecução, a igualdade material, não mais apenas formal²⁶, ocasião em que teve vez o modelo constitucional social.

Já no século XX, com o fim de segunda Grande Guerra, após se perceber as atrocidades cometidas naquele período, viu-se que os Estados Constitucionais de Direito, seja liberal ou social, não davam respostas satisfatórias aos atributos morais e éticos envolvendo as normas jurídicas, motivo pelo qual necessitava-se de Cartas verdadeiramente dirigentes, que vinculassem, inclusivamente, a atuação dos poderes públicos²⁷.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 230p. p. 62.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 230p. p. 62: “O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade”.

²⁷ Sobre o assunto: “Ferrajoli (2003) ensina que no modelo clássico do Estado de Direito havia a primazia do direito e da democracia na supremacia da maioria e, conseqüentemente, do parlamento, o papel do juiz como função técnica da aplicação da lei, independentemente de seu conteúdo. Sem embargo, este desenho muda profundamente após a Segunda Guerra Mundial com as rígidas constituições que completam o modelo do Estado sujeito também ao legislador ao direito constitucional. Em seguida, é redescoberto que as regras constitucionais também são impostas às autoridades públicas. Assim, o Estado de Direito consiste na sujeição à lei pelos poderes públicos, o espaço da jurisdição é equivalente ao sistema de limites e vínculos legais impostos às autoridades públicas e cresce com o desenvolvimento deste sistema”. Tradução livre de: PHILIPPINI, Ana Cláudia Moreira Miguel; PHILIPPINI, Renato Augusto de Alcântara. ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA EN LAS ENSEÑANZAS DE RADBRUCH. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p.230-248, jan. 2017. p. 218: “Ferrajoli (2003) enseña que en el modelo clásico de Estado de Derecho había la primacía de la ley y la democracia en la supremacía de la mayoría y, consiguientemente, del parlamento, siendo el papel de juez la función técnica de aplicación de la ley, independientemente de su contenido. Sin embargo, este diseño cambia profundamente después de la Segunda Guerra Mundial con las constituciones rígidas que completan el modelo del Estado sometido también al legislador a la ley constitucional. Luego, se redescubre que a los poderes públicos también se imponen las reglas constitucionales. Así, el Estado de Derecho consiste en la sujeción a la ley por parte de los poderes públicos, el espacio de

Nesse momento, ganha peso a incorporação de critérios morais ao direito, bem como a incorporação do conceito de dignidade da pessoa humana como fator norteador hermenêutico.

Assim, inspirada no princípio da Moral Kantiana²⁸, sobretudo na máxima de que pode ser compreendida como “o direito de não ser tratada como meio”²⁹, o direito passou a ser visto como um instrumento de se tornarem as relações sociais mais humanizadas.

Como consectário da dignidade humana, portanto, sobrevém a existência de direitos mínimos (direitos e garantias fundamentais), titularizados por todos os indivíduos e, dentre tais direitos, o direito de participação ativa na formação governamental, permitindo o papel transformador da realidade social³⁰.

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringe como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência³¹.

la jurisdicción equivale al sistema de límites y vínculos legales impuestos a los poderes públicos y crece con el desarrollo de este sistema”.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. 2015. 192p. p. 78: “Segundo Kant, afirmando a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, ‘no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa não tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... essa apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade”.

²⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 59.

³⁰ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 98/101.

³¹ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 98.

Ganha forma, assim, o Estado Democrático de Direito e, com ele, o modelo neoconstitucional (ou pós-positivista) que, malgrado haja definições diversas, pode ser entendido como o modelo em que as normas legais e constitucionais sofrem uma nova dogmática de interpretação, não mais separando, em absoluto, o direito da moral.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia³².

Portanto, o neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, é visto como o modelo jurídico que (re)funda o direito a partir da leitura constitucional democrática, com respeito sobretudo aos princípios constitucionais derivados de direitos fundamentais arrimados na dignidade humana.

Ferrajoli e Streck, por sua vez, trazem críticas ao modo de aplicação do modelo neoconstitucional no Brasil, por entenderem que este acabou por redundar em um instrumento que possibilitou e viabilizou sobretudo o ativismo judicial³³.

³² BARROSOS, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p.1-42, jan. 2005. p. 4-5.

³³ STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenutica e (neo)constitucionalismo**: Um debate com Luigi Ferrajoli. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-94. p. 60-61: "Já de início devemos atentar para a seguinte questão: o termo neoconstitucionalismo pode nos ter levado a equívocos. Em linhas gerais, é possível afirmar que, na trilha do neoconstitucionalismo, percorremos um caminho que nos leva a jurisprudência

Como alternativa, portanto, FERRAJOLI cunhou a teoria do constitucionalismo garantista, que parte da ideia de que o modelo constitucional é um projeto fundante (e, desse modo, transformador), além de um sistema inacabado, demandando produção legislativa e controle judicial de antinomias para sua consecução, características estas que guardam relação com o chamado neoconstitucionalismo.

Sobre o assunto, extrai das lições de FERRAJOLI:

O constitucionalismo juspositivista e garantista, teorizando o desnível normativo e a resultante divergência entre normas constitucionais sobre a produção e normas legislativas produzidas, impõe reconhecer, como sua virtual e fisiológica consequência, o direito ilegítimo inválido por comissão ou descumprimento por omissão, porque violam seu “dever jurídico”. (...). Trata-se de uma normatividade forte nos confrontos, em via primária, da legislação, à qual se impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas através de leis idôneas de regulamentação; e, em via secundária, da jurisdição, à qual se impõe remover as antinomias e apontar as lacunas. Devemos, em suma, reconhecer que a Constituição é um projeto normativo em grande parte não realizado; e que é da mais plena concretização, sempre parcial e imperfeita, da sua normatividade que depende o futuro da democracia³⁴.

Ao tempo em que guarda concordâncias, contudo, FERRAJOLI critica o principiologismo criacionista e argumentativo, afirmado, como consequência, que o direito não pode ser o que dizem os tribunais³⁵, sobretudo

dos valores e suas derivações axiologistas, temperada por elementos analítico-conceituais provenientes da ponderação alexyana.

Desse modo, esse belo epíteto – cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis e italianos –, embora tenha representado um importante passo para a afirmação da força normativa da Constituição na Europa Continental, no Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação com instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano”.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56. p. 56.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56. p. 21: “Este constitucionalismo principialista e argumentativo, de nítida matriz anglo-saxônica, caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles

quando estes se utilizam da moral para refutar normas jurídicas legitimamente eficazes.

Desse modo, acresce o autor à sua teoria do constitucionalismo a sua ideia central do garantismo, qual seja, a de que o direito tem o escopo primordial de tutelar a liberdade em detrimento do exercício arbitrário do poder, razão pela qual não deve sofrer influências morais.

Assim, o constitucionalismo garantista seria, em suma, uma espécie de modelo neoconstitucionalista (constituições dirigentes), em que o direito não sofreria a influência da moral externa, sendo o direito, portanto, condicionado pelas decisões políticas fundamentais do constituinte, conforme aponta FERRAJOLI:

Assim, o constitucionalismo jurídico excluiu a última forma de governo dos homens: aquele que, na tradicional democracia representativa, manifestava-se na onipotência da maioria. Graças a isso, a legalidade não é mais – como no velho modelo paleopositivista – somente “condicionante” da validade das normas infralegais, mas é ela mesma “condicionada”, na sua própria validade, ao respeito à atuação das normas constitucionais. Todo o direito se configura, desta maneira, como uma construção inteiramente artificial, na qual são reguladas não apenas as formas, como ocorria no velho paradigma formalista do paleopositivismo, mas também os conteúdos, através dos limites e vínculos a eles impostos pelo paradigma constitucional³⁶.

Desse modo, é de se entender que as críticas garantistas ao modelo dito neoconstitucional não tem o condão de deslegitimar tal modelo, mas, sim, o oposto, sendo muito mais uma crítica à aplicação errônea da jurisprudência dos valores, razão pela qual, para os fins do presente relatório, é de se acolher a tese da força normativa das constituições democráticas, sobretudo pelo fato de ser o Brasil, assim como os Estados-Membros da União Europeia, um Estado que se

em virtual conflito, que são objeto de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela consequente concepção de que o direito é uma “prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes”.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56. p. 23.

encontra na fase neoconstitucional democrática de direito, onde o direito possui o papel de agente transformador social³⁷.

Portanto, não é se dizer que o direito é alheio à moral, mas, sim, que o direito é alheio a moral não inserida no direito. Afinal, as normas jurídicas são criadas a partir de um critério moral e, uma vez positivadas (por meio de normas jurídicas), o critério moral criador (valor/princípio) passa a ter força interpretativa e vinculante, possuindo, assim, relevância jurídica. A moral ontológica e subjetiva, por outro lado, por não possuir normatividade e, portanto, vinculação jurídica, deve ser desconsiderada pelo direito.

Ou seja, em síntese, é possível se afirmar que o modelo constitucional garantista, ou Neoconstitucional garantista, é àquele que parte da ideia de o direito como limitador de poder, com finalidade de garantir a proteção do mais débil, a partir de normas positivadas, evitando, assim, o ativismo judicial que ultrapasse a função do Poder Judiciário.

1.1.2 A eficácia dos direitos fundamentais

Ao tempo em que é feita a leitura histórica dos modelos liberal, social e democrático, é possível se vislumbrar, em conjunto, a separação das gerações³⁸ de direitos fundamentais e o seu advento.

Nesse sentido, a doutrina vem a dividir os direitos fundamentais em gerações, havendo uma unanimidade quanto as três primeiras gerações, quais sejam: a) abstenções do Estado (direitos decorrentes da liberdade); b) direitos individuais prestacionais do Estado, seja estes individuais ou coletivos *stricto sensu* (direitos sociais – decorrente da necessidade de igualdade material); e c)

³⁷ PHILIPPINI, Ana Cláudia Moreira Miguel; PHILIPPINI, Renato Augusto de Alcântara. ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA EN LAS ENSEÑANZAS DE RADBRUCH. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p.230-248, jan. 2017. Anual. p. 218

³⁸ Frisa-se que na doutrina há quem trabalhe com o conceito de dimensões, haja vista que “gerações” pode(ria) dar a ideia de que estes são sucessivamente substituídos pelos subsequentes, o que não ocorre, posto que há direitos das diversas gerações que convivem nos ordenamentos jurídicos atuais. Contudo, para os fins do presente estudo utilizaremos a categoria Gerações para descrever as gerações/dimensões dos direitos fundamentais, posto que as gerações apresentam-se na ordem em que foram concebidas no mundo (jurídico, neste caso em específico) e não na que perecem, sendo perfeitamente possível a convivência de gerações diversas.

direitos transindividuais e difusos, decorrentes da fraternidade e da responsabilidade intergeracional³⁹.

Quanto aos direitos de primeira geração, estes se relacionam com o Estado Liberal de Direito, por se tratarem de direitos pessoais de prestações negativas (não fazer) do Estado, conforme assenta BONAVIDES:

Os direitos de primeira geração ou de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado⁴⁰.

Os direitos de segunda geração, prossegue BONAVIDES, são os direitos sociais, econômicos e culturais, que se constituem, portanto, em prestações positivas (fazer) por parte do Estado, que devem assegurar aos cidadãos a igualdade substancial, ou seja, relacionam-se com o Estado Social de Direito.

Os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou da coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula⁴¹.

Direitos de terceira geração, por sua vez, seriam os direitos coletivos e transindividuais, derivados das noções de universalidade e humanismo, que possuem como arrimo a dignidade humana, inerente a todos.

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 562/563.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 564/565.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 564.

que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e promovida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos.

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto os direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunidade e ao patrimônio comum da humanidade⁴².

Assim, evidencia-se que os direitos de terceira geração correlacionam-se com o advento do Estado Democrático de Direito e seus consectários.

Sustenta BONAVIDES, ainda, a existência de direitos de quarta e quinta gerações, que seriam, respectivamente e em síntese, os direitos de informação livre e plural e direito à democracia substancial⁴³ e o direito à paz⁴⁴, direitos estes também relacionados com o modelo de Estado Democrático de Direito.

Contudo, não só em relação às gerações podem ser classificados os direitos fundamentais, que também poderão sê-lo em razão de sua eficácia, podendo esta ser classificada como: a) vertical; b) horizontal e; c) diagonal.

⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 562/569.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.570/571: “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 579/580.

Quanto a eficácia vertical, tem-se a perspectiva que originou a concepção dos direitos fundamentais, qual seja, um âmbito de proteção do indivíduo em face do Estado. Pode-se dizer, assim, que a eficácia vertical dos direitos fundamentais é a que vai incidir nas relações sujeito-Estado.

Sobre o assunto, ensina Marmelstein:

Como se sabe, os direitos fundamentais foram concebidos, originariamente, como instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal. O particular era, portanto, o titular dos direitos e nunca o sujeito passivo. É o que se pode chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais, simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em posição superior em relação ao indivíduo⁴⁵.

No que concerne a eficácia horizontal, compreende-se a tutela normativa que impõe o respeito aos direitos fundamentais mesmo nas relações entre particulares, nas relações jurídicas sujeito-sujeito⁴⁶⁻⁴⁷.

A eficácia diagonal, última a ser concebida pela doutrina, de expressão e classificação mais moderna, portanto, foi cunhada por CONTRERAS⁴⁸ e busca preencher lacunas existentes na antiga dicotomia (vertical *versus* horizontal).

⁴⁵ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 337.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.150-1.160; PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 137; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009, 493p. p. 382-383: “Nas relações entre particulares – para além da vinculação das entidades dotadas de algum poder social e afora das hipóteses excepcionais ventiladas – é possível susentar, em qualquer hipótese, ao menos uma eficácia mediata (ou indireta) dos direitos fundamentais (...).”

De outra parte, há de se levar em consideração a necessidade de se tomar a sério, também na esfera de uma eficácia (especialmente em se cuidando de uma eficácia direta!) dos direitos fundamentais nas relações privadas (...).”

⁴⁷ Frisa-se que a primeira aparição da eficácia horizontal dos direitos fundamentais remonta a obra: LARENZ, Karl; WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**: Großes Lehrbuch. Munich: Verlag C. H. Beck, 1958.

⁴⁸ GAMONAL, Sergio. **Cidadania na empresa e eficácia dos direitos fundamentais**. Tradução de Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011. p. 33: “Na eficácia diagonal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho a racionalidade acerca do objeto se vincula com o fim perseguido pelo contrato de trabalho enquanto prestação de serviço sob subordinação que, afinal, não pode alterar direitos fundamentais de uma das partes pelo único objetivo econômico do contrato ou da

A eficácia diagonal é entendida como a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares onde haja desequilíbrio de poder na relação. É, em suma, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos particulares onde exista vulnerabilidade em relação a um dos polos.

Sergio Gamonal Contreras traz uma nova nomenclatura para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a saber, a eficácia diagonal dos direitos fundamentais. Segundo o professor chileno há casos em que os particulares se encontram em posições jurídicas extremamente desiguais, de modo que, não se trata de uma relação de horizontalização, mas sim diagonal.

Seria o caso de certas relações entre empregado e empregador, em que o último encontra-se numa posição superior, configurando, portanto, uma relação diagonal. A teoria é considerada como reformulação moderna da eficácia horizontal, contudo ainda modestamente empregada⁴⁹.

Desse modo, através da historicidade com que se deu o advento do estado pós-positivista (neoconstitucional ou garantista) atual, aliado com a construção dos direitos fundamentais em todas as suas gerações – mormente em decorrência de sua eficácia cada vez mais ampliada, para atingir até mesmo relações particulares e peculiares (envolvendo situações de vulnerabilidade) – é possível se denotar que os direitos constitucionais, sobretudo os fundamentais, passam a ser fundamentos (logo, fundantes) das práticas modernas, permitindo o papel transformador da sociedade por meio das constituições⁵⁰.

atividade empresarial. A livre iniciativa econômica e o direito de propriedade não podem desprezar outros direitos básicos dos trabalhadores em uma sociedade democrática, exceto em casos muito excepcionais e sempre que se cumpram os requisitos que expusemos nas linhas anteriores”.

⁴⁹ PEREIRA, Camilla Martins Mendes. Considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p.159-176, 21 out. 2015. Jul/dez. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/1012-2020-2-PB.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 174.

⁵⁰ Sobre o assunto, afirma STRECK que a Constituição dever, de fato, constituir-a-ação, conforme se colhe de suas lições: “No paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, parece não restar dúvida de que houve uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exsurgentes desse plus normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui-a-ação do Estado.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013).

1.2 DIREITO À PRIVACIDADE NO BRASIL

1.2.1 Evolução constitucional do Direito à privacidade

Com advento da Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, sobreveio a necessidade de substituir o sistema normativo então vigente, que tinha como fonte de legitimação a outorga monarca, por uma Constituição (também outorgada) de cunho liberal, como eram, em suma, as constituições do final do século XVIII e início do século XIX⁵¹.

Assim, em 25 de março de 1824 foi promulgada, pelo então Imperador Dom Pedro I, a Constituição do Império, que previa, no bojo de seus direitos civis e políticos, a tutela da privacidade da residência e o sigilo epistolar, sobretudo em seu art. 179, incisos VII e XVII, que assim dispunham:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...).

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. (...).

XVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo⁵².

A seguinte Constituição, datada de 24 de fevereiro de 1891, que inaugurou a chamada “República Velha”, previa o direito a privacidade em termos semelhantes, prevendo-a, também, no capítulo destinado a tutela dos direitos e liberdades civis, prevendo a tutela da inviolabilidade do domicílio e o sigilo das correspondências nos seguintes moldes:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 230p. p. 42.

⁵² BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. RIO DE JANEIRO, RJ.

liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...).

§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguém póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. (...).

§ 18. É inviolavekl o sigillo da correspondencia⁵³.

Em 1934, o então presidente Getúlio Vargas promulga a Constituição do chamado “Estado Novo”, conhecida pelo seu cunho mais social que as anteriores⁵⁴.

Contudo, ao tratar da privacidade a aludida Constituição também não foi além do que previam as suas antecessoras, aduzindo:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

8) É inviolável o sigilo da correspondência. (...).

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei⁵⁵.

Em seguida, em 1937, é outorgada uma nova Constituição, que, inicialmente, previu a tutela da privacidade, assegurando aos brasileiros, em seu art. 122, 6.º, “a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, salvo as exceções expressas em lei”⁵⁶.

⁵³ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. RIO DE JANEIRO, RJ.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 59.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. RIO DE JANEIRO, RJ.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. RIO DE JANEIRO, RJ.

Assim, pela primeira vez, a privacidade foi prevista como uma norma constitucional de eficácia contida⁵⁷, podendo, desse modo, ser suprimida por normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, respeitando a literalidade da Constituição vigente, em 1942, a proteção ao direito à privacidade fora suspensa pelo Decreto nº 10.358, só voltando a vigor tal direito na vindoura constituição, a Constituição de 1946, que sobreveio com o fim da Segunda Grande Guerra.

Após a Segunda Guerra Mundial, portanto, advém a promulgação da Constituição da chamada “primeira redemocratização”, o que ocorre na data de 18 de setembro de 1946.

No mencionado diploma constitucional, a privacidade volta a ganhar previsão expressa, uma vez que a aludida Constituição previa em sua redação, novamente, o direito a privacidade/inviolabilidade do domicílio e o sigilo epistolar, ambos em seu art. 141, que previa:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência. (...).

§ 15. - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 104 e 105: “A peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos: I – São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos. II – Enquanto o legislador ordinário a normação restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva. III – São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam. IV – Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia. V – Sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo)”.

para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer⁵⁸.

Em 1964, contudo, o Brasil passa por um Golpe de Estado Militar⁵⁹, cuja situação, portanto, demandava a outorga de uma nova Constituição, que sobreveio em 1967, e continuou a prever, em sua redação, a tutela da privacidade.

Assim, em que pese se tratar de letra de duvidosa eficácia prática, previa a Constituição de 1967:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

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

§ 10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer⁶⁰.

Nesse sentido, as Constituições, desde a de 1824, (quase) sempre previram a proteção à privacidade no que tange a residência e as comunicações, com os meios então conhecidos e utilizados.

Contudo, tal proteção sempre fora inserida no capítulo referente aos direitos civis e políticos, sendo tutelado de forma secundária ao regramento atinente à organização do Estado, suas prerrogativas e deveres, além de todas as demais questões inerentes à operacionalização do poder estatal, observação que há de ser feita no que toca às constituições advindas entre 1824 e 1988 (com exceção desta última, conforme se verá).

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. RIO DE JANEIRO, RJ.

⁵⁹ FERNANDES, Florestan. **A ditadura em questão**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1982, 164p. p. 8-9.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF.

Após a queda da ditadura militar em 1985, sobrevém a promulgação da chamada “Constituição Cidadã”, a Constituição então vigente e que fora promulgada na data de 5 de outubro de 1988 e que, em seu texto, também tutela a privacidade, ainda de maneira superficial.

Nesse talante, é da redação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 5.º 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;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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 penal⁶¹;

Assim, o que se evidencia é que a atual Constituição passou a tutelar a privacidade e os demais direitos individuais em momento anterior à estruturação do Estado e das normas que dão o contorno da operacionalização do poder estatal.

Ou seja, na história do direito constitucional brasileiro, pela primeira vez, o indivíduo veio antes do Estado, e isto, na interpretação normativa, não deve ser relegado a um segundo plano, mas, sim, levado em consideração, pois demonstra uma caminhada no horizonte democrático.

Sobre o assunto:

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

Assim, na esteira do próprio Habermas, tão bem lembrado por Canotilho, é possível partirmos da premissa de que as ideias dos direitos fundamentais (e direitos humanos) e da soberania popular (que se encontra na base e forma a gênese do próprio pacto constituinte) seguem até hoje determinando e condicionando a auto-evidência normativa (*das normative Selbstverständnis*) do Estado Democrático de Direito. (...).

Nessa perspectiva, a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade, o que não afasta, como também de há muito já corresponde com a assertiva corrente, a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia⁶².

Dessarte, atualmente é possível se vislumbrar a existência de um direito Constitucional à privacidade, assegurado por meio de cláusula pétrea, que assegura a privacidade do domicílio e das comunicações, norma esta que advém antes, inclusive, das prerrogativas do exercício dos poderes estatais e da sua estruturação, o que demonstra um cenário onde se faz necessário o respeito absoluto aos direitos inerentes à privacidade e à vida privada.

1.2.2 O Direito à privacidade no ordenamento brasileiro

Quanto à classificação dos direitos fundamentais e à previsão do direito à privacidade na Constituição da República de 1988, é de se extrair que este direito consubstancia-se em um princípio⁶³, cuja eficácia transcende uma única geração ou eficácia.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009, 493p. p. 60-61.

⁶³ E aqui tratamos do conceito alexyano de princípio, como mandado de otimização (máximo) no caso concreto, exigindo, portanto, uma observância de maior eficácia tanto na elaboração do direito (legislativo) quanto na sua aplicação (jurisdição). Sobre o assunto: “Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização¹², que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas”. (AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 165, n. 1, p.123-134, jan. 2005. p. 126).

No tocante às gerações de direitos fundamentais, tal qual visto acima, com base nos ensinamentos de BONAVIDES⁶⁴, esses podem ser classificados como de primeira, segunda, terceira, quarta ou quinta gerações.

Contudo, a partir de uma análise do sistema democrático vigente, é possível se evidenciar a classificação somente em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, haja vista que os direitos supostamente de quarta e quinta geração são, em suma, direitos de primeira, segunda e terceira geração operantes em um novo campo de (atu)ação que, tal qual o direito de privacidade, muitas das vezes serão intergeracionais.

A democracia material, tida por BONAVIDES como direito fundamental de quarta geração, não é outra coisa senão a conjugação dos direitos de informação (direito fundamental social de segunda dimensão), participação política (direito fundamental de primeira dimensão) e de liberdade de expressão (direito fundamental de primeira geração), assim como o é a paz (direito de quinta geração), que é consequência da efetivação dos demais direitos.

É possível se extrair que o próprio BONAVIDES, em sua obra, sustenta que os direitos que, para ele, seriam de quarta geração, só seriam atingíveis a partir da máxima eficácia dos direitos de primeira, segunda e terceira geração, o que, por si só, demonstra que os direitos tidos por quarta geração não seriam direitos autônomos, mas, sim, a consequência da implementação dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações⁶⁵.

Portanto, o presente relatório adotará, para fins de classificação normativa dos direitos fundamentais, apenas a classificação clássica, quais seja, primeira, segunda e terceira geração.

A Constituição da República, por sua vez, não classificou os direitos fundamentais, dentre eles aquele da privacidade, por suas gerações – e nem

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 562-573.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 570/572.

seria esse o seu papel, algo que compete à doutrina –, razão pela qual o intérprete, ao estudar a normativa, deve efetuar, por si, tal classificação.

Como marco interpretativo, portanto, tem-se, no direito brasileiro, o direito à privacidade como um corolário do direito à inviolabilidade da vida privada (art. 5.º, inciso X), a inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, inciso XI) e a inviolabilidade do sigilo epistolar (art. 5.º, inciso XII).

A interpretação dos aludidos direitos deve ser a que guarda correspondência com a máxima efetividade, privilegiando o papel transformador que o direito deve possuir em um Estado Democrático Constitucional (neoconstitucionalismo)⁶⁶.

Sendo assim, é possível se estabelecer uma noção do direito fundamental à privacidade e à vida privada (inclusive se pensando na privacidade dos dados⁶⁷) como um direito intergeracional, ou seja, como um direito (principlológico) que possui planos de eficácia de primeira, segunda e terceira gerações.

Em um primeiro momento, ao se pretender tratar da privacidade, é possível se vislumbrar o seu status como uma obrigação negativa (abstenção) do Estado, que se consubstancia em um direito fundamental de primeira geração⁶⁸.

Nesse momento, vislumbra-se a ideia inicial e mais primitiva do direito de privacidade, qual seja, aquela que impede o Estado de invadir a seara privativa do indivíduo, impedindo o Estado de adentrar nos compartimentos

⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 98; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenutica e (neo)constitucionalismo**: Um debate com Luigi Ferrajoli. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56. p. 56; STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p. p. 98/101.

⁶⁷ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p.91-108, jul. 2017.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 570: “Os direitos da primeira geração são os da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”.

habitados sem autorização (art. 5.º, inciso XI, da CRFB/88⁶⁹); e que impede o Estado de proceder à devassa de comunicações telefônicas, telemáticas, por correio ou qualquer outra forma, sem autorização judicial devidamente justificada (art. 5.º, inciso XII, da CRFB/88⁷⁰).

Assim, fica evidente, nessa perspectiva negativa (*non facere* por parte do Estado); de liberdade, a dimensão e a ideia de privacidade como direito fundamental de primeira geração.

Não obstante se tratar a privacidade de um direito fundamental de primeira geração, é possível se verificar, também, aspectos de segunda geração neste direito, demandando, para sua consecução, atitudes ativas (*facere*) do Estado.

Nessa perspectiva, fica mais evidente a tônica de segunda geração quando se analisa a eficácia horizontal⁷¹ e diagonal⁷² do direito à privacidade, uma vez que, nestas situações, há necessidade de o Estado intervir para garantir que os particulares respeitem o direito a privacidade uns dos outros, estejam estes particulares em situação de igualdade (plano horizontal) ou em posição de hipossuficiência ou vulnerabilidade de um em relação a outro (diagonal).

No ponto, a eficácia positiva do direito à privacidade, sobretudo no campo das tecnologias digitais, se mostra de grande importância ao se tratar dos órgãos mantenedores de dados dos usuários, como, por exemplo, empresas que prestam serviços de redes sociais.

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.150-1.160; PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 137; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009, 493p. p. 382-383

⁷² MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5.ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 337.

Ainda, é possível se vislumbrar uma dimensão coletiva no direito de privacidade, razão pela qual é possível se visualizar nesse princípio jurídico aspectos de terceira dimensão.

Quanto aos direitos coletivos, segundo a doutrina e a legislação brasileira, estes podem ser classificados como difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Os direitos coletivos são classificados, no direito brasileiro, no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor⁷³.

Por direitos difusos, prevê a legislação, em seu inciso I, serem estes “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligados por circunstâncias de fato”⁷⁴, aspectos e características estas que são reforçadas pela doutrina.

Os direitos difusos confundem-se, muitas vezes, com o interesse da sociedade como um todo. Seus titulares são um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato, como habitarem em uma mesma cidade, desfrutarem de uma mesma paisagem ou dependerem de um mesmo rio para abastecimento de água. Exemplos típicos de direitos difusos são o direito a um meio ambiente saudável, à publicidade que não seja enganosa, a produtos cujo consumo não seja inadvertidamente nocivo. O fato de um direito ser difuso não impede que alguém que tenha sofrido uma lesão individual vá a juízo por conta própria, como no caso de uma pessoa que tenha sido vítima de um dano direto causado pela poluição de um rio ou pela compra de um medicamento que não advertia acerca dos riscos que trazia para a saúde⁷⁵.

Já os direitos coletivos *stricto sensu*, previstos no inciso II do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles “os transindividuais de

⁷³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

⁷⁵ BARROSOS, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana. **de Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p.34-55, 30 nov. 2007. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/211/prote%C3%A7%C3%A3o%20coletiva%20direitos_Barroso.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 ago. 2018. p. 37.

natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”⁷⁶.

Assim, a doutrina afirma serem os direitos coletivos:

Igualmente transindividuais e indivisíveis, são titularizados por “[...] grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (Lei nº 8.079/90, art. 81, II). O traço distintivo em relação aos direitos difusos é a determinabilidade dos titulares do direito, em razão do caráter mais restrito das pessoas afetadas. Alguns exemplos de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base⁹ e que tenham sido vítimas de um dano coletivo: os acionistas de uma sociedade por ações, afetados por uma decisão ilegal da diretoria; os condôminos de um edifício de apartamentos, vítimas de uma exigência irrazoável da prefeitura⁷⁷.

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, não se tratam de direitos coletivos, transindividuais, mas, sim, de direitos individuais de diversos indivíduos, que são decorrentes de um mesmo fato gerador, conforme assenta o inciso III do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor⁷⁸.

Desse modo, não é possível se classificar como coletivos ou direitos individuais homogêneos, ainda que, por uma opção de política jurisdicional, se possam utilizar de ações coletivas para tutela de tais direitos, haja vista não serem os aludido direitos, de fato, coletivos.

Sobre o assunto, é da doutrina:

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

⁷⁷ BARROSOS, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana. **de Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p.34-55, 30 nov. 2007. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/211/prote%C3%A7%C3%A3o%20coletiva%20direitos_Barroso.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 ago. 2018. p. 37.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

ligados entre si por uma relação de afinidade, se semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. (...). Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa. (...).

Porém, é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material – existe antes e independentemente do processo. Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais. Essa realidade deve ser levada em consideração quando se busca definir e compreender os modelos processuais destinados à sua adequada e mais efetiva defesa⁷⁹.

Portanto, por direitos coletivos, efetivamente coletivos, têm-se os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos.

Nessa perspectiva, é possível, sim, se visualizar características coletivas e difusas nos direitos decorrentes do direito à privacidade, uma vez que é possível se visualizar, por exemplo, na inviolabilidade do domicílio, a característica de proteção a uma coletividade determinada (coletivos *stricto sensu*), o que também ocorre com a proteção às comunicações, sobretudo nas eletrônicas, em que envolvem, por vezes, grupos de pessoas em uma mesma conversa.

De outro lado, a perspectiva difusa se demonstra de uma evidência parcialmente mais difícil de se vislumbrar, ainda que exista, mormente quando se falam em dados digitais, haja vista que o seu tratamento e a sua utilização, por meio do *big-data*⁸⁰, pode redundar em efeitos deletérios para o mercado de consumo e, máxime, para a democracia.

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2018. p. 27-42).

⁸⁰ Que pode ser conceituado como “conjunto de dados cuja existência só é possível em consequência da coleta massiva de dados que se tornou possível nos últimos anos, graças à onipresença de aparelhos e sensores na vida cotidiana e do número crescente de pessoas conectadas a tais tecnologias por meio de redes digitais e também de sensores” (SANTOS, Andréia. **O impacto do big data e dos algoritmos nas campanhas eleitorais**. Disponível em <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Andreia-Santos-V-revisado.pdf>> Acesso em 17-1-2018).

Sobre o assunto, a rede de imprensa BBC demonstrou como a empresa Cambridge Analytica direcionou a campanha presidencial do *outsider* Donald Trump⁸¹, o que motivou, inclusive, diversas apurações sobre privacidade dos dados digitais dos usuários da rede social *facebook*.

Portanto, o direito à privacidade pode ser classificado como um princípio jurídico intergeracional, que decorre de um direito humano fundamental com eficácia horizontal, vertical e diagonal e cuja matriz repousa na Constituição brasileira.

1.3 PROTEÇÃO DE DADOS NO DIREITO BRASILEIRO

No regime legal brasileiro, a proteção dos Dados pessoais informatizados (ainda) é visto como um campo ou dimensão do direito fundamental à privacidade, à vida íntima e à proteção da personalidade, não sendo, portanto, um direito autônomo, sendo esta, basicamente, a maior e principal diferença entre o regime de proteção de dados no direito europeu e brasileiro.

Nessa toada, é o que assentam Veronese e Melo⁸²:

No caso brasileiro, a operação interpretativa se deu pela mesma via, ou seja, pela expansão do direito fundamental à proteção da vida íntima e privada em direção aos direitos de personalidade e à proteção de dados pessoais. Todavia, no Brasil, essa expansão não encontrou amparo em disposições legislativas ou constitucionais diretas. Em suma, a diferença do Brasil em relação ao quadro jurídico europeu é a existência, no Direito Comunitário, da Carta dos Direitos Fundamentais, que contém dispositivo específico para a proteção dos dados pessoais.

⁸¹ BBC NEWS BRASIL (Brasil). **Como os dados de milhões de usuários do Facebook foram usados na campanha de Trump**. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-43705839>>. Acesso em: 21 ago. 2018. "A Cambridge Analytica ofereceu seus serviços à campanha presidencial de Donald Trump em 2016. Um exemplo de como os dados podem ter sido usados na campanha: a Cambridge Analytica saberia dizer quais pessoas no Facebook teriam o perfil adequado para receber anúncios divulgando bandeiras específicas do candidato.

Esse anúncios seriam 'moldados', levando em conta os medos, necessidades e emoções das pessoas".

⁸² VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). In **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 14. Ano 5. P. 71-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2018. p. 74-75.

Desse modo, no Brasil, não há um direito fundamental de proteção de Dados pessoais formalmente reconhecido, mas, sim, uma margem interpretativa do direito fundamental à privacidade e à vida privada que, em tese, permitiriam a proteção dos Dados pessoais tratados informaticamente.

Tal ampliação interpretativa se dá, inclusive, diante do fato de que, em todas as relações sociais litigiosas deve haver formas juridicamente válidas de se chegar a respostas corretas/adequadas, haja vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o seu corolário, de que juiz não poderá deixar de decidir determinado caso concreto alegando lacuna no direito (art. 5.º, inciso XXXV, da CRFB/88⁸³, art. 140 do Código de Processo Civil e art. 4.º da LINDB⁸⁴).

Assim, diante dos conflitos envolvendo a proteção de Dados pessoais informatizados, tem-se, em suma, duas vertentes conflituais, sendo estas: a) a utilização dos dados pelas autoridades públicas (sobretudo para fins de segurança e controle da criminalidade) e; b) utilização dos dados pelos órgãos privados mantenedores de tais dados.

Diante da ausência de regramento único no que tange aos Dados pessoais, a solução para cada um dos casos passou por normas distintas, haja vista que em um campo se tomou como paradigma decisório o direito público, enquanto em outro, por envolver apenas pessoas (físicas e jurídicas) de direito privado, optou-se por uma ampliação das normas privadas.

Atualmente, contudo, com a promulgação da Lei 13.709/2018, o Brasil deu um passo em direção do modelo europeu de proteção de dados, todavia, sem subordinar a proteção a um direito autônomo de proteção de dados.

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 06 nov. 2018.

1.3.1 A utilização dos dados pelas autoridades públicas, sobretudo para fins de segurança e controle da criminalidade

No que tange à utilização dos Dados pessoais privados para fins de segurança pública (controle e repressão da criminalidade) há a instauração de uma falsa dicotomia que se deve superar, qual seja, a que coloca em posições contrapostas a proteção dos direitos individuais com os direitos da coletividade⁸⁵.

Nesse ponto, as garantias dos indivíduos, como direitos de liberdade (*non facere* por parte do Estado), assim entendido, na teoria de Jellinek, como o *status negativus* dos direitos fundamentais, são, em última análise, uma garantia coletiva, contra eventuais maiorias de ocasião e contra o (ab)uso do poder de forma ilegítima⁸⁶.

Por outro lado, a segurança pública, entendida aqui como a prevenção e repressão da criminalidade, também é direito fundamental dos indivíduos, razão pela qual é dever do Estado encetar medidas para coibir tais práticas sociais.

Nessa linha, as normas insculpidas no art. 5.º, incisos XI e XII, da CRFB/88⁸⁷ e no art. 10, § 2.º da Lei n. 12.965 (Marco Civil da Internet)⁸⁸, assentaram a possibilidade de se afastar o direito de privacidade e vida privada em caso de “determinação judicial para fins de investigação criminal”⁸⁹.

Desse modo, a Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que, nos termos do ser art. 3.º, se rege, dentre outros, pelos princípios da “proteção da

⁸⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73-77.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 204.

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁸⁸ BRASIL. Lei n.12.965 Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁸⁹ BRASIL. Lei n.12.965 Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

privacidade” (inciso II) e da “proteção dos Dados pessoais” (inciso III)⁹⁰, foi, por certo tempo, o paradigma que regeu a proteção dos dados dos indivíduos em face do poder público, que estabeleceu, em seu art. 22, parágrafo único, como requisitos para a requisição judicial de dados os seguintes:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros⁹¹.

Portanto, ficaram rechaçadas, por ausência de permissão legislativa, medidas que importassem violações massivas e abrangentes dos direitos de privacidade de dados, tais como, e.g., decisão veiculada na imprensa, oriunda da Comarca de Ribeirão Preto, em que o juiz criminal, a pedido do Delegado de Polícia Civil, postulou todos os dados (inclusive fotos, contas e senhas salvas) de todas as pessoas que, no período de três dias, passaram a 500 metros do local de um determinado crime (decisão esta que foi rechaçada – acertadamente – pelo Superior Tribunal de Justiça)⁹².

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁹² PAVINI, Cristiano. **Polícia pede dados de celulares da população para chegar a criminosos**: Usuários de smartphones que passaram perto da chácara onde assaltantes se esconderam teriam informações liberadas; STJ nega. 2017. Disponível em: <<http://www.cbnribeirao.com.br/noticias/policia/NOT,2,2,1232346,Policia+pede+dados+de+celular+es+da+populacao+para+chegar+a+criminosos.aspx>>. Acesso em: 28 jun. 2018: “A Justiça de Ribeirão Preto exigiu que Apple, Google e Microsoft enviassem à Polícia Civil desde endereços de e-mail a senhas e fotos armazenadas de qualquer usuário de smartphone que circulou, entre os dias 2 e 5 de julho de 2016, em um raio de 500 metros da chácara onde os criminosos do assalto a Prosegur se hospedaram, no condomínio Balneário Recreativa.

O Google conseguiu barrar a decisão no STJ (Superior Tribunal de Justiça), alegando que seria uma “devassa generalizada” na intimidade de “milhares” de usuários que apenas circulavam pelo local, sem qualquer relação com o crime. Até quem circulou pela rodovia Anhanguera no período seria alvo.

Entre os dados que seriam liberados estavam, também, pesquisas feitas pelos usuários no Google.

Após decisão em primeira instância, de julho de 2016, o Google entrou com recurso. A Justiça de Ribeirão, então, determinou em agosto que apenas três informações seriam liberadas: dados da

O que se podia sustentar, portanto, a partir do Marco Civil da Internet, é que aos usuários deve ser assegurada a privacidade plena de seus dados, somente podendo estes serem enviados às autoridades públicas em havendo, cumulativamente, indícios de ocorrência de ilícito, justificativa cabal da necessidade (imprescindibilidade) da medida para fins de investigação e o período (mínimo necessário) certo e determinado que se pretende a devassa dos dados.

Por fim, tendo em vista o direito ao contraditório, ampla defesa (art. 5.º, inciso LV, da CRFB/88⁹³) e a transparência das relações, devem ser asseguradas ao usuário ciência acerca da aludida devassa, bem como ciência dos elementos colhidos, ainda que não militem contra ele.

1.3.2 A utilização dos dados pelo mercado para fins econômicos

A máxima de que informação é poder, não por acaso, talvez nunca tenha tido tanto relevo, ou tanta fonte empírica de ser comprovada, senão no período contemporâneo.

Assim, devido à complexidade das relações e ao crescente uso das tecnologias digitais e de inteligência artificial (sobretudo através de algoritmos de aprendizagem), as fontes de informação e a sua utilização como um ativo nunca foram tão relevantes.

Sobre a relevância da informação para o mercado, assenta:

A importância da informação dentro das organizações aumenta de acordo com o crescimento da complexidade da sociedade e das organizações. Em todos os níveis organizacionais (operacional, tático e estratégico) a informação é um recurso fundamental. A eficácia no tratamento da informação depende, em grande parte,

conta de email, relação de locais salvos no Google Maps e histórico de localização e deslocamento do usuário nos últimos 30 dias.

O Google entrou com recurso no TJ (Tribunal de Justiça) e, posteriormente, no STJ – que determinou a suspensão imediata das exigências em 24 de fevereiro de 2017 até que o caso fosse melhor analisado”.

⁹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

da forma com que ela é administrada e do bom entendimento de certos conceitos e relações⁹⁴.

O ambiente digital, onde todas as ações são registradas, é um cenário fértil para aquisição e negociação de informações.

A informação, contudo, não pode ser obtida a qualquer custo, devendo respeitar regras, máxime aquelas que tutelam os direitos individuais (privacidade) dos usuários, inclusive por se estar, em tais relações (usuário x servidor), a tutelar os direitos humanos diagonais, que são, em síntese, os direitos humanos fundamentais aplicados às relações privadas em que haja vulnerabilidade de uma das partes.

Assim, diante da ausência de normas que reconhecessem um direito fundamental, ou mesmo um regime único de proteção de Dados pessoais, o direito brasileiro consolidou a proteção dos dados nas relações privadas a partir das limitações impostas no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), no Código Civil (Lei 10.406/2002) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)⁹⁵.

No caso das relações envolvendo órgãos particulares mantedoras dos dados dos usuários, a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) assegura, em seu art. 7.º, inciso VII, que não poderão os mantenedores dos dados compartilhá-los com terceiros sem a anuência expressa e informada do usuário⁹⁶.

É assegurado aos usuários, ainda, o direito de só terem seus dados colhidos em caso de consentimento expresso, a ser concedido em cláusula destacada do contrato, bem como o direito de exclusão dos dados quando

⁹⁴ GOMES, Mairi Catiane; MIRANDA, Mari Camila; CARRARO, Isaias Ricardo. PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO NA LOGÍSTICA: Etapas e Estratégias para a Implementação. **Sustainable Business**: International Journal, Niterói, v. 1, n. 67, p.1-20, nov. 2016. p. 8.

⁹⁵ VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). In **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 14. Ano 5. P. 71-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2018. p. 81-82.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018: "VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei".

solicitado ou quando finda a relação (ressalvado o direito de manter os obrigatórios por lei), conforme dispõe o art. 7.º, incisos IX e X, da Lei 12.965/2014:

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei⁹⁷;

Mesmo após a colheita dos dados validamente realizada, quando do eventual tratamento destes, é necessário o respeito aos preceitos expressos no art. 7.º, inciso VIII, da Lei 12.965/2014, que assentam ser necessária a informação clara e completo ao usuário, só podendo ser a coleta utilizada para fins justificados, lícitos e que estejam especificadas no contrato⁹⁸.

No Código Civil, por sua vez, “estão adstritas ao conceito de intimidade (vida privada) e não estão relacionadas, diretamente, com as questões comerciais e com as bases de dados”⁹⁹, sendo que tais questões estão melhor dispostas no Código de Defesa do Consumidor, sobretudo em seu art. 43¹⁰⁰, que outorgam aos consumidores o direito a informação e consulta (*caput* e §§ 1.º e 2.º) de dados que existam sobre si em cadastros, o direito de questionar inexatidões (§ 3.º) e o direito ao esquecimento, consubstanciado na prescrição quinquenal de informações negativas (§§ 1.º e 5.º).

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

⁹⁸ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018

⁹⁹ VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). In **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 14. Ano 5. P. 71-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2018. p. 82.

¹⁰⁰ VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). In **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 14. Ano 5. P. 71-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2018. p. 82.

Assim, a legislação em vigor foi protetiva no que tange aos Dados pessoais informatizados, privilegiando a segurança privada e o direito a privacidade em detrimento de interesses econômicos de comercialização dos dados dos usuários (internautas).

1.3.3 Lei de proteção de dados pessoais brasileira: Lei n. 13.709/2018

Em data de 14 de agosto de 2018, após mais de dois anos de tramitação no Congresso Nacional, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei n. 13.709/2018, que “dispõe sobre a proteção de Dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014”¹⁰¹, com o objetivo declarado de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”¹⁰² dos usuários (internautas), tendo seus fundamentos indicados no art. 2.º do mencionado Projeto, que assenta serem estes:

- 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 e o livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais¹⁰³.

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁰² BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018. (art. 1.º).

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

Assim, referida legislação mira a transparência das relações, bem como busca outorgar aos usuários (pessoas naturais) uma proteção contra eventuais violações de seus Dados pessoais.

Nesse sentido, a novel legislação busca prever que, no tratamento dos Metadados, deverão se respeitadas as finalidades para as quais a autorização de fora conferida, bem como que somente os dados necessários a tais respectivas finalidades possam ser acessados, sempre se garantindo, ao usuário, transparência quanto a utilização de seus dados, conforme dispõe o art. 6.º da Lei em comento, que dispõe:

Art. 6.º. 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;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

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;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

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;

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;

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;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

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 medidas¹⁰⁴.

Ademais, os arts. 7.^o¹⁰⁵ e 8.^o¹⁰⁶, da Lei 13.709/2018 assentam que o tratamento de dados será precedido de autorização expressa, razão pela qual é imprescindível se vislumbrar a necessidade do consentimento expresso.

Nessa ocasião, o legislador perdeu importante oportunidade de assegurar a necessidade de consentimento, além de expresso, informado. Contudo, ainda com tal lacuna, que era sanada no projeto inicial da legislação, há necessidade de consentimento informado, diante da leitura em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, que assegura aos consumidores o direito da informação adequada (art. 6.^o, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁷).

Nesse mesmo sentido, gize-se, passaram a ser nulas as autorizações genéricas, para manipulação de quaisquer dados, para quaisquer fins, consoante dispõe o art. 8.^o, § 4.^o, da Lei 13.709/2018¹⁰⁸, bem como se assegura aos usuários (titulares dos (meta)dados) o direito de revogação e

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de novembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018: “§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas e serão nulas as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais”.

acesso aos dados, a qualquer tempo e sem qualquer custo (art. 8.º, § 5.º e art. 18, inciso IX¹⁰⁹).

Outro ponto relevante foi a proteção e a conceituação aos chamados “dados sensíveis” que são os:

dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural¹¹⁰.

Contudo, não andou igualmente bem a legislação ao alterar o texto do art. 13, § 1.º do Projeto de Lei 5.276/2016, que previa:

1º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, dados utilizados para a formação do perfil comportamental de uma determinada pessoa natural, ainda que não identificada¹¹¹. (grifei).

E agora, em seu art. 12, § 2.º, passa a prever:

§ 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para a formação do perfil comportamental de uma determinada pessoa natural, se identificada¹¹². (grifei).

Afinal, a mudança singela no texto traduz-se em uma ausência de proteção ante a manipulação do cruzamento de dados, que permitam o conhecimento de aspectos relevantes dos sujeitos, desde que não se possam identificá-los com atributos civis, tais como nome, identidade, Cadastro de Pessoa Física, etc, o que, como se sabe, é sobremaneira menos eficiente do que

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹¹² BRASIL. Projeto de Lei nº 4.060-A, de 29 de maio de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 29 maio 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1665276&filename=Tramitacao-PL+4060/2012>. Acesso em: 26 jun. 2018.

questões comportamentais, sobretudo para fins de manipulação massiva de indivíduos, seja para fins econômicos ou político eleitorais¹¹³⁻¹¹⁴.

Outro ponto nevrálgico é que a própria legislação exclui do regramento o tratamento de (meta)dados “realizado(s) para fins exclusivos de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais” (art. 4.º, inciso III¹¹⁵).

Assim, o que se vislumbra é que a legislação optou pela ausência de controle em relação àqueles que são os responsáveis por garantir a segurança pública, em uma demonstração – temerária – de confiança no Poder, em dissonância do que já entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia¹¹⁶.

Dessa forma, o que se denota da Lei 13.709/2018, ao tratar da proteção de dados, é que esta os trata sob o pálio do paradigma da derivação dos direitos individuais de liberdade, privacidade e vida privada, divergindo do que assenta o modelo europeu, em que os dados são protegidos com base no direito fundamental à proteção de Dados pessoais, um direito autônomo de viés individual e coletivo simultaneamente.

¹¹³ SANTOS, Andréia. **O impacto do big data e dos algoritmos nas campanhas eleitorais**. Disponível em <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Andreia-Santos-V-revisado.pdf>> Acesso em 17-1-2018

¹¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o**. Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹¹⁵ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.060-A, de 29 de maio de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 29 maio 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1665276&filename=Tramitacao-PL+4060/2012>. Acesso em: 26 jun. 2018.

¹¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o**. Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

Capítulo 2

O DIREITO DE PROTEÇÃO DE DADOS NO MODELO EUROPEU

2.1 À PROTEÇÃO DOS DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

Diversamente do que ocorre com o modelo brasileiro, em que o direito à proteção dos Dados pessoais (ainda) é prevista como uma seara ou um campo da proteção reconhecida à privacidade e à vida privada, o modelo jurídico europeu adota a concepção do direito à proteção de Dados pessoais como um direito fundamental autônomo.

Nesse sentido, a União Europeia, enquanto forma e processo, constante e paulatino, de harmonização de valores e interesses, requer, para que seus fins sejam atingidos, a atuação direta dos Estados-Membros no sentido delineado pelos diversos tratados constitutivos, visto que, malgrado a União venha adquirindo autonomia e até mesmo soberania¹¹⁷, ainda encontra limitações de competência para a efetivação dos mencionados tratados.

Portanto, há muito, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem firmado sua jurisprudência no sentido de consagrar o princípio do primado – ou da primazia –, que “significa que em caso de conflito, o direito da União se aplica com preferência sobre o direito nacional dos Estados-Membros”¹¹⁸.

Tal princípio, como destaca a doutrina, assenta no fato de que o espírito e os objetivos dos Tratados e, máxime, da própria União Europeia, seriam mitigados caso os Estados-Membros não aplicassem de forma igual o direito da União.

¹¹⁷ JUNCKER, Jean-claude. **Estado da União 2018**: Discurso sobre o Estado da União de 2018. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-speech_pt_0.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.

¹¹⁸ PAIS, Sofia Oliveira. **Princípios fundamentais de direito da União Europeia**. 3.^a edição. Editora Almedina, 2017, p. 46.

Assim, o princípio da primazia nasce como corolário lógico, diante dos fins axiológicos da União, afinal, de nada adiantaria a existência de um ente do jaez da União Europeia se os Estados-Membros pudessem editar normas internas que se contrapusessem aos normativos editados pela União, sempre com o devido respeito às suas competências, afinal, “a natureza vinculativa das normas do tratado ficaria comprometida sem o reconhecimento do princípio do primado”¹¹⁹.

Nesse sentido, o célebre e emblemático caso *Costa E.N.E.L* (Processo n. 6/64 do Tribunal de Justiça da União Europeia)¹²⁰ foi a linha precursora no sentido de se reconhecer e desenvolver o princípio do primado, afirmando, em suma, que o espírito do tratado não permitiria que os Estados-Membros fizessem prevalecer suas leis internas aos Tratados.

Nessa linha, é do Acórdão mencionado:

Esta integração, no direito de cada Estado-Membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor.

Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objectivos do Tratado referida no artigo 5.º, segundo parágrafo, e sem provocar uma discriminação proibida pelo artigo 7.º

As obrigações assumidas no Tratado que institui a Comunidade não seriam absolutas mas apenas eventuais, se pudessem ser postas em causa por posteriores actos legislativos dos signatários¹²¹.

Sobre o assunto, afirma PAIS, ao comentar o caso *Costa E.N.E.L.*:

¹¹⁹ PAIS, Sofia Oliveira. **Princípios fundamentais de direito da União Europeia**. 3.ª edição. Editora Almedina, 2017, p. 48.

¹²⁰ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. PROCESSO n. 6/64. Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 15 de julho de 1964. Disponível em <https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Cosa_Enel.pdf> Acesso em 2 jan. 2019.

¹²¹ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. PROCESSO n. 6/64. Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 15 de julho de 1964. Disponível em <https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Cosa_Enel.pdf> Acesso em 2 jan. 2019.

Numa interpretação teleológica, o TJUE considerou que o espírito e os objetivos do Tratado levaram a crer que seria impossível aos Estados-Membros reconhecer a primazia das suas ordens jurídicas nacionais. O direito da União havia sido aceito com base no princípio da reciprocidade, e todos os Estados-Membros tinham o dever de assegurar sua efetiva aplicação. Os objetivos de integração e cooperação entre todos ficariam comprometidos se os Estados se recusassem a aplicar o direito da União, que todos reconheciam que deveria ser igual e plenamente aplicado por todos¹²².

Em adendo, parte da doutrina entende que, ao criarem (ou aderirem, que não deixa de ser uma criação, pois a criação da União é um processo constante) a União Europeia, os Estados-Membros abrem mão de parte de sua competência e atribuição legislativa, fazendo uma transferência definitiva de atribuições para a União¹²³.

Nesse sentido, é do Acórdão *COSTA E.N.EL.*:

Efectivamente, ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios¹²⁴.

Portanto, com supedâneo o caso *Costa E.N.E.L.*, o direito da União e dos Estados-Membros têm reconhecido o princípio do primado como uma regra de hermenêutica e de aplicação do direito.

¹²² PAIS, Sofia Oliveira. **Princípios fundamentais de direito da União Europeia**. 3.ª edição. Editora Almedina, 2017, p. 47.

¹²³ DUARTE, Maria Luísa. **O Tratado da união europeia e a garantia da constituição**: notas de uma reflexão crítica, in estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, Lex, 2010. p. 670.

¹²⁴ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. PROCESSO n. 6/64. Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 15 de julho de 1964. Disponível em <https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Cosa_Enel.pdf> Acesso em 2 jan. 2019.

Tendo em vista os fundamentos do princípio do primado, enquanto “exigência existencial da própria ordem jurídica da União”¹²⁵, o Tribunal de Justiça reconheceu que este princípio subsiste, inclusive, em face de normas constitucionais fundamentais dos Estados-Membros, conforme assenta a doutrina:

Por outro lado, no Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft* (...), o TJUE deixou claro que nenhuma norma ou ato nacional, independentemente de seu lugar na hierarquia normativa no ordenamento jurídico interno, poderia comprometer a validade do direito da União. Assim, segundo o TJUE nem mesmo uma norma constitucional fundamental pode ser invocada para obstar à primazia do direito da União¹²⁶.

Todavia, o princípio do primado não tem o condão de revogar ou tornar letra morta o conteúdo da legislação do Estado-Membro, mas, sim, e tão somente, tem o escopo de afastar sua aplicação quando confrontada, em uma dada situação fática, com o direito da União.

Nesse talvegue, é da doutrina:

A obrigação de afastar o direito nacional contrário ao caso concreto não implica, contudo, para os tribunais nacionais a obrigação de anular ou declarar nulo o direito interno, que pode continuar a ser aplicável em casos não abrangidos pelo direito da União¹²⁷.

Ou seja, o princípio do primado deve ser observado caso a caso pelo juiz nacional, no seu exercício, pois o Tribunal de Justiça da União Europeia já decidiu que não possui competência para avaliar se o direito nacional é compatível com a União, mas, sim, serve para dar as balizas do que pode ser entendido ou interpretado através da norma da União, demonstrando, portanto, que o direito da União se sobrepõe, sim, ao direito nacional, sem, contudo, revogá-lo.

¹²⁵ PAIS, Sofia Oliveira. **Princípios fundamentais de direito da União Europeia**. 3.ª edição. Editora Almedina, 2017, p. 47.

¹²⁶ PAIS, Sofia Oliveira. **Princípios fundamentais de direito da União Europeia**. 3.ª edição. Editora Almedina, 2017, p. 53.

¹²⁷ PAIS, Sofia Oliveira. **Princípios fundamentais de direito da União Europeia**. 3.ª edição. Editora Almedina, 2017, p. 53.

Nesse sentido, o próprio direito da União, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mais precisamente em seu artigo 8.º, prevê o direito fundamental à proteção de dados e, ainda, a existência de uma autoridade independente para controlar o tratamento conferido aos dados colhidos, conforme consta da própria redação do dispositivo em comento:

Artigo 8.º Protecção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente¹²⁸.

Desse modo, diante do princípio do primado, aliado ao que dispõe o artigo 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, os Estados-Membros passaram a ter de incorporar em suas legislações a proteção de dados na perspectiva de direito fundamental autônomo, e mais, tiveram de criar autoridades independentes de fiscalização.

Nesse compasso, soa evidente a diferença que fez o legislador europeu entre a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, diretiva esta “relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de Dados pessoais e à livre circulação desses dados”¹²⁹, e o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, “relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de Dados

¹²⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Lisboa. Portugal. Jornal Oficial da União Europeia. 7 de junho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹²⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

personais e à livre circulação desses dados”¹³⁰, uma vez que enquanto aquela, em seu artigo primeiro tutelava o direito relativo aos dados com arrimo no direito à privacidade, o novo Regulamento, em razão da entrada em vigor da Carta de Direitos Fundamentais em dezembro de 2009, o tutela de forma autônoma, conforme se denota das suas redações:

Artigo 1.º Objecto da directiva

1 . Os Estados-Membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos, fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.

2 . Os Estados-Membros não podem restringir ou proibir a livre circulação de dados pessoais entre Estados-membros por razões relativas à protecção assegurada por força do n.º 1.¹³¹

Artigo 1.º Objeto e objetivos

1. O presente regulamento estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

2. O presente regulamento defende os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais.

3. A livre circulação de dados pessoais no interior da União não é restringida nem proibida por motivos relacionados com a proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais¹³².

Portanto, evidencia-se da redação das mencionadas normas que o direito à proteção de Dados pessoais é, cada vez mais, visto com um direito

¹³⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹³¹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 24 de outubro de 1995. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹³² UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 24 de outubro de 1995. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

autônomo em relação aos direitos de privacidade, vida privada e liberdade, ainda que, obviamente, guarde relação de proximidade em relação a estes.

2.2 REGULAMENTO 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DA UE

Ao tratar das implicações do direito fundamental à proteção de dados, em abril de 2016, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD), normativa à qual se pode atribuir a característica de ser a mais relevante alteração legislativa no que tange à proteção de dados até então.

Nesse sentido, o Regulamento tem como âmbito de aplicação toda e qualquer operação de tratamento de Dados pessoais, inclusive no que tange a coleta, o registro, a organização, a conservação, a utilização, a divulgação e destruição de qualquer informação relativa a uma pessoa física identificada ou identificável.

Ou seja, em síntese, visa garantir que seja observado o direito à proteção de Dados pessoais (também) no âmbito digital, inclusive no tocante aos Metadados, sendo a disposição normativa que se encontra em vigor quando o assunto é tratamento de Dados pessoais informatizados, cuja preocupação principal recai sobre o fluxo das informações digitais.

Importante destacar, ainda, que malgrado a norma tenha sido promulgada no âmbito do direito europeu, a normativa possui eficácia extra europeia, haja vista que também pode afetar as empresas brasileiras (por exemplo), uma vez que as normas do RGPD se aplicam em todos os casos em que haja a oferta de bens e serviços, ainda que gratuitos, a titulares de dados na União Europeia (art. 3.º, n. 2, “a”, do Regulamento 2016/679).

Assim, ao tratar do aludido Regulamento, é de se consignar que os regulamentos exarados no âmbito do direito da União Europeia, diferentemente

das estruturas legislativas do Brasil, costumam ser acompanhados de “Considerandos”, que são uma espécie de “exposição de motivos”.

No que tange aos “Considerandos”, é de se salientar as razões em que assenta a necessidade de um Regime Geral de Proteção de Dados, afinal, se houve uma convergência para criação de uma normativa (extensa, diga-se) implementando o direito à proteção de Dados pessoais é porque, salvo melhor juízo, viu-se um risco em sua utilização.

Nesse sentido, soa com destaque a redação do “Considerando” 75 que, de forma exemplificativa, elenca alguns dos riscos das atividades de tratamento de dados:

(75) O risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, poderá resultar de operações de tratamento de dados pessoais suscetíveis de causar danos físicos, materiais ou imateriais, em especial quando o tratamento possa dar origem à discriminação, à usurpação ou roubo da identidade, a perdas financeiras, prejuízos para a reputação, perdas de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional, à inversão não autorizada da pseudonimização, ou a quaisquer outros prejuízos importantes de natureza económica ou social; quando os titulares dos dados possam ficar privados dos seus direitos e liberdades ou impedidos do exercício do controlo sobre os respetivos dados pessoais; quando forem tratados dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas e a filiação sindical, bem como dados genéticos ou dados relativos à saúde ou à vida sexual ou a condenações penais e infrações ou medidas de segurança conexas; quando forem avaliados aspetos de natureza pessoal, em particular análises ou previsões de aspetos que digam respeito ao desempenho no trabalho, à situação económica, à saúde, às preferências ou interesses pessoais, à fiabilidade ou comportamento e à localização ou às deslocações das pessoas, a fim de definir ou fazer uso de perfis; quando forem tratados dados relativos a pessoas singulares vulneráveis, em particular crianças; ou quando o tratamento incidir sobre uma grande quantidade de dados pessoais e afetar um grande número de titulares de dados¹³³.

¹³³ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

Assim, o que se percebeu é que o Regulamento 2016/679 veio tutelar os indivíduos contra os riscos já anunciados (parcialmente) por setores da doutrina e da literatura (não só jurídica).

Nesse sentido, é o que se extrai de SILVEIRA e FROUFE¹³⁴:

Ora, na medida em que os algoritmos de aprendizagem se tornam os intermediários do mercado, concentram cada vez mais poder. E assim os algoritmos da Google determinam qual informação encontramos, os algoritmos da Amazon determinam que produto compramos, os algoritmos da Match.com sugerem o par ideal para quem o procura. O passo decisivo da escolha continua a ser nosso, mas 99% da seleção daquilo que consumimos já foi feita por algoritmos – explica Pedro Domingos. Surge então um novo efeito em rede: quem tiver mais clientes – acumula mais dados – obtém melhores modelos algoritmos – e conquista o maior número de clientes... E assim sucessivamente, num círculo virtuoso (ou vicioso, na perspectiva da concorrência, por como lidar com o monopólio digital?).

De qualquer forma, a aprendizagem automática não passa de uma tecnologia – e, portanto, o que importa é o que decidimos fazer com ela e como regular a sua utilização. (...). Não há serviços gratuitos na Internet... estamos sempre a pagar de alguma forma. A Google sabe de nossas pesquisas, a Amazon conhece as nossas preferências literárias, a Apple sabe das músicas que descarregamos. Estas empresas recolhem e vendem informações sobre nós.

Dessa forma, o que se denota da preocupação que serviu de escopo para a legislação ora em análise é que esta repousa nas formas de (ab)uso dos Dados pessoais e dos direitos fundamentais que, eventualmente, poderiam ser violados, tais como liberdade, privacidade, dignidade e até mesmo direitos coletivos também fundamentais, como a livre concorrência e o livre mercado.

No que concerne ao Regulamento (UE) 2016/679, este, já em seu início, mais precisamente nos “Considerandos” 1 e 2, dispõe que a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados é direito fundamental, devendo, portanto, sempre ser respeitado, não importando a nacionalidade ou local de residência da pessoa a ser tutelada, conforme se denota da redação da norma:

¹³⁴ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. *In UNIO EU Law Journal*. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 10-11.

(1) A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental. O artigo 8.º, n.1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») e o artigo 16.º, n.1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

(2) Os princípios e as regras em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais. O presente regulamento tem como objetivo contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares¹³⁵.

Nesse mesmo sentido, no art. 1.º, n. 2, do Regulamento 2016/679¹³⁶ fora prevista a proteção das pessoas singulares, assim como previu-se, no art. 2.º, n. 1, do Regulamento 2016/679¹³⁷ que o âmbito de aplicação da proteção seria o “tratamento automatizado ou não”.

Assim, fica claro o caráter autónomo do direito à proteção dos dados, por não haver em seu bojo a vinculação a outro direito fundamental, sobretudo a partir de uma leitura em conjunto com os “Considerandos” 5, 6 e 7, que assentam as razões que ensejaram a normatização da matéria (proteção de dados), sendo estes: i) o aumento das transações transfronteiriças de dados, sobretudo por agentes privados, em decorrência da integração económica; e ii) a rápida evolução tecnológica e o consequente aumento no uso da tecnologia

¹³⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹³⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “2. O presente regulamento defende os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais”.

¹³⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “1. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados”.

digital, mormente em face dos indivíduos, que cada vez mais lançam informações pessoais suas nas redes *online*¹³⁸.

O aludido normativo, ainda, foi específico em estender a proteção apenas às pessoas singulares (considerando 14¹³⁹), com especial ênfase para a proteção às crianças (considerando 38¹⁴⁰), não atingindo, portanto, as pessoas coletivas (pessoas jurídicas).

¹³⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “(5) A integração económica e social resultante do funcionamento do mercado interno provocou um aumento significativo dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais. O intercâmbio de dados entre intervenientes públicos e privados, incluindo as pessoas singulares, as associações e as empresas, intensificou-se na União Europeia. As autoridades nacionais dos Estados-Membros são chamadas, por força do direito da União, a colaborar e a trocar dados pessoais entre si, a fim de poderem desempenhar as suas funções ou executar funções por conta de uma autoridade de outro Estado-Membro.

(6) A rápida evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais. A recolha e a partilha de dados pessoais registaram um aumento significativo. As novas tecnologias permitem às empresas privadas e às entidades públicas a utilização de dados pessoais numa escala sem precedentes no exercício das suas atividades. As pessoas singulares disponibilizam cada vez mais as suas informações pessoais de uma forma pública e global. As novas tecnologias transformaram a economia e a vida social e deverão contribuir para facilitar a livre circulação de dados pessoais na União e a sua transferência para países terceiros e organizações internacionais, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção dos dados pessoais.

(7) Esta evolução exige um quadro de proteção de dados sólido e mais coerente na União, apoiado por uma aplicação rigorosa das regras, pois é importante gerar a confiança necessária ao desenvolvimento da economia digital no conjunto do mercado interno. As pessoas singulares deverão poder controlar a utilização que é feita dos seus dados pessoais. Deverá ser reforçada a segurança jurídica e a segurança prática para as pessoas singulares, os operadores económicos e as autoridades públicas”.

¹³⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “(14) A proteção conferida pelo presente regulamento deverá aplicar-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência, relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. O presente regulamento não abrange o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas, em especial a empresas estabelecidas enquanto pessoas coletivas, incluindo a denominação, a forma jurídica e os contactos da pessoa coletiva”.

¹⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “(38) As crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais”.

Ou seja, fora normatizado, no âmbito do direito europeu, o direito fundamental à proteção de dados enquanto direito humano fundamental, uma vez que seu reconhecimento fora somente às pessoas humanas, singulares, estipulando-se os seguintes princípios relativos ao tratamento dos Dados pessoais: a) licitude, lealdade e transparência; b) recolhimento e tratamento para finalidade (pré)determinadas; c) manutenção e tratamento mínimo para as finalidades perseguidas; d) informações devem ser, ao máximo possível, exatas e atualizadas; e) identificação dos titulares somente em caso de necessidade e; f) segurança (integridade e confidencialidade) (art. 5.º do Regulamento 2016/679)¹⁴¹.

Nessa perspectiva, com vistas a tutelar o direito fundamental à proteção de dados dos usuários é que fora previsto no Considerando 51 a proteção dos dados “especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais”. Dessa forma, deu-se relevo à proteção dos dados aptos a caracterizarem os indivíduos a partir de seu sexo, etnia e inclinação política, ainda que desconhecido a identidade civil ou mesmo o paradeiro (localização) deste¹⁴².

Assim, previu a legislação que, na medida do possível, os dados deverão ser “anonimizados”, possuindo proteção especial os dados relativos as pessoas identificadas ou identificáveis (dados “pseudonimizados” – possível de identificação a partir de cruzamento dos dados).

Sobre o assunto, é de bom alvitre ressaltar os termos dos Considerandos 26 e 51:

(26) Os princípios da proteção de dados deverão aplicar-se a qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. Os dados pessoais que tenham sido

¹⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁴² UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

pseudonimizados, que possam ser atribuídos a uma pessoa singular mediante a utilização de informações suplementares, deverão ser considerados informações sobre uma pessoa singular identificável. Para determinar se uma pessoa singular é identificável, importa considerar todos os meios suscetíveis de ser razoavelmente utilizados, tais como a seleção, quer pelo responsável pelo tratamento quer por outra pessoa, para identificar direta ou indiretamente a pessoa singular. Para determinar se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica. (...).

(51) Merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais. Deverão incluir-se neste caso os dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, não implicando o uso do termo «origem racial» no presente regulamento que a União aceite teorias que procuram determinar a existência de diferentes raças humanas. O tratamento de fotografias não deverá ser considerado sistematicamente um tratamento de categorias especiais de dados pessoais, uma vez que são apenas abrangidas pela definição de dados biométricos quando forem processadas por meios técnicos específicos que permitam a identificação inequívoca ou a autenticação de uma pessoa singular¹⁴³.

Nesse sentido, o art. 9.º do Regulamento 2016/679 prevê a proibição de tratamento de dados aptos a revelar a origem racial ou étnica, as inclinações políticas, religiosas e filosóficas, a orientação sexual e os relativos a biometria, ressalvadas as exceções previstas na norma, que assim dispõe:

É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa¹⁴⁴.

¹⁴³ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

E ao seguir a lógica (pouco utilizada no direito brasileiro, sobretudo quando se trata de direito público) de que deveres sem sanções não passam de meras recomendações (descumpridas sempre que possível, diga-se), foi previsto nos “Considerandos” 74 e 146 a responsabilidade civil dos agentes responsáveis pelo tratamento de dados por danos oriundos das atividades exercidas com os dados (tratamento).

Nesse talvegue, aduziu a Resolução:

(74) Deverá ser consagrada a responsabilidade do responsável por qualquer tratamento de dados pessoais realizado por este ou por sua conta. Em especial, o responsável pelo tratamento deverá ficar obrigado a executar as medidas que forem adequadas e eficazes e ser capaz de comprovar que as atividades de tratamento são efetuadas em conformidade com o presente regulamento, incluindo a eficácia das medidas. Essas medidas deverão ter em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como o risco que possa implicar para os direitos e liberdades das pessoas singulares.

(146) O responsável pelo tratamento ou o subcontratante deverão reparar quaisquer danos de que alguém possa ser vítima em virtude de um tratamento que viole o presente regulamento responsável pelo tratamento. O responsável pelo tratamento ou o subcontratante pode ser exonerado da responsabilidade se provar que o facto que causou o dano não lhe é de modo algum imputável. O conceito de dano deverá ser interpretado em sentido lato à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, de uma forma que reflita plenamente os objetivos do presente regulamento. Tal não prejudica os pedidos de indemnização por danos provocados pela violação de outras regras do direito da União ou dos Estados-Membros. Os tratamentos que violem o presente regulamento abrangem igualmente os que violem os atos delegados e de execução adotados nos termos do presente regulamento e o direito dos Estados-Membros que dê execução a regras do presente regulamento. Os titulares dos dados deverão ser integral e efetivamente indemnizados pelos danos que tenham sofrido. Sempre que os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes estiverem envolvidos no mesmo tratamento, cada um deles deverá ser responsabilizado pela totalidade dos danos causados. Porém, se os processos forem associados a um mesmo processo judicial, em conformidade com o direito dos Estados-Membros, a indemnização poderá ser repartida em função da responsabilidade que caiba a cada responsável pelo tratamento ou subcontratante pelos danos causados em virtude do tratamento efetuado, na condição de ficar assegurada a indemnização integral e efetiva do titular dos dados pelos danos que tenha sofrido. Qualquer responsável pelo tratamento ou subcontratante que tenha pago uma indenização integral, pode

posteriormente intentar uma ação de regresso contra outros responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes envolvidos no mesmo tratamento¹⁴⁵.

Assim, foi fixada a obrigação de o responsável pelo tratamento de dados manter a segurança destes, inclusive por meio da pseudonimização e cifragem (art. 32.º do Regulamento 2016/679¹⁴⁶), prevendo, ainda, a responsabilidade civil dos responsáveis pelo tratamento por eventuais danos decorrentes de suas atividades (art. 82.º do Regulamento 2016/679)¹⁴⁷.

Além dos direitos coletivos inerentes aos deveres impostos aos responsáveis pelo tratamento de dados, foram previstos, também, direitos individuais potestativos aos usuários, dentre eles os direitos de (i) informação, (ii) exclusão (esquecimento) e (iii) oposição.

No Considerando 59 fora fixado o “direito a informação”, assim foi outorgado aos titulares dos dados as prerrogativas de “solicitar e, sendo caso

¹⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.** Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.** Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “Art. 32.º. Segurança do tratamento 1.Tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos de aplicação e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento, bem como os riscos, de probabilidade e gravidade variável, para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento e o subcontratante aplicam as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco, incluindo, consoante o que for adequado: a) A pseudonimização e a cifragem dos dados pessoais; b) A capacidade de assegurar a confidencialidade, integridade, disponibilidade e resiliência permanentes dos sistemas e dos serviços de tratamento; c) A capacidade de restabelecer a disponibilidade e o acesso aos dados pessoais de forma atempada no caso de um incidente físico ou técnico; d) Um processo para testar, apreciar e avaliar regularmente a eficácia das medidas técnicas e organizativas para garantir a segurança do tratamento. 2.Ao avaliar o nível de segurança adequado, devem ser tidos em conta, designadamente, os riscos apresentados pelo tratamento, em particular devido à destruição, perda e alteração acidentais ou ilícitas, e à divulgação ou ao acesso não autorizados, de dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento”.

¹⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.** Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

disso, obter a título gratuito, em especial, o acesso a Dados pessoais, a sua retificação ou o seu apagamento e o exercício do direito de oposição”¹⁴⁸.

Quanto à exclusão (direito de apagamento e esquecimento) foi fixado que o titular dos dados tem Direito subjetivo ao apagamento de seus dados sempre que estes deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram tratados ou em caso de retirada de autorização ou oposição, que, em síntese, é o que assegura ao titular o direito de se opor ao seu tratamento e a sua utilização

Nesse sentido, é a redação dos “Considerandos” 65 e 66:

(65) Os titulares dos dados deverão ter direito a que os dados que lhes digam respeito sejam retificados e o «direito a serem esquecidos» quando a conservação desses dados violar o presente regulamento ou o direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento. Em especial, os titulares de dados deverão ter direito a que os seus dados pessoais sejam apagados e deixem de ser objeto de tratamento se deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados, se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento. (...).

(66) Para reforçar o direito a ser esquecido no ambiente por via eletrónica, o âmbito do direito ao apagamento deverá ser alargado através da imposição ao responsável pelo tratamento que tenha tornado públicos os dados pessoais da adoção de medidas razoáveis, incluindo a aplicação de medidas técnicas, para informar os responsáveis que estejam a tratar esses dados pessoais de que os titulares dos dados solicitaram a supressão de quaisquer ligações para esses dados pessoais ou de cópias ou reproduções dos mesmos. Ao fazê-lo, esse responsável pelo tratamento deverá adotar as medidas que se afigurarem

¹⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.** Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “(59) Deverão ser previstas regras para facilitar o exercício pelo titular dos dados dos direitos que lhe são conferidos ao abrigo do presente regulamento, incluindo procedimentos para solicitar e, sendo caso disso, obter a título gratuito, em especial, o acesso a dados pessoais, a sua retificação ou o seu apagamento e o exercício do direito de oposição. O responsável pelo tratamento deverá fornecer os meios necessários para que os pedidos possam ser apresentados por via eletrónica, em especial quando os dados sejam também tratados por essa via. O responsável pelo tratamento deverá ser obrigado a responder aos pedidos do titular dos dados sem demora injustificada e o mais tardar no prazo de um mês e expor as suas razões quando tiver intenção de recusar o pedido”.

razoáveis, tendo em conta a tecnologia disponível e os meios ao seu dispor, incluindo medidas técnicas, para informar do pedido do titular dos dados pessoais os responsáveis que estejam a tratar os dados.

Ademais, com base na preocupação com a chamada “discriminação algorítmica”, restou fixada a proibição de decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado dos dados, incluindo-se em tal proibição a definição de perfil, o que, por si só, conduz a um grande impacto nas questões envolvendo Algoritmos e controle de informação.

Nesse talante, é a redação do Art. 22.º do Regulamento 2016/679:

O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar¹⁴⁹.

Por fim, fora inserido no âmbito normativo instrumentos aptos a ensejar o melhor cumprimento das diretrizes fixadas, tais como a conservação dos registros das atividades, cifragem e incentivo para a criação de procedimentos, selos e marcas de certificação, como uma forma de controle com menor onerosidade para o poder público (“Considerandos” 82, 83¹⁵⁰ e 100¹⁵¹).

¹⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maior de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maior de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “(82) A fim de comprovar a observância do presente regulamento, o responsável pelo tratamento ou o subcontratante deverá conservar registos de atividades de tratamento sob a sua responsabilidade. Os responsáveis pelo tratamento e subcontratantes deverão ser obrigados a cooperar com a autoridade de controlo e a facultar-lhe esses registos, a pedido, para fiscalização dessas operações de tratamento.

(83) A fim de preservar a segurança e evitar o tratamento em violação do presente regulamento, o responsável pelo tratamento, ou o subcontratante, deverá avaliar os riscos que o tratamento implica e aplicar medidas que os atenuem, como a cifragem”.

¹⁵¹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maior de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “(100) A fim de reforçar a transparência e o cumprimento do presente regulamento, deverá ser encorajada a criação de procedimentos de certificação e selos e marcas

Portanto, sobreleva notar que a União Europeia, ao adotar o Regime Geral de Proteção de Dados, conferiu especial proteção e privilégio ao direito fundamental à proteção de dados, inclusive em face de interesses de controle social, por parte dos Estados-Membros ou mesmo por parte do mercado (novo ente “verdadeiramente soberano”)¹⁵².

2.3 MÉTODOS DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE PROTEÇÃO DE DADOS E UTILIZAÇÃO DOS METADADOS A PARTIR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: UMA LEITURA A PARTIR DOS CASOS *DIGITAL IRELAND* E *SEITLINGER* (C-293/12 E C-594/12) E *TELE2 SVERIGE AB/POST-OCH TELESTYRELSEN* E *SECRETARY OF STATE FOR HOME DEPARTMENT/TOM WATSON E O.* (C-203/15 E C-698/15)

O Tribunal de Justiça da União Europeia, por duas oportunidades, efetuou julgamentos paradigmáticos no que concerne à proteção de dados dos usuários das tecnologias digitais, sendo os casos *Digital Ireland* e *Seitlinger* (C-293/12 e C-594/12), julgados conjuntamente, em Acórdão único, e *Tele2 Sverige Ab/Post-Och Telestyrelsen* e *Secretary Of State For Home Department/Tom Watson E O.* (C-203/15 e C-698/15), igualmente julgados em conjunto em único Acórdão.

Os casos guardam relevo prático grande em virtude, principalmente, das preocupações que os magistrados europeus demonstraram ter com os riscos inerentes ao controle dos Dados pessoais informatizados.

de proteção de dados, que permitam aos titulares avaliar rapidamente o nível de proteção de dados proporcionado pelos produtos e serviços em causa”.

¹⁵² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo** a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 84/85: “A exclusão, pelos órgãos de um estado soberano é possível de objeção e protesto, de modo que há uma chance de ser anulada – mas não a deportação pelo mercado soberano, pois não há neste um juiz nomeado presidindo o julgamento ou uma recepcionista para aceitar os documentos de apelação, ao mesmo tempo em que não se fornece um endereço para o qual se possa remetê-los.

Para evitar os protestos que podem seguir-se veredictos do mercado, os políticos testaram a formula da NEA (“não existe alternativa”) – um diagnostico que quase se concretiza por si mesmo, uma hipótese que praticamente confirma a si mesma. Quanto mais se repete a formula, mais profunda é a renúncia da soberania do estado em relação aos mercados consumidores de produtos, enquanto a soberania dos mercados vai ficando mais ousada e obstinada.

Contudo, não é o estado, nem mesmo seu braço executivo, que está sendo solapado, erodido, enfraquecido, que está definhando – mas sua soberania, sua prerrogativa de estabelecer o limite entre incluídos e excluídos, assim como o direito de reabilitar e readmitir estes últimos”.

Assim, ao julgar o *case Digital Ireland e Seitlinger* (C-293/12 e C-594/12), o Advogado-Geral e os magistrados demonstraram especial preocupação com: a) o sentimento de vigilância sentido pelos cidadãos; b) possível ofensa do direito à vida privada e; c) o fato de o controle trazer mais riscos do que os inerentes a ausência de controle, visto que o controlador (detentor de tais dados) teria um poder de ingerência sobremaneira elevado na vida e na rotina dos indivíduos.

Já no caso *Tele2 Sverige Ab/Post-Och Telestyrelsen e Secretary Of State For Home Department/Tom Watson E O.* (C-203/15 e C-698/15), as preocupações aduzidas foram no sentido de: a) possíveis casos de abusos de autoridade, por meio da utilização abusiva dos dados, diante da vulnerabilidade dos cidadãos; b) o risco de, mesmo em havendo anonimização dos dados, haver cruzamento de dados que permitam controle social ilegítimo e; c) o pânico passível de ser gerado em razão da sensação da insegurança pela vigilância constante.

2.3.1 Casos *Digital Ireland* (C-293/12) e *Seitlinger* (C-594/12)

Nos casos *Digital Ireland* (C-293/12) e *Seitlinger* (C-594/12), o Tribunal de Justiça da União Europeia pôde se debruçar, em questão prejudicial, acerca da Diretiva 2006/24/CE, que assentava que os Estados-Membros eram obrigados a conservar dados (Metadados) acerca das telecomunicações de todos, absolutamente todos, os usuários, por períodos não inferiores a seis meses e nem superiores a 24 meses (arts. 5.º e 6.º da Diretiva 2006/24/CE).

Mais especificamente, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso, se manifestou quanto à compatibilidade entre a determinação de conservação de dados dos usuários por parte das prestadoras dos serviços de telecomunicações e a preservação do direito a privacidade.

Sobre o assunto, foram as questões prejudiciais suscitadas pelos órgãos jurisdicionais de reenvio:

A restrição dos direitos da [recorreste], no que respeita à utilização da rede telefônica móvel, resultante das exigências dos artigos 3.º, 4.º e 6.º da diretiva 2006/24/CE é incompatível com o artigo

5.º, n.º 4, TUE, na medida em que é desproporcionada e desnecessária ou inadequada para alcançar os objetivos legítimos de: assegurar que determinados dados são disponibilizados para efeitos de investigação, deteção e repressão de crimes graves?

e/ou assegurar o funcionamento adequado no mercado interno da união Europeia?

Concretamente, A diretiva 2006/24/CE é compatível com o direito dos cidadãos de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, consagrado no artigo 21.º TFUE?

A diretiva 2006/24/CE é compatível com o direito ao respeito pela vida privada, consagrado no artigo 7.º da carta [dos Direitos fundamentais da União Europeia (a seguir ‘Carta’)] e no artigo 8.º da CEDH?

A diretiva 2006/24/CE é compatível com o direito à proteção dos dados pessoais, consagrado no artigo 8.º da carta?

A diretiva 2006/24/CE é compatível com o direito à liberdade de expressão, consagrado no artigo 11.º da carta e no artigo 10.º da CEDH?

A diretiva 2006/24/CE é compatível com o direito a uma boa administração, consagrado no artigo 41.º da carta?

Em que medida os tratados – e, em concreto, o princípio da cooperação leal previsto no artigo 4.º, n.º 3, TUE – exigem que os tribunais investiguem e apreciem a compatibilidade das medidas nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE com as garantias conferidas pela [Carta], incluindo o seu artigo 7.º (cujo conteúdo é inspirado no artigo 8.º da CEDH) ?

(...).

Nestas condições, o verfassungsgerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao tribunal de justiça as seguintes questões prejudiciais:

Quanto a validade dos atos adotados pelas instituições da União:

Os artigos 3.º a 9.º da diretiva [2006/24] são compatíveis com os artigos 7.º, 8.º e 11.º da [carta] ?

Quanto a interpretação dos tratados:

A luz das anotações ao artigo 8.º da carta, as quais, nos termos do artigo 52.º, n.º 7, da carta. Devem ser tidas em devida conta pelo Verfassungsgerichtshof como orientações para a interpretação da referida carta, a diretiva [95/46] e o regulamento (CE) n.º 45/2001 do parlamento europeu e do conselho, de 18 de dezembro de 2000, relativo a proteção das pessoas singulares no

que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e a livre circulação desses dados?

Atendendo ao facto de a diretiva [95/46] e o regulamento [...] n.º 45/2001 imporem condições e restrições na salvaguarda do direito fundamental a proteção de dados constante da carta, as alterações resultantes do direito derivado posterior devem ser tidas em consideração ao interpretar o artigo 8.º da carta?

Considerando o artigo 52.º, n.º 4, da carta, resulta do princípio da salvaguarda de um nível de proteção mais elevado, consagrado no artigo 53.º da carta, que os limites, estabelecidos pela carta, para as restrições que podem ser colocadas pelo direito derivado devem ser definidos de acordo com critérios mais exigentes?

Considerando o artigo 52.º, n.º 3, da carta, o artigo 5.º do preâmbulo e as anotações ao artigo 7.º da carta, nos termos das quais os direitos aí garantidos correspondem aos direitos garantidos pelo artigo 8.º da CEDH, é possível deduzir da jurisprudência do tribunal Europeu dos direitos do homem em relação ao artigo 8.º da CEDH a existência de elementos de interpretação do artigo 8.º da carta que possam influenciar a interpretação deste último artigo?¹⁵³

Assim, diante da similitude entre ambos os casos, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu por bem proceder a análise conjunta dos mesmos.

Nesse sentido, nas suas conclusões, o Advogado-Geral P. Cruz Villalón entendeu que “a diretiva constitui uma ingerência no direito fundamental dos cidadãos ao respeito pela vida privada”¹⁵⁴, sobretudo quanto ao risco de que tais dados disponibilizassem informações relevantes acerca da vida privada dos indivíduos, informações estas que poderiam, frise-se, ser utilizadas também para fins ilícitos¹⁵⁵.

¹⁵³ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão C-293/12 e C-594/12: Digital Rights Ireland Seitlinger e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 8 de abril de 2014. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5034578>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Comunicado de imprensa n. 157/13.** Tribunal de Justiça da União Europeia. Luxemburgo: 12 de dezembro de 2013.

¹⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Comunicado de imprensa n. 157/13.** Tribunal de Justiça da União Europeia. Luxemburgo: 12 de dezembro de 2013: “O advogado-geral sublinha, a este respeito, que a exploração desses dados pode permitir determinar de maneira fiel e exaustiva uma parte importante dos comportamentos de uma pessoa que fazem estritamente parte da sua vida privada, ou inclusivamente um retrato completo e preciso da sua identidade privada. Existe, por

Nesse talveque, foram exatamente os termos utilizado pelo Advogado Geral:

74- Os dados em causa, importa insistir mais uma vez a este respeito, não são dados pessoais na aceção clássica do termo, referentes a informações pontuais sobre a identidade das pessoas, mas dados pessoais, por assim dizer, qualificados, cuja exploração pode permitir a cobertura cartográfica fiel e exaustiva de uma parte importante dos comportamentos de uma pessoa abrangidos estritamente pela sua vida privada, ou até um retrato completo e preciso da sua identidade privada.

75- a intensidade desta ingerência é acentuada por elementos que agravam o risco de, não obstante as obrigações impostas pela diretiva 2006/24 aos próprios Estados-Membros, bem como aos fornecedores de serviços de comunicações eletrônicas, os dados conservados poderem ser utilizados para fins ilícitos, potencialmente atentatórios da vida privada ou, em sentido mais lato, para fins fraudulentos, ou mesmo mal intencionados¹⁵⁶.

Lembrou o Advogado-Geral o fato de que “o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, por seu lado, decidiu repetidamente que a memorização por uma autoridade pública, de dados relativos à vida privada de um indivíduo constituía uma ingerência no direito ao respeito pela sua vida privada”¹⁵⁷.

Ademais, demonstrou o Advogado-Geral possuir preocupação quanto a possível existência de sentimento de vigilância difusa por parte dos cidadãos, o que implicaria em violação de direitos como a autonomia e a autodeterminação, além da privacidade, conforme ressaltado:

72- Em qualquer caso, contudo, a recolha (63) e, sobretudo, a conservação (64), em gigantescas bases de dados, de múltiplos dados, gerados ou tratados no âmbito da maior parte das

outro lado, um risco acrescido de que os dados conservados possam ser utilizados para fins ilícitos, potencialmente atentatórios da vida privada ou, no sentido mais lato, para fins fraudulentos, ou mesmo mal-intencionados. Com efeito, os dados não são conservados pelas autoridades públicas, nem sequer sob o controlo direto destas, mas pelos próprios fornecedores dos serviços de comunicações eletrônicas. Além disso, a diretiva não prevê que os dados devem ser conservados no território de um Estado-Membro. Esses dados podem, por conseguinte, ser acumulados em locais indeterminados do ciberespaço”.

¹⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do advogado-geral nos processos apensos C-293/12 e C-594/12 Digital Rights Ireland Seitlinger e o..** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 12 de dezembro de 2013. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-ue-diretiva-registro-ligacoes.pdf>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Comunicado de imprensa n. 157/13.** Tribunal de Justiça da União Europeia. Luxemburgo: 12 de dezembro de 2013.

comunicações eletrônicas correntes dos cidadãos da União (65) constitui uma ingerência caracterizada na sua vida privada, embora estas criem apenas as condições que permitem um controlo retrospectivo das suas atividades pessoais e profissionais. A recolha destes dados cria as condições para uma vigilância que, apesar de destinada a ser exercida apenas retrospectivamente aquando da sua exploração, ameaça, no entanto, permanentemente, durante toda a duração do seu período de conservação, o direito dos cidadãos da União ao segredo das suas vidas privadas. O sentimento difuso de vigilância (66) gerado coloca de forma especialmente premente a questão da duração da conservação de dados¹⁵⁸.

Assim, o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça seguiu a mesma linha de raciocínio, privilegiando as liberdades individuais em detrimento do controle da suposta criminalidade.

Restou consignado no Acórdão *Digital Ireland e Seitlinger C-293/12* e *C-594/12* que o respeito à vida privada é direito humano fundamental, só podendo, portanto, sofrer restrições em casos onde seja imprescindível para a salvaguarda de direitos tão ou mais imprescindíveis que este no caso concreto, haja vista o princípio da proporcionalidade¹⁵⁹.

Dessa forma, sobreleva notar que o caso ganhou a tutela jurídica em razão do direito à proteção de Dados pessoais, como um direito autônomo e, ainda, em razão do direito à privacidade e a liberdade de expressão, instrumentalizadas pela tutela dos Dados pessoais¹⁶⁰.

¹⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do advogado-geral nos processos apensos C-293/12 e C-594/12 Digital Rights Ireland Seitlinger e o..** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 12 de dezembro de 2013. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-ue-diretiva-registro-ligacoes.pdf>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão C-293/12 e C-594/12: Digital Rights Ireland Seitlinger e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 8 de abril de 2014. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5034578>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão C-293/12 e C-594/12: Digital Rights Ireland Seitlinger e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 8 de abril de 2014. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5034578>> Acesso em 2 jan. 2019: “A conservação dos dados, para efeitos do eventual acesso aos mesmos pelas autoridades nacionais competentes, como prevista pela Diretiva 2006/24, diz direta e especificamente respeito à vida privada e, assim, aos direitos garantidos pelo artigo 7.º da Carta. Além disso, essa conservação dos dados está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 8.º desta, uma vez que constitui um tratamento de

Ademais, a proporcionalidade fora outra pedra de toque do caso fora o princípio da proporcionalidade, visto que a Diretiva, para assegurar uma proteção eficiente aos direitos dos usuários (internautas), deveria conter regras claras e precisas sobre as formas e os limites na ingerência nos direitos fundamentais. Assim, inexistindo tais limites, entendeu o TJUE que a diretiva feriria o princípio da proporcionalidade, uma vez que a ingerência seria mais prejudicial do que o eventual mal que pretendia combater¹⁶¹.

2.3.2 Casos *Tele2 Sverige Ab/Post-Och Telestyrelsen* (c-203/15) e *Secretary of State for Home Department/Tom Watson E O.* (c-698/15)

Nos casos *Tele2 Sverige Ab/Post-Och Telestyrelsen* (C-203/15) e *Secretary Of State For Home Department/Tom Watson E O.* (C-698/15), o Tribunal de Justiça da União Europeia manifestou-se sobre questão semelhante aos julgados indicados acima, conforme assentou o Advogado-Geral em suas conclusões:

Tendo-lhe sido colocadas questões pelo Kammarrätten i Stockholm (Tribunal administrativo de recurso de Estocolmo, Suécia) e pela Court of Appeal (England and Wales) (Civil

dados pessoais na aceção deste artigo e deve, assim, necessariamente, respeitar as exigências de proteção de dados resultantes deste artigo (acórdão Volker und Markus Schecke e Eifert, C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, n.º 47)".

¹⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão C-293/12 e C-594/12: Digital Rights Ireland Seitlinger e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 8 de abril de 2014. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5034578>> Acesso em 2 jan. 2019: "Resulta do que precede que a Diretiva 2006/24 não estabelece regras claras e precisas que regulem o alcance da ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta. Impõe-se pois concluir que esta diretiva comporta uma ingerência nestes direitos fundamentais, de grande amplitude e particular gravidade na ordem jurídica da União, sem que essa ingerência seja enquadrada com precisão por disposições que permitam garantir que se limita efetivamente ao estritamente necessário.

Acresce que, no que respeita às regras relativas à segurança e à proteção dos dados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, há que concluir que a Diretiva 2006/24 não prevê garantias suficientes, como exige o artigo 8.º da Carta, que permitam assegurar uma proteção eficaz dos dados conservados contra os riscos de abuso e contra qualquer acesso e utilização ilícita dos mesmos. Com efeito, em primeiro lugar, o artigo 7.º da Diretiva 2006/24 não estabelece regras específicas e adaptadas à grande quantidade de dados cuja conservação é imposta por esta diretiva, ao caráter sensível destes dados e ao risco de acesso ilícito aos mesmos, regras que se destinariam, designadamente, a regular de maneira clara e estrita a proteção e a segurança dos dados em causa, a fim de garantir a sua plena integridade e confidencialidade. Além disso, também não foi prevista uma obrigação precisa de os Estados-Membros estabelecerem tais regras."

Division) (Divisão Cível do Tribunal de recurso de Inglaterra e do País de Gales, Reino Unido), o Tribunal de Justiça é convidado a indicar se regimes nacionais que impõem aos prestadores uma obrigação geral de conservação de dados são compatíveis com o direito da União (nomeadamente a diretiva relativa à «privacidade e às comunicações eletrónicas» e certas disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da UE)¹⁶².

Nesse talante, foram as questões prejudiciais suscitadas:

1) É compatível com o artigo 15.º, n.1, da Diretiva 2002/58/CE à luz dos artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.1, da Carta [dos Direitos Fundamentais da União Europeia], uma obrigação geral de conservar dados de tráfego relativos a todas as pessoas, a todos os meios de comunicação eletrónica e a todos os dados de tráfego, sem quaisquer distinções, limitações ou exceções, para efeitos do objetivo de combate à criminalidade (conforme descrito [na decisão de reenvio])? 2) Em caso de resposta negativa à primeira questão, pode, não obstante, a conservação ser permitida quando: a) o acesso das autoridades nacionais aos dados conservados seja determinado conforme [descrito na decisão de reenvio], e b) os requisitos de segurança sejam regulados conforme [descrito na decisão de reenvio], e c) todos os dados revelantes sejam conservados pelo período de seis meses, calculado a partir do dia em que cessa a comunicação, sendo subsequentemente apagados conforme [descrito na decisão de reenvio]?

Ao manifestar-se em suas conclusões finais, o Advogado-Geral H. Saugmandsgaard Øe, inicialmente, fez referência ao julgado analisado acima, afirmando que o Tribunal de Justiça teria invalidado a Diretiva 2006/24/CE em virtude da violação do princípio da proporcionalidade, uma vez que a manutenção da informação de todos os usuários não se limitava ao estritamente necessário para a efetiva tutela dos bens jurídicos que se pretendiam salvaguardar, bem como por consistir a medida em uma violação aos direitos de privacidade.

Porém, frisou o Advogado-Geral que restou consignado no julgado que a mera determinação de manutenção das informações, por si só, não era capaz de gerar nulidade, desde que, frise-se, fossem respeitados todos os

¹⁶² UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

requisitos cumulativos fixados pelo Tribunal de Justiça no caso *Digital Rights Ireland*.

Sobre o assunto, assentou o Advogado-Geral:

115- deste modo, a inserção do artigo 15.º, n.º 1-A, da diretiva 2002/58 não confirma a incompatibilidade de uma obrigação geral de conservação de dados com o regime estabelecido por esta diretiva, mas sim a vontade de o legislador da União proceder a uma harmonização exaustiva aquando da adoção da diretiva 2006/24.

116- atendendo ao que procede, considero que uma obrigação geral de conservação de dados é compatível com o regime estabelecido pela diretiva 2002/58 e que, por conseguinte, um estado-membro pode utilizar a faculdade conferida pelo artigo 15.º n.º 1, desta diretiva para impor tal obrigação. O recurso a esta faculdade esta, no entanto, sujeito ao respeito de exigências estritas, que serão analisadas noutra secção. (...)

125- Não obstante, uma obrigação de conservação de dados tem por razão de ser permitir que as autoridades repressivas acedam aos dados conservados, pelo que as problemáticas da conservação e do acesso dela não podem ser completamente dissociadas. Como a comissão sublinhou acertadamente, as disposições que regulam o acesso revestem uma importância determinante para apreciar a compatibilidade com a carta das disposições que instauram uma obrigação geral de conservação de dados, as quais implementam o artigo 15.º, n.º 1, da diretiva 2002/58. Mais precisamente, as disposições que regulam o acesso devem ser tidas em conta na apreciação da necessidade e da proporcionalidade de tal obrigação. (...)

Quanto ao carácter imperativo das garantias enunciadas pelo Tribunal de Justiça nos n.º 60 a 68 do acórdão DRI a luz da exigência da estrita medida do necessário¹⁶³.

Assim, ressaltou o Advogado-Geral que, além da afronta ao princípio da legalidade, a devassa aos Dados pessoais dos usuários deve se dar somente, e tão somente, quando nenhuma outra medida – ou outras combinadas – forem suficientes para os fins almejados, sendo que tais fins devem ser democráticos e vinculados ao bem comum.

¹⁶³ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

Ou seja, em resumo, é de se dizer que a violação da proteção de dados somente poderá dar-se como medida subsidiária e eficaz para salvaguarda de direitos coletivos relevantes.

Nesse sentido, foi o que assentou o Advogado-Geral:

184- Atendendo ao que procede, considero que uma obrigação geral de conservação de dados pode contribuir para lutar contra as infrações graves. No entanto, resta verificar se tal obrigação é simultaneamente necessária e proporcionada a este objetivo.

185- Segundo jurisprudência constante, uma medida só pode ser considerada necessária se não existir outra medida que sendo tão adequada seja, simultaneamente, menos vinculativa.

186- A exigência relativa ao caráter adequado equivale a avaliar a eficácia absoluta – independente de qualquer outra medida possível – de uma obrigação geral de conservação de dados na luta contra as infrações graves. A exigência de necessidade conduz, por seu turno, a apreciar a eficiência – ou eficácia relativa, ou seja, por comparação com qualquer outra medida possível – de tal obrigação.

187- No contexto dos presentes processos, o teste da necessidade impõe que se verifique, por um lado, se outras medidas poderiam ser tão eficazes como uma obrigação geral de conservação de dados na luta contra as infrações graves e, por outro, se estas eventuais medidas são menos atentatórias dos direitos consagrados na diretiva 2002/58 e nos artigos 7.º e 8.º da carta.

188- Recordo ainda a jurisprudência constante, recordada no n.º 52 do acórdão DRI, segundo a qual a proteção do direito fundamental a vida privada exige que as exceções a proteção dos dados pessoais e as restrições a estas devem ocorrer a estrita medida no necessário. [...].

209- Atendendo a exigência da estrita medida do necessário, é imperativo que estes órgãos jurisdicionais não se limitem a verificar a simples utilidade de uma obrigação geral de conservação de dados, mas verifiquem de forma estrita que nenhuma outra medida ou combinação de medidas, nomeadamente uma obrigação direcionada de conservação de dados acompanhada de outros instrumentos de investigação, possa oferecer a mesma eficácia na luta contra as infrações graves. A este respeito, sublinho que vários estudos apresentados ao tribunal de justiça questionam a necessidade deste tipo de obrigação para efeitos da luta contra as infrações graves.

210- por outro lado, admitindo que outras medidas também possam ser eficazes na luta contra as infrações graves, caberá ainda aos órgãos jurisdicionais de reenvio determinar se estas são

menos atentatórios dos direitos fundamentais em causa do que uma obrigação geral de conservação de dados, em aplicação da jurisprudência constante recordada no n.º 185 das presentes conclusões¹⁶⁴.

E mais, de forma muito adequada, o Advogado-Geral ressaltou o fato de estarem os indivíduos, no caso de manutenção do controle de tais Metadados pessoais, sujeitos a abusos por parte das autoridades ou de quem quer que tenham acesso a tais informações, conforme destacou:

225- O efeito desta tese pode ser facilmente ilustrado através dos seguintes exemplos. Um regime nacional que restringisse de forma estrita o acesso apenas para efeitos da luta contra o terrorismo e que limita a duração da conservação a três meses (abordagem estrita quanto ao acesso e a duração da conservação), mas que não obrigasse os prestadores a conservarem os dados no seu território nacional e num formato encriptado (abordagem flexível quanto a segurança), exporia toda a sua população a um risco elevado de acesso ilegal aos dados conservados. Do mesmo modo, um regime nacional que previsse uma duração da conservação de três meses e uma conservação dos dados no seu território nacional e num formato encriptado (abordagens estritas quanto a duração e a segurança), mas que permitisse que todos os funcionários de todas as autoridades públicas acessem aos dados de abuso por parte das autoridades nacionais¹⁶⁵.

No mesmo diapasão, reiterou as impressões do Advogado-Geral Villalón no *case Digital Rights Ireland*, no tocante aos perigos da vigilância individual e na ingerência na vida pessoal dos cidadãos¹⁶⁶.

¹⁶⁴ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁶⁶ Sobre o assunto, UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “252- Por outro lado, os inconvenientes de uma obrigação geral de conservação de dados que decorrem do facto de a imensa maioria dos dados conservados dizer a respeito a pessoas que nunca estarão relacionadas com uma infração grave. Quanto a esta questão, é imperativo

Grande contribuição do Advogado-Geral H. Saugmandsgaard Øe também foi chamar a atenção para um importante perigo, que até então tinha passado despercebido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, qual seja, a ingerência no âmbito das massas. Ou seja, ressaltou o Advogado-Geral a questão difusa por detrás do controle das metainformações e os seus riscos para a democracia.

Sendo assim, é de extrema importância ressaltar o que aduziu o Advogado-Geral:

255- Embora a gravidade de tais ingerências individuais não possa subestimada, afigura-se-me, no entanto, que os riscos específicos decorrentes de uma obrigação geral de conservação de dados surgem no âmbito de ingerências de massa.

256- Com efeito, ao contrário de medidas de vigilância direcionadas, tal obrigação é suscetível de facilitar consideravelmente as ingerências de massa, ou seja, as ingerências que afetam uma parte substancial ou mesmo toda a população relevante, o que pode ser ilustrado através dos seguintes exemplos.

257- Admitamos, em primeiro lugar, que uma pessoa que tem acesso aos dados conservados tem intenção de identificar, de entre a população do estado-membro, todos os indivíduos que sofrem de distúrbios psicológicos. Para este efeito, a análise do conteúdo de todas as comunicações realizadas no território nacional exigiria recursos significativos. Em contrapartida, a exploração das bases de dados relativos as comunicações permitiria identificar instantaneamente todos os indivíduos que contactaram um psicólogo durante o período de conservação dos dados.

258- Admitamos, em segundo lugar, que esta mesma pessoa pretende identificar os indivíduos que se opõem a política do governo em funções. De novo, para este efeito, a análise do

precisar a natureza dos inconvenientes que afetarão estas pessoas. Ora, estes inconvenientes tem naturezas diferentes consoante o nível de ingerência nos seus direitos fundamentais do respeito da vida privada e da proteção dos dados pessoais. 253- No âmbito de uma ingerência individual, que afeta um determinado indivíduo, os inconvenientes que resultam de uma obrigação geral de conservação de dados foram descritos com grande acuidade pelo advogado-geral P. Cruz Villalón nos n. 72 a 74 das conclusões que apresentou no processo DRI. Retomando os termos que este utilizou, a exploração destes dados torna possível a cobertura cartográfica fiel e exaustiva de uma parte importante dos comportamentos de uma pessoa abrangidos estritamente pela sua vida privada, ou até um retrato completo e preciso da sua identidade privada. 254- Por outras palavras, num contexto individual, uma obrigação geral de conservação de dados permite ingerências tão graves como as medidas de vigilância direcionadas, incluindo as que interceptam o conteúdo das comunicações efetuadas”.

conteúdo das comunicações exigiria recursos significativos. Em contrapartida, a exploração dos dados relativos as comunicações permitiria identificar todos os indivíduos inscritos em listas de distribuição de mensagens de correio eletrónico que criticam a política do governo. Por outro lado, estes dados também permitiria identificar os indivíduos que participam em manifestações publicas de oposição ao governo.

259- Faço questão de sublinhar que os riscos ligados ao acesso aos dados relativos as comunicações (ou metadados) podem ser equivalentes, ou inclusivamente superiores, aos que resultam do acesso ao conteúdo destas comunicações, conforme salientaram a Open Rights Group e a Privacy Internacional, a Law Society of England and Wales, bem como um recente relatório do alto comissário das nações unidas para os direitos do homem (86). Em particular, como demonstram os exemplos acima referidos, os metadados permitem catalogar quase instantaneamente uma população no seu conjunto, o que o conteúdo das comunicações não permite.

260- Acrescendo que os riscos de acesso abusivo ou ilegal aos dados conservados nada tem de teórico. Por um lado, o risco de acesso de acesso abusivo pelas autoridades competentes deve ser relacionado com os números extremamente elevados de pedidos de acesso evocados nas observações apresentadas ao Tribunal de Justiça. No âmbito do regime sueco, a Tele2 Sverige indicou que recebia cerca de 10.000 pedidos de acesso por mês, número que não inclui os pedidos recebidos por outros prestadores ativos no território sueco. No que respeita ao regime do Reino Unido, T. Watson reproduziu numerosos excertos de um relatório oficial que refere 517 236 autorizações e 55 346 autorizações orais urgentes, só no ano de 2014. Por outro lado, o risco de acesso ilegal, por qualquer pessoa, é consubstancial a própria existência de bases de dados conservadas em suportes informáticos.

261- Em meu entender, cabe aos órgãos jurisdicionais de reenvio apreciar se os inconvenientes causados pelas obrigações gerais de conservação de dados em causa nos litígios no processos principais não são desmensurados, numa sociedade democrática, face aos objetivos visados, em aplicação da jurisprudência recordada no n.º 247 das presentes conclusões. No âmbito desta apreciação, estes órgãos jurisdicionais deverão ponderar os riscos e as vantagens associados a tal obrigação, a saber:

Por um lado, os graves riscos que resultam, numa sociedade democrática, do poder de cartografia da vida privada de um indivíduo e do poder de catalogar uma população no seu conjunto¹⁶⁷.

¹⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial

Assim, deliberando acerca do assunto colocado em reexame prejudicial, com a análise das conclusões do Advogado-Geral, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que, de fato, o direito à vida privada, o direito à privacidade e o direito à proteção de Dados pessoais merecem proteção e tutela estatal, conforme ressaltado no Acórdão:

Assim, a importância tanto do direito ao respeito da vida privada, garantido no artigo 7.º da Carta, como do direito à proteção dos dados pessoais, garantido no artigo 8.º desta, conforme resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdão de 6 de outubro de 2015, Schrems, C-362/14, EU: C:2015:650, n.º 39 e jurisprudência referida), deve ser tomada em conta aquando da interpretação do artigo 15.º, n.º 1, da diretiva 2002/58. Sucede o mesmo com o direito à liberdade de expressão atendendo à especial importância que esta liberdade reveste em qualquer sociedade democrática. Este direito fundamental, garantido pelo artigo 11.º da Carta, constitui um dos fundamentais essenciais de uma sociedade democrática e pluralista, fazendo parte dos valores nos quais, em conformidade com o artigo 2.º TUE, se baseia a União (v., neste sentido, acórdãos de 12 de junho de 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, n.º 79, e de 6 de setembro de 2011, Patriciello, C-163/10, EU:C:2011:543, n.º 31)¹⁶⁸.

Ainda, aduziu o Tribunal de Justiça que, malgrado possa o direito a liberdade ser violado em virtude da necessidade de se tutelar a segurança pública, a fim de se protegerem os indivíduos contra a criminalidade grave, tal fato, por si só, não conduz a conclusão de que o direito à proteção de dados deve ceder em relação a segurança, mas, sim, que os agentes públicos devem, ao máximo, buscar a tutela concomitante de ambos os direitos¹⁶⁹.

da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 20 de fevereiro de 2017. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CA0203&from=EN>> Acesso em 2 jan. 2019.

¹⁶⁹ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 20 de fevereiro de 2017. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CA0203&from=EN>> Acesso em 2 jan. 2019: “Quanto a este último aspecto, o artigo 15.º, n.º 1, primeiro período, da diretiva 2002/58 prevê que os estados-membros podem adotar uma medida que derogue o princípio da confidencialidade das comunicações e dos correspondentes dados de tráfego quando for necessária, adequada e

Ademais, concordou o Tribunal de Justiça da União Europeia com a questão levantada pelo Advogado-Geral no que concerne ao fato de que os Metadados poderiam fornecer informações sobre maneira relevantes acerca dos usuários dos serviços de comunicações.

Os dados que os prestadores de serviços de comunicações eletrônicas devem assim conservar permitem encontrar e identificar a origem de uma comunicação e o seu destino, determinar a data, a hora, a duração e o tipo de uma comunicação, o equipamento de comunicação e o seu destino, determinar a data, a hora, a duração e o tipo de uma comunicação, o equipamento de comunicação do utilizadores, bem como localizadores, bem como localizar o equipamento de comunicação móvel. De entre estes dados contam, designadamente, o nome e o endereço do assinante ou do utilizador registrado, o número de telefone do chamador e o número chamado bem como, em relação aos serviços de internet, um endereço IP. Estes dados permitem, designadamente, saber quem é a pessoa com a qual um assinante ou um utilizador registrado comunicou e através de que meio, assim como determinar o tempo da comunicação e o local a partir do qual esta foi efetuada. Além disso, permitem saber com que frequência o assinante ou o utilizador registrado se comunicam com certas pessoas durante um determinado período (v., por analogia, no que se refere a diretiva 2006/24, acórdão digital Rights, n.º 26)¹⁷⁰.

Portanto, em suma, assentou o Tribunal de Justiça que a norma que estabeleça uma obrigação geral de conservação de dados viola o direito da União Europeia, uma vez que há violações ao direito de privacidade e de proteção dos

proporcionada numa sociedade democrática, a luz dos objetivos que esta disposição enuncia. Quanto ao considerando 11 desta diretiva, esclarece que uma medida desta natureza deve ser rigorosamente proporcionada ao objetivo a alcançar. No que se refere, em especial, a conservação dos dados, o artigo 15.º, n.º 1, segundo período, da referida diretiva exige que essa conservação só tenha lugar durante um período limitado e pelas razões enunciadas no artigo 15.º, n.º 1, primeiro período. Desta mesma diretiva.

O respeito pelo princípio da proporcionalidade também decorre da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça segundo a qual a proteção do direito fundamental ao respeito da vida privada a nível da União exige que as derrogações e as limitações a proteção dos dados pessoais operem na estrita medida do necessário (acórdãos de 16 de dezembro de 2008, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, n.º 56; de 9 de novembro de 2010, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, C-92/09 E C-93/09, EU:C:2010:662, n.º 77; *digital Rights*, n.º 52, e de 6 de outubro de 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, n.º 92).

¹⁷⁰ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão processos apensos C-203/15 *Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen* e C-698/15 *Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.*** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 20 de fevereiro de 2017. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CA0203&from=EN>> Acesso em 2 jan. 2019.

Dados pessoais dos usuários sem que haja um ganho, efetivo, com tal medida, violando-se, assim, por consequência, a proporcionalidade¹⁷¹.

Assim, o que se evidencia dos Acórdãos analisados é que o Tribunal de Justiça da União Europeia, de fato, e um primeiro momento, visualizou a proteção dos dados como um corolário do direito à privacidade e à vida privada. Contudo, com a preocupação com questões como controle de massas (vinculado ao regime político e a própria democracia), ao sentimento de vigilância (dignidade humana) e à desconfiança no poder, passou a perceber que a tutela dos Dados pessoais (sobretudo informatizados) transcenderia o direito à privacidade, ainda que, por vezes, houvesse interdependência entre ambos os direitos.

¹⁷¹ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 20 de fevereiro de 2017. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CA0203&from=EN>> Acesso em 2 jan. 2019: “Atendendo a todas as considerações que precedem, importa responder a primeira questão no processo C-203/15 que o artigo 15.º, n.º 1, da diretiva 2002/58, lido a luz dos artigos 7.º, 8.º e 11.º, bem como do artigo 52.º, n.º 1, da carta, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que prevê, para efeitos de luta contra criminalidade, uma conservação generalizada a indiferenciada de todos os dados de tráfego e de todos os dados de localização de todos os assinantes e utilizadores registrados em relação a todos os meios de comunicação eletrônica”.

Capítulo 3

PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS IMPLÍCITOS

No sistema jurídico constitucional brasileiro há duas teorias sobre o parâmetro de constitucionalidade para controle das normas infraconstitucionais. Há quem sustente que apenas as disposições normativas explicitamente constantes da Constituição integram o referido parâmetro e, por outro lado, quem entenda que a noção de constitucionalidade não se limita às normas formalmente constitucionais, partindo para uma noção (mais) ampla e aberta de Bloco de constitucionalidade.

Sobre o assunto, são precisas as lições de CANOTILHO:

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos

normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as

normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global¹⁷².

Mesmo possuindo matriz *civil law*, tida por mais positivista, prevalece no direito brasileiro contemporâneo a teoria de que nem todos os direitos constitucionais necessitam estar positivados na Constituição ou em alguma disposição normativa.

Nessa toada, assenta a doutrina que “não há dúvida de que o Estado brasileiro possui um Bloco de constitucionalidade, ou seja, as suas normas constitucionais não se resumem à Constituição Federal de 1988, mas a um conjunto de atos normativos esparsos”¹⁷³.

Com base nas lições do direito comparado, sobretudo em razão das teorias adotadas pela direito francês¹⁷⁴, onde se entendeu que “também ostentam patamar constitucional o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o conceito aberto de princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”¹⁷⁵, passou-se a entender que havia normas não insculpidas na Constituição que, todavia, mereciam ser vistas como constitucionais.

No ponto, reconheceu-se que o próprio constituinte originário, ao adotar a regra insculpida no art. 5.º, § 3.º, da CRFB/88, optou por reconhecer a possibilidade de se aumentar o parâmetro de constitucionalidade das normas, que

¹⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 811/812.

¹⁷³ CARVALHO, Feliciano de. **Teoria do Bloco de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 22 de dezembro de 2018. p. 15.

¹⁷⁴ CARVALHO, Feliciano de. **Teoria do Bloco de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 22 de dezembro de 2018. p. 7.

¹⁷⁵ CARVALHO, Feliciano de. **Teoria do Bloco de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 22 de dezembro de 2018. p. 8.

não seria outra coisa, senão, o Bloco de constitucionalidade, conforme assenta SARLET:

Assim, apontando já um aspecto positivo, afirma-se que com a adoção do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga força normativa superior ao Preâmbulo da Constituição¹⁷⁶.

A maior abertura para esta teoria do Bloco de constitucionalidade, tanto no direito da União Europeia quanto no direito latino-americano, contudo, foi em relação às normas de direito internacional, eis que se entendeu que determinadas normas derivadas de tratados e acordos internacionais passar(i)am a ter eficácia constitucional¹⁷⁷.

Ou seja, em sua grande maioria, as doutrinas ainda exigiam, para reconhecimento do Bloco de constitucionalidade, a positivação da norma, ainda que não no corpo da Constituição.

Não obstante, no direito brasileiro se entendeu pela existência de direitos constitucionais implícitos, ou seja, se entendeu que existiam direitos (subjetivos e objetivos) que compunham o Bloco de constitucionalidade mesmo sem a sua positivação expressa, desde que houvesse uma fonte deontológica, sobretudo com base no que assenta o art. 5º, § 2º, da CRFB/88.

A Constituição Federal de 1988 traz, desde a sua promulgação, uma cláusula de abertura de proteção aos direitos nela consagrados. O Art. 5º, § 2º, expressa, de modo inequívoco: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos**: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da constituição. Revista Depoimentos, Vitória, n. 9, p. 11-31, jan.-dez. 2005. p. 17.

¹⁷⁷ CARVALHO, Feliciano de. **Teoria do Bloco de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 22 de dezembro de 2018. p. 12-15.

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O Poder Constituinte originário reconheceu a sua insuficiência em delimitar os direitos fundamentais, razão pela qual permitiu a incorporação ao status constitucional de direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro. Dessa forma, restou expressamente consignado no texto constitucional a previsão abstrata do bloco no Brasil, na medida em que se aceita como constitucional disposição para além da constituição formal.

Caberá ao intérprete da Constituição Federal apontar quais seriam esses direitos decorrentes ou implícitos. No entanto, é de se observar, para que o espírito da Constituição Federal de 1988 não seja fraudado, a necessidade da atuação ampliadora do bloco de constitucionalidade estar vinculada à promoção de direitos fundamentais, conceito no qual estariam os direitos humanos¹⁷⁸.

Assim foi que, por exemplo, com base na teoria do Bloco de constitucionalidade implícito, NERY JR sustentou a existência do “princípio da razoabilidade”, que seria, em síntese, decorrência do devido processo legal (art. 5.º, inciso LIV, da CRFB/88)¹⁷⁹.

Se reconhece, ou melhor, se deve reconhecer, a existência de um Bloco de constitucionalidade que não se limita às normas constitucionais explicitamente positivadas, mas, sim, as que também, além dessas, abarcam as que lhes são decorrentes. Ou seja, reconhece-se a existência de um Bloco de constitucionalidade que abarca tanto as normas explicitamente positivadas como as que dessas decorram, exigindo-se, em todo caso, a sua fonte normativa deontológica.

O aludido Bloco de constitucionalidade, portanto, se refere a normas constitucionais positivas, normas constitucionais implícitas (mas que sempre

¹⁷⁸ CARVALHO, Feliciano de. **Teoria do Bloco de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 22 de dezembro de 2018. p. 17.

¹⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 98.

exigem base deontológica), normas de direito internacional internalizadas pelo Brasil e até mesmo normas legais infraconstitucionais que venham a instrumentalizar a tutela constitucional de um dado direito.

No ponto, é o que assentou o Ministro Celso de Mello, como *obiter dictum*, no julgamento do Agravo Regimental na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.971/RO:

É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) –, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade, cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que *desrespeitado*, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito¹⁸⁰. (grifos no original).

Portanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, que no Brasil possui a função institucional de ser o guardião maior da Constituição (art. 102 da CRFB/88¹⁸¹), ao efetuar controle de constitucionalidade de normas, afirma a existência do que se convencionou chamar de Bloco de constitucionalidade, que, em suma, é o conjunto de todas as normas constitucionais, explícitas (por óbvio) e implícitas (e aqui reside o ponto nevrálgico do capítulo), que servem de paradigma para se aferir se determinada norma é, ou não, compatível com a Constituição.

Ademais, como instrumento de reconhecimento de direitos não escritos (mas decorrentes destes), é possível a identificação do instituto da mutação constitucional, que permite, em síntese, a adaptação do texto no tempo,

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.971 Rondônia. Relator: CELSO DE MELO. Brasília, DF, 06 de novembro de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília, 08 de novembro de 2014.

¹⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

a fim de permitir uma interpretação constitucional condizente com a tutela pretendida nos diversos interstícios.

Mutação constitucional é o instituto jurídico que pode ser classificado como uma decorrência do poder constituinte latente, que produz uma alteração informal no bojo no texto constitucional, em decorrência de alterações sociais e culturais, observado sempre o limite semântico do texto e o respeito ao sistema constitucional como um todo¹⁸².

Assim, o aludido instituto “guarda relação com a concepção de que, em determinado sentido, uma constituição é um organismo vivo, submetido à dinâmica da realidade social, e que, portanto, não se esgota por meio de fórmulas fixas e predeterminadas”¹⁸³, sendo, portanto, corolário da noção de Constituição dirigente, conforme aponta SARLET:

Justamente para que a constituição permaneça em vigor, não apenas simbolicamente, como uma mera “folha de papel” (Ferdinand Lassale), e cumpra sua função estabilizadora, é preciso que ela seja sempre também um projeto em permanente reconstrução, aberto ao tempo e ao câmbio da realidade, de tal sorte que permanência, estabilidade e mudança não são incompatíveis entre si, mas, pelo contrário, constituem exigências recíprocas e que se retroalimentam, desde que guardado o necessário equilíbrio¹⁸⁴.

Assim, afirma o autor que, não obstante destituído de rigor formal (dai a característica da informalidade), opera alteração na Constituição, mantendo, contudo, intacto o seu texto:

No âmbito da chamada mudança informal, não há, a rigor, alteração do texto normativo, mas sim alteração no que diz com a aplicação concreta de seu conteúdo a situações fáticas que se modificam no tempo, geralmente pela via da interpretação constitucional, fenômeno designado, como já referido, de “mutação constitucional”, no sentido de uma mudança

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 119.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 156.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 117.

constitucional que, embora altere o sentido e alcance da constituição, mantém o texto constitucional intacto¹⁸⁵.

Por meio de tal instituto, da mutação constitucional, é possível se realizar uma verdadeira alteração na Constituição, inclusive, e principalmente, para inserir direitos que, ao tempo promulgação da Constituição, se mostravam desnecessários, em razão da ausência de circunstâncias fáticas.

Ou seja, o fenômeno da (re)leitura da Constituição a partir de novos cenários (mutação constitucional) tem enorme relevo para inserção de direitos fulcrados em necessidades advindas das novas tecnologias, visto que no momento da promulgação da Carta de 1988 não havia como se prever os atritos que adviriam (e ainda advirão) das novas tecnologias (a serem) desenvolvidas.

Portanto, tem-se por possível, no modelo normativo brasileiro, a figura do direito constitucional fundamental implícito, cuja origem pode decorrer de mutação constitucional – interpretação das normas sem modificação semântica do texto normativo – ou de alteração normativa infraconstitucional.

Contudo, malgrado sejam reconhecidos tais novos direitos, ainda que feita tal inclusão por meio de emenda formal (Projeto de Emenda à Constituição) e ainda que venham tais novos direitos a compor o rol dos direitos fundamentais expostos no artigo 5.º da CRFB/88, há grande celeuma se estes seriam, ou não, abarcados pela regra que garante a impossibilidade material de sua exclusão (art. 60, § 4.º, inciso IV, da CRFB/88¹⁸⁶).

No ponto, “expressivos setores da doutrina, considerando que apenas o poder constituinte originário está em condições de limitar o poder de reforma constitucional (na condição de competência reformadora) (...)”¹⁸⁷

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 118.

¹⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...).IV - os direitos e garantias individuais”.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 148.

entendem que “mesmo quando se trata de direitos fundamentais, tais direitos, caso incorporados mediante emendas à Constituição, não poderiam integrar os limites materiais à reforma, pois se trata sempre de limites postos (ainda que implicitamente) pelo poder constituinte”¹⁸⁸.

Contudo, mesmo o segmento doutrinário que entende pela impossibilidade de se reconhecer a condição de cláusula pétrea aos direitos inseridos por meio de reformas constitucionais – que é majoritário – assenta que tal limitação não abarca as “hipóteses nas quais o direito, ainda que não previsto no texto constitucional de modo explícito, já estava consagrado no sistema constitucional”¹⁸⁹.

O quanto tal linha argumentativa, a despeito de sua força, de fato inviabiliza uma equiparação (também para efeitos de proteção contra reformas constitucionais) entre direitos expressamente previstos pelo poder constituinte e direitos inseridos mediante reforma constitucional é, no mínimo, carente de maior reflexão. Considerando que a abertura material do catálogo constitucional de direitos (art. 5.º, § 2.º, da CF) corresponde ela própria a uma decisão fundamental do constituinte (além de igualmente protegida contra uma supressão por ação do poder reformador), a inclusão de direitos originariamente não previstos não poderia resultar, salvo melhor juízo, em proteção diminuída, no sentido de que, mediante apenas a observância dos requisitos formais, o direito à moradia (apenas para ilustrar) pudesse ser pura e simplesmente suprimido do texto da Constituição. De outra parte, se admitida (como, de resto, corresponde ao entendimento majoritário no Brasil) a existência de limites implícitos ao poder de reforma constitucional, a inserção de direitos fundamentais por via de emenda constitucional, especialmente quando se trata de guindar à condição de direitos expressamente positivados direitos que já poderiam (e mesmo já o vinham sendo) ser considerados como implicitamente consagrados pela ordem constitucional, não poderia, por sua vez, resultar em desprestígio a tais direitos no que diz com o seu regime jurídico-constitucional em termos de proteção. Aliás, a expressa consagração apenas reforçaria (e teria ainda a vantagem de bloquear entendimentos em sentido contrário ao reconhecimento de tais direitos) o status de tais

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 148.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 148.

direitos como direitos fundamentais, que, mesmo sem expressa previsão, já estavam implicitamente tutelados¹⁹⁰.

Apenas a título exemplificativo, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi inserido no artigo 5.º da CRFB/88, mais precisamente em seu inciso LXXVIII, o direito a “razoável duração do processo”, direito este que, a rigor, como foi inserido somente após a promulgação da Constituição, por meio de Emenda, seria suprimível.

Contudo, considerável parcela da doutrina entende que o mencionado direito, agora constante na Constituição de forma expressa, já era um direito decorrente do direito ao devido processo legal, motivo pelo qual a sua inclusão apenas tornou expresso um direito já existente quando da promulgação da Constituição de 1988, razão pela qual este possui, portanto, a característica de Cláusula pétrea¹⁹¹.

Em suma, portanto, é possível se dizer, sim, que o direito brasileiro admite a figura dos direitos fundamentais implícitos, inclusive como cláusulas pétreas, o que torna a figura bastante interessante, afinal, tem-se, desse modo, que um direito fundamental (com base deontológica (positivada) indireta) sem referência expressa na Constituição da República de 1988 não pode ser suprimido, sequer por parte do poder constituinte reformador. Ou seja, compõe o Bloco de constitucionalidade os direitos fundamentais decorrentes dos direitos expressamente assegurados e do regime jurídico adotado pela República, inclusive (e aqui principalmente, em razão do objeto do presente estudo) os que se mostrem presentes somente em razão das novas tecnologias surgidas ou por surgirem.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 148/149.

¹⁹¹ MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 254.

3.2 AUTONOMIA DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

3.2.1 Decorrência dos direitos explícitos

Conforme visto, é plenamente possível a existência de direitos fundamentais implícitos na Constituição da República, desde que estes sejam derivados dos direitos explícitos.

Ou seja, se, eventualmente, em decorrência de alterações no âmbito social ou em razão de novas tecnologias surgidas, houver necessidade de se tutelar novos conflitos, ou novas modalidades destes, é de se perquirir, no caso concreto, se há a incidência implícita da proteção de algum direito fundamental.

Quanto ao cenário digital, portanto, este é propício para tais discussões, uma vez que os conflitos existentes diante da utilização das novas tecnologias, antes do surgimento dessas, eram inexistentes.

No ponto, ressaltando a presença da proteção de dados enquanto direito fundamental, como um direito decorrente do cenário atual, é preciso o subtítulo de trabalho redigido por SILVEIRA e FROUFE, que visualizam “a proteção de Dados pessoais como a questão jusfundamental identitária dos nossos tempos”¹⁹².

O ponto nevrálgico da feliz expressão, pensamos, é a de que, apesar de recente, a figura do respeito aos direitos digitais, e sobretudo da proteção aos Dados pessoais, não se mostra estranha, haja vista a presença maciça das tecnologias digitais no dia-a-dia¹⁹³.

¹⁹² SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. *In UNIO EU Law Journal*. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 4.

¹⁹³ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. *In UNIO EU Law Journal*. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 6: “Estima-se que até 2020 cerca de 6 mil milhões de dispositivos de uso doméstico (televisores, frigoríficos, máquinas de lavar, etc.) estejam ligados à Internet na União Europeia.8 Tal constitui uma ameaça importante à privacidade, devido ao posicionamento de dispositivos conectados em espaços tradicionalmente protegidos e íntimos, com capacidade de extrair informações relativas a dados pessoais sensíveis e de os transmitir”.

Assim, ao passo que a inclusão digital, no mundo cada vez mais digitalizado¹⁹⁴, deve ser (também) vista como direito fundamental (art. 4.º, inciso I. da Lei 12.965/2014¹⁹⁵ e Proposta de Emenda à Constituição n. 6/11¹⁹⁶), o seu acesso não deve ser isento de regras, inclusive e principalmente porque “os dados (inclusive os de caráter pessoal) estão na base da revolução algorítmica que está a mudar o mundo”¹⁹⁷.

Desse modo foi que, percebendo a revolução digital, “esse fluxo de circulação (e de utilização económica) de dados impôs a necessidade de existir, no espaço europeu, um nível de proteção equivalente em todos os Estados-Membros”¹⁹⁸, circunstância fática esta também existente no Brasil.

Ao entender que a “vida privada não é (e não pode ser) um produto comercializável (sobretudo à revelia dos visados)”¹⁹⁹ e ciente de que “o uso universal da internet garante a monitorização de cada gesto e ideia humana”²⁰⁰, foi que se entendeu por fixar, na União Europeia, o direito autónomo à proteção de dados, afinal, para se ter uma ideia dos benefícios e do controle informacional dos Dados pessoais:

¹⁹⁴ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 7: “O real e o virtual embrincam-se na nossa vida corrente e as fronteiras entre uma e outra dimensão da nossa existência esbatem-se”

¹⁹⁵ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁹⁶ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 6, de 3 de março de 2011. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 3 mar. 2011. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4058219&ts=1545911402642&disposition=inline>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

¹⁹⁷ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 6.

¹⁹⁸ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 9.

¹⁹⁹ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 6.

²⁰⁰ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 6.

É certo que a Google é mais rápida a detetar uma epidemia do que as organizações de saúde tradicionais, mas isso só acontece se lhe dermos total acesso à informação que geramos. Um fluxo de dados livre pode igualmente contribuir para a diminuição da poluição e dos resíduos, tornando os sistemas de transportes mais eficientes. Pode inclusivamente permitir um sistema inteligente de partilha de carros, controlado por algoritmos de aprendizagem, que soubesse sempre onde estamos e para onde queremos ir segundo os nossos hábitos diários. Mas isso desde que cada vez mais abdicuemos da privacidade, da autonomia, da individualidade.

Mas que mal ou risco há nisso? – perguntaria o nosso cidadão europeu, ainda a habituar-se com o RGPD, qual princesa recentemente desperta. Se não for devidamente regulada, essa escolha civilizacional implica a perda daquilo que é mais genuíno na humanidade, pois as experiências humanas seriam reduzidas a padrões de dados. Tínhamos que as experiências aconteciam dentro de nós e era aí onde procurávamos a razão de tudo aquilo que nos acontece. Ora, quando ligamos a nossa experiência ao grande fluxo de dados e deixamos os algoritmos descobrirem o sentido do que nos acontece, deixamos de fazer escolhas livres com base em juízos racionais e perdemos dignidade humana. O “valor” já não reside nas experiências quotidianas e sim na capacidade de as transformarmos em dados que circulam livremente²⁰¹.

Ou seja, os Dados pessoais, de fato, têm um grande potencial, contudo, são também um grande risco, sobretudo à democracia, razão pela qual, para entender(mos) a necessidade da tutela dos Dados pessoais é imperiosa a análise das ofensas decorrentes da violação desses dados.

Tendo como norte a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é possível se vislumbrar, logo de pronto, a possibilidade de violação de outros direitos fundamentais atrelados à proteção de Dados pessoais, sejam estes, dentre outros, a livre iniciativa, a privacidade, a democracia, igualdade material e a dignidade humana.

Sendo assim, para os fins pretendidos no presente relatório, optar-se-á pela análise de cada um dos direitos elencados.

²⁰¹ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. *In UNIO EU Law Journal*. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 15.

3.2.1.1 *Direito à livre iniciativa*

O constituinte brasileiro, no art. 170 da CRFB/88²⁰², fez uma opção do modelo econômico pautado na livre iniciativa, razão pela qual, nos termos do mencionado artigo, a ordem econômica (brasileira) é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”²⁰³.

Assim, concebeu-se, no direito brasileiro, que a livre iniciativa proposta pelo constituinte de 1988 era, em suma, uma dupla garantia em face do Estado, tanto de índole positiva (impedir que os particulares criem obstáculos uns aos outros – e daí o advento das Leis Antitruste) e negativa (fazer com que o Estado só atue economicamente quando “necessária aos imperativos de segurança nacional ou (haja) relevante interesse coletivo” (art. 173 da CRFB/88²⁰⁴).

Desse forma, o Estado brasileiro deve intervir no mercado nacional apenas para regulá-lo e corrigir eventuais desvios, sem nunca, todavia, criar mecanismos ou impedimentos ao livre exercício econômico.

Nesse sentido, é o que assenta a doutrina:

Na medida em que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a idéia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral. Intervenções em mercados podem ser tanto reguladoras quanto moderadoras do conjunto de operações neles realizadas. Aquelas são intervenções disciplinadoras de certos mercados, estas as destinadas a corrigir desvios que comprometem o funcionamento do mercado²⁰⁵.

²⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

²⁰³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

²⁰⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

²⁰⁵ SZTAIN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 36.

Contudo, ao mesmo passo que a livre circulação dos Dados pessoais informatizados facilitou o ingresso de diversos negócios no mercado (o que é bom, sob o viés econômico, pois variados negócios *online* possuem um custo de investimento e uma barreira de entrada relativamente menor, se comparadas às empresas físicas), também possibilitou, por meio da utilização dos Dados pessoais, a dominação do mercado econômico pelas grandes corporações digitais.

Sobre o assunto:

Ora, na medida em que os algoritmos de aprendizagem se tornam os intermediários do mercado, concentram cada vez mais poder. E assim os algoritmos da Google determinam qual informação encontramos, os algoritmos da Amazon determinam que produto compramos, os algoritmos da Match.com sugerem o par ideal para quem o procura. O passo decisivo da escolha continua a ser nosso, mas 99% da seleção daquilo que consumimos já foi feita por algoritmos – explica Pedro Domingos. Surge então um novo efeito em rede: quem tiver mais clientes – acumula mais dados – obtém melhores modelos algoritmos – e conquista o maior número de clientes... E assim sucessivamente, num círculo virtuoso (ou vicioso, na perspectiva da concorrência, por como lidar com o monopólio digital?)²⁰⁶.

Portanto, a utilização desregulamentada dos dados pode proporcionar dominação de mercados e abusos econômicos pouco, ou nada, saudáveis.

Assim, tendo como norte o imperativo de permitir a todos o livre exercício econômico (a livre iniciativa) é que a legislação brasileira (Lei 12.529/2011²⁰⁷) tratou de tutelar a concorrência, buscando evitar, por consequência, a dominação de mercado por meio de conglomerados econômicos.

²⁰⁶ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 10.

²⁰⁷ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 28 dez. 2018.

No ponto, a Lei Antitruste (Lei 12.529/2011) traz em seu bojo que consiste infração à ordem econômica, citando, dentre outras, as condutas de: “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...); IV - exercer de forma abusiva posição dominante” (art. 36²⁰⁸).

Ainda, consta do art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011, que constitui ofensa à ordem econômica as seguintes ações:

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

Os aludidos impedimentos, vão (e muito) ao encontro do que se convencionou chamar de Discriminação algorítmica, afinal, os sistemas de aprendizagem a partir da coleta de dados tendem a ser, por essência, seletivos, haja vista que a repercutir mais o que é mais repercutido – o que envolve o usuário – (criando círculos viciosos ou virtuosos, inclusive quanto a empresas e mercados digitais).

Assim, ao mesmo passo que a Discriminação algoritma tende a ser o impedimento de o indivíduo acessar bens ou serviços em razão de seu *profiling*, empresas também podem ser discriminadas, ao não aparecerem em pesquisas aos seus potenciais consumidores em virtude de eventual baixo número de acessos em sua página (por exemplo).

O exemplo das notícias falsas é elucidativo. O algoritmo do Facebook tem por objetivo maximizar o envolvimento do

²⁰⁸ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 28 dez. 2018.

internauta – quer que as pessoas leiam as fake news porque é assim que lhes pode mostrar mais anúncios. Não interessa ao algoritmo se as notícias são verdadeiras ou falsas, boas ou más. De resto, como as notícias falsas são as mais escandalosas, são também aquelas que mais chamam a atenção dos internautas. Em última análise, os algoritmos de aprendizagem são estúpidos – como explica Pedro Domingos –, pois falta-lhes, pelo menos por enquanto, senso comum e ética, que são características humanas, como também a empatia e a criatividade²⁰⁹.

Tendo em vista que devemos olhar o novo com os olhos do novo, dentro do cenário contemporâneo, da era do *homo digitalis*²¹⁰ e, também, da economia digital, é de se vislumbrar a necessidade de se assegurar a circulação de dados para a fluência da economia na exata medida em que deve ser assegurado o uso saudável desses (dados) para fins de evitar a dominação de mercado.

Ou seja, é de se dizer que a proteção de Dados pessoais se faz imprescindível, inclusive, como forma de tutela da livre iniciativa, a fim de coibir abusos de posições dominantes que tornem impossível a competição e a livre concorrência.

3.2.1.2 Direito à privacidade

A interseção entre direito à proteção de dados e direito à privacidade é, de fato, grande, haja vista que o direito à proteção de dados teve como origem a tutela da privacidade (ainda sendo, para maioria da doutrina brasileira, a proteção de dados um mero instrumento do direito à privacidade).

Não obstante o entendimento pela autonomia do direito à proteção de dados, fato é que tal tutela, por vezes, se relaciona com a privacidade, afinal,

²⁰⁹ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 12.

²¹⁰ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 7, nota de rodapé n. 15: “A expressão vai sendo utilizada regularmente como sinónimo de literacia/conhecimento e de dependência em relação às novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) que invadiram o nosso quotidiano. Cfr. Natasha Saxberg, *Homo digitalis: How the human needs support digital behavior for people, organizations and societies* (Copenhagen: Dansk Psykologisk Forlag, 2015)”.

por meio da captação de Dados pessoais e do cruzamento de tais dados, é possível se traçar o perfil completo de um indivíduo.

Nesse sentido, é de estudo de KOSINSKI, pesquisador da área da psicologia:

Fig. 2 mostra a precisão da previsibilidade de variáveis dicotômicas expressas em termos da área sob a curva característica de operação do receptor (AUC), que equivale à probabilidade de classificar corretamente dois usuários selecionados aleatoriamente, um de cada classe (por exemplo, masculino e feminino). A maior precisão foi alcançada para origem étnica e gênero. Afro-americanos e caucasianos americanos foram classificados corretamente em 95% dos casos, e homens e mulheres foram classificados corretamente em 93% dos casos, sugerindo que os padrões de comportamento online expressos por gostos diferem significativamente entre esses grupos, permitindo uma classificação quase perfeita.

Cristãos e muçulmanos foram corretamente classificados em 82% dos casos, e resultados semelhantes foram alcançados para democratas e republicanos (85%). A orientação sexual foi mais fácil de distinguir entre homens (88%) do que mulheres (75%), o que pode sugerir uma divisão comportamental mais ampla (como observado a partir do comportamento *online*) entre homens heterossexuais e homossexuais²¹¹.

Dessa forma, eventual violação dos Dados pessoais, que, frise-se, “não são apenas aqueles que de forma direta possibilitam a identificação de uma pessoa, mas também aqueles dados que permitem chegar a esta identificação por conceitos e conteúdos, mesmo que não faça referência direta ao seu titular”²¹², haja vista que, como já percebeu SHAKESPEARE²¹³, em “Romeu e

²¹¹ Tradução livre de: KOSINSKI, Michael; GRAEPEL, Thore; STILWELL, David. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. In **Proceedings of the national academy Sciences of the United States of America**, v. 110, n. 15, p. 5803: “shows the prediction accuracy of dichotomous variables expressed in terms of the área under the receiver-operating characteristic curve (AUC), which is equivalent to the probability of correctly classifying two randomly selected users one from each class (e.g., male and female). The highest accuracy was achieved for ethnic origin and gender. African Americans and Caucasian Americans were correctly classified in 95% of cases, and males and females were correctly classified in 93% of cases, suggesting that patterns of online behavior as expressed by Likes significantly differ between those groups allowing for nearly perfect classification. Christians and Muslims were correctly classified in 82% of cases, and similar results were achieved for Democrats and Republicans (85%). Sexual orientation was easier to distinguish among males (88%) than females (75%), which may suggest a wider behavioral divide (as observed from online behavior) between hetero- and homosexual male”.

²¹² SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU**

Julietta”, as características dizem mais sobre algo do que o nome (ou o CPF, número de seguro social, etc.) que damos à ela.

Portanto, considerando que o tratamento de dados apto a inserir o titular do direito nas facilidades das “experiências personalizadas”²¹⁴ invade a privacidade do usuário, é de se questionar se eventual utilização desses dados sem autorização não fere o Direito subjetivo à privacidade.

No ponto, para se ter uma ideia da quantidade de informações pessoais captadas pelas empresas de tecnologia, basta um rápido acesso aos portais da empresa *Facebook* e *Apple*, onde consta que estas empresas coletarão as mais diversas informações pessoais dos usuários.

Law Journal. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 5 e segue: “Foi como se o cidadão europeu, à semelhança da princesa adormecida do conto infantil, tivesse despertado de um sono profundo para descobrir que o valor da retribuição que auferia, bem como o som da sua voz registada para permitir o acesso a uma conta bancária, ou o registo das compras que efetua e dos meios de pagamento que utiliza, mas também a sua história clínica, as suas dívidas e créditos, o seu curriculum vitae, etc. são tudo dados de carácter pessoal, pois estando associados a uma pessoa singular, permitem identificá-la”.

²¹³ SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. (trad. Bárbara Heliodora). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, ato II, cena II: “JULIETA - Meu inimigo é apenas o teu nome. Continuarias sendo o que és, se acaso Montecchio tu não fosses. Que é Montecchio? Não será mão, nem pé, nem braço ou rosto, nem parte alguma que pertença ao corpo. Sê outro nome. Que há num simples nome? O que chamamos rosa, sob uma outra designação teria igual perfume. Assim Romeu, se não tivesse o nome de Romeu, conservara a tão preciosa perfeição que dele é sem esse título. Romeu, risca teu nome, e, em troca dele, que não é parte alguma de ti mesmo, fica comigo inteira”.

²¹⁴ SANTOS, Andréia. **O impacto do big data e dos algoritmos nas campanhas eleitorais**. Disponível em <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Andreia-Santos-V-revisado.pdf>> Acesso em 17-1-2018: “A teoria do filter bubble (traduzida como filtro bolhas), concebida por Eli Pariser (2011), consiste na identificação de padrões, por meio dos algoritmos, com a finalidade de propiciar uma personalização no serviço para o usuário – essa que pode ser traduzida pela expressão “User Experience”, adotada pelos profissionais de marketing. É a ideia de se utilizar da coleta e análise de dados para reconhecer comportamento e preferências, a fim de viabilizar ao usuário uma “melhor experiência” de navegação e/ou uso de determinado serviço ou produto.

À sociedade, esse mecanismo é passado como uma comodidade, um serviço personificado. Recentemente, o Spotify – aplicativo de música streaming – desenvolveu um algoritmo que analisa os padrões musicais do usuário e, assim, cria uma playlist personalizada. Ainda, de acordo com o que o usuário escutou no ano, uma playlist chamada “Mais tocadas no seu 2016”.

Semelhante, pode-se citar o Netflix. Conforme o usuário assiste a filmes, seriados ou documentários, os algoritmos da empresa captam os padrões e passam a sugerir conteúdos parecidos com os já assistidos utilizando chamadas como ‘porque você assistiu (nome do filme/seriado/documentário)...’ ou “principais escolhas indicadas para (nome do usuário)...”. Perceba que são formas de se aproximar do usuário e fazer com que se sinta satisfeito e “bem atendido” pela empresa”.

Nesse sentido, destaca-se que o *Facebook* capta os seguintes dados dos Usuários:

Informações sobre pagamentos.

Se você usar os nossos Serviços para compras ou transações financeiras (por exemplo, comprar algo no Facebook, em um jogo ou fazer uma doação), nós coletaremos informações sobre a compra ou transação. Isso abrange suas informações de pagamento, como o número do seu cartão de crédito ou débito e outras informações do cartão, informações de conta e autenticação, além dos dados de faturamento, envio e contato.

Informações do dispositivo.

Coletamos informações de ou sobre computadores, telefones e outros dispositivos em que você instala ou acessa nossos Serviços, dependendo das permissões concedidas. Podemos associar as informações coletadas dos seus diferentes dispositivos, o que nos ajuda a fornecer Serviços consistentes entre dispositivos. Veja alguns exemplos das informações que coletamos sobre os dispositivos:

- i. Atributos, como sistema operacional, versão de hardware, configurações do dispositivo, nomes e tipos de arquivos e softwares, bateria e intensidade de sinal, e identificadores de dispositivo.
- ii. Localizações do dispositivo, incluindo localizações geográficas específicas, por meio de GPS, Bluetooth ou sinal Wi-Fi.
- iii. Informações de conexão, como o nome da sua operadora de celular ou ISP (Internet Service Provider), tipo de navegador, idioma, fuso horário, número de celular e endereço IP.

Informações de sites e aplicativos que usam nossos Serviços.

Coletamos informações quando você acessa ou usa sites e aplicativos de terceiros que utilizam nossos Serviços (por exemplo, oferecem nosso botão Curtir, Login do Facebook ou usam nossos serviços de medição e publicidade). Isso inclui informações sobre sites e aplicativos que você visita, seu uso dos nossos Serviços nestes sites e aplicativos, bem como informações que

os desenvolvedores ou editores de publicações do aplicativo ou site fornecem para você ou para nós²¹⁵.

A *Apple*, por sua vez, prevê em sua política de privacidade:

Também coletamos dados que, analisados independentemente, não permitem a associação direta a um indivíduo específico. Podemos coletar, usar, transferir e revelar informações não pessoais para qualquer propósito. A seguir estão alguns exemplos de informações não pessoais que coletamos e como podemos usá-las.

Podemos coletar informações como ocupação, idioma, código postal, código de área, identificador único de dispositivo, URL de referência, localização e fuso horário em que um produto Apple é usado para que possamos entender melhor o comportamento do cliente e melhorar nossos produtos, serviços e propaganda.

Também coletamos informações sobre atividades do cliente em fontes como nosso site, serviços iCloud, iTunes Store, App Store, Mac App Store, App Store para Apple TV e iBooks Stores, bem como em nossos outros produtos e serviços. Essas informações são agregadas e usadas para nos ajudar a fornecer informações mais úteis para nossos clientes e para entender quais partes de nosso site, produtos e serviços são de maior interesse. Dados agregados são considerados informações não pessoais para os propósitos desta Política de Privacidade.

Podemos coletar e armazenar detalhes sobre como você usa nossos serviços, incluindo buscas. Essas informações podem ser usadas para melhorar a relevância dos resultados oferecidos por nossos serviços. Exceto em alguns casos, para garantir a qualidade de nossos serviços pela Internet, essas informações não serão associadas a seu endereço IP.

Com seu consentimento explícito, podemos coletar dados sobre como você usa seu dispositivo e os aplicativos para ajudar os desenvolvedores de aplicativos a melhorarem seus produtos.

Se nós juntarmos as informações não pessoais com informações pessoais, as informações combinadas serão tratadas como informações pessoais enquanto permanecerem combinadas²¹⁶.

²¹⁵ FACEBOOK INC (Estados Unidos da América). **Política de dados**. 2018. Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy/>>. Acesso em: 11 maio 2018 (grifos no original).

²¹⁶ APPLE INC (Estados Unidos da América). **Política de privacidade**. 2018. Disponível em: <<https://www.apple.com/legal/privacy/br/>>. Acesso em: 11 maio 2018.

Evidente que as atividades de utilização e tratamento de dados, por envolverem coleta e manipulação de informações que dizem respeito a todos os gostos, preferências e rotinas dos usuários, possui ligação com o direito à privacidade.

Dessarte, em não havendo concessão/autorização de acesso aos Dados pessoais, a sua utilização e manipulação, além de ferir o direito à proteção de dados, fere o direito à privacidade e à vida privada.

3.2.1.3 Direito à democracia

A Constituição da República, logo em seu art. 1.º, estabeleceu como regime de governo o democrático, assentando, assim, em seu parágrafo único que “todo poder emana do povo”²¹⁷.

Dessa forma, se adotou no Brasil o modelo de participação ativa da população na política, seja por meio indireto, exercendo o sufrágio e elegendo seus líderes (o que é direito fundamental pético – art. 60, § 4.º, inciso II, da CRFB/88²¹⁸), seja por meio direto (plebiscito, referendo e iniciativa popular)²¹⁹.

Contudo, como já se aduz há muito no âmbito das ciências humanas aplicadas, a democracia é um processo²²⁰, e um processo frágil (diga-se), sendo necessária a presença de instrumentos que possibilitem e viabilizem a utilização dos meios democráticos, sobretudo a fim de minimizar o domínio e a manipulação de uns sobre os outros.

²¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

²¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

²¹⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 8. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 937.

²²⁰ REIS, Helena Esser dos. **A democracia como processo**: política e educação no pensamento de Tocqueville. In **Contexto e educação**. Rio Grande do Sul: Editora Unijuí. Ano 24, n. 82, jul./dez. de 2009. p. 108: “Nada garante certezas ou verdades no Estado democrático. Tocqueville encerra A Democracia na América afirmando que o futuro da democracia é um processo de construção conjunta de condições políticas de respeito e participação. A igualdade social pode conviver com formas opressivas de governo, mas, neste caso, já não há liberdade, nem cidadania, nem democracia propriamente”

Nessa linha, o legislador brasileiro, ao editar o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965²²¹) buscou coibir os usos abusivos dos poderes econômicos e de autoridades, a fim de possibilitar o exercício sadio da democracia.

No ponto, assenta o Código Eleitoral Brasileiro:

Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.

Ou seja, o próprio legislador reconheceu (acertadamente) que é possível a fragilização do processo democrático em razão do abuso de poderes econômicos ou mesmo de posições ocupadas.

Não obstante, o legislador não previu a utilização abusiva dos Dados pessoais informatizados, utilização esta que, conforme a própria experiência prática já demonstrou na eleição de Donald Trump²²², por exemplo, pode ser de grande valia para a indução do eleitorado.

Claro, contudo, que a democracia, tal qual a conhecemos, na era do processamento de dados está a mudar²²³, mas fato é que o constituinte brasileiro elegeu-a como regime de governo (inclusive como uma garantia fundamental), razão pela qual é imperioso se guardar o seu núcleo essencial, qual seja, a

²²¹ BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. **Código Eleitoral**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 19 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 1.º jan. 2019.

²²² BBC NEWS BRASIL (Brasil). **Como os dados de milhões de usuários do Facebook foram usados na campanha de Trump**. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-43705839>>. Acesso em: 21 ago. 2018. “A Cambridge Analytica ofereceu seus serviços à campanha presidencial de Donald Trump em 2016. Um exemplo de como os dados podem ter sido usados na campanha: a Cambridge Analytica saberia dizer quais pessoas no Facebook teriam o perfil adequado para receber anúncios divulgando bandeiras específicas do candidato.

Esse anúncios seriam 'moldados', levando em conta os medos, necessidades e emoções das pessoas”.

²²³ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 14: “E aqui voltamos aos dados. De entre as inúmeras afirmações polêmicas de Yuval Harari na sua obra *Homo Deus* destaca-se aquela segundo a qual as novas mudanças nas condições de processamento de dados no séc. XXI podem conduzir ao declínio e mesmo ao desaparecimento da democracia. Tentando desvendar para onde foi o poder na era digital, o Autor explica que com o aumento do volume e da velocidade dos dados, instituições respeitáveis como o sistema eleitoral, os partidos e os parlamentos podem tornar-se obsoletas por se revelarem incapazes de processar dados com a eficácia necessária.”

participação livre nos processos de tomada de decisões políticas por parte do Estado.

Sobre o assunto:

A democracia não se traduz apenas em um conjunto de princípios e regras de cunho organizatório e procedimental, guardando, na sua dimensão material, íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais em geral, com destaque para os direitos políticos e os direitos de liberdade (designadamente as liberdades de expressão, reunião e manifestação), para além dos direitos políticos e de nacionalidade. Consoante bem sintetiza Hartmut Maurer, do respeito e proteção da dignidade humana decorre que os seres humanos (portanto, o povo) formam o elemento dominante do (e no) Estado, ao passo que liberdade e igualdade (e os direitos fundamentais correlatos) exigem que todos possam, em condições de igualdade, influir na vida estatal. Assim, também o princípio democrático, na condição de princípio normativo estruturante, apresenta uma dimensão material e uma dimensão organizatória e procedimental, que se conjugam, complementam e retroalimentam assegurando uma legitimidade simultaneamente procedimental e substancial da ordem jurídico-política estatal²²⁴.

Portanto, a violação de Dados pessoais (mesmo aqueles que não individualizem uma pessoa em particular) pode ser um instrumento apto a viciar o processo democrático legítimo, motivo pelo qual, por vezes, a violação do direito à proteção de dados redundará, também, na violação do direito difuso à democracia substancial.

3.2.1.4 Direito à igualdade material e a dignidade humana

Tendo como fator norteador a dignidade humana²²⁵, eleito pela República como princípio reitor, o direito à igualdade é tido como um direito à

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 293.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 288: “Uma primeira função, aqui vinculada à sua condição de valor e princípio, diz com o fato de a dignidade da pessoa humana ser considerada elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional. De acordo com Jorge Miranda, aqui representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, ao reconhecer e proteger a dignidade da pessoa humana, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais e ao sistema constitucional, o que implica um dever de interpretação de toda a ordem jurídica em conformidade com tais fundamentos. Precisamente neste contexto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é figura amplamente presente no processo decisório judicial, inclusive (e cada vez mais) no âmbito da jurisprudência do STF, em que a dignidade atua como

igualdade material, substancial, na medida em que não visa, pura e simplesmente, tratar os cidadãos de forma igual, mas, sim, torná-los efetivamente iguais, atenuando, por meio de critérios desiguais, as suas desigualdades fáticas.

Sobre o assunto, ensina a doutrina:

A atribuição de um sentido material à igualdade, que não deixou de ser (também) uma igualdade de todos perante a lei, foi uma reação precisamente à percepção de que a igualdade formal não afastava, por si só, situações de injustiça, além de se afirmar a exigência de que o próprio conteúdo da lei deveria ser igualitário, de modo que de uma igualdade perante a lei e na aplicação da lei se migrou para uma igualdade também “na lei”. Igualdade em sentido material, além disso, significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a vedação da utilização, para o efeito de estabelecer as relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico constitucional, opera como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais. A compreensão material da igualdade, por sua vez, na terceira fase que caracteriza a evolução do princípio no âmbito do constitucionalismo moderno, passou a ser referida a um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, portanto, no sentido do que se convencionou chamar de uma igualdade social ou de fato, embora também tais termos nem sempre sejam compreendidos da mesma forma. De qualquer sorte, considerando que tais dimensões (formal e material) serão analisadas com mais detalhamento quando do exame do significado e alcance do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade na Constituição Federal de 1988, importa ainda registrar, nesta quadra, que as três dimensões da igualdade e que integram a igualdade formal e material levaram a uma reconstrução da noção de igualdade e de seu significado e alcance em termos jurídicos constitucionais. Particularmente relevante para tal evolução foi o modo pelo qual passou a ser compreendida a relação entre a igualdade e os valores (princípios e direitos) da dignidade da pessoa.²²⁶

É se dizer, portanto, que a dignidade humana impõe aos indivíduos a necessidade de uma igualdade material, tornando todos os indivíduos fins em si mesmos, conforme aponta SARLET:

critério de interpretação e aplicação do direito constitucional e infraconstitucional, com particular destaque – mas não exclusividade! – para casos envolvendo a proteção e promoção dos direitos fundamentais.”

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 620.

A proibição de qualquer tipo de discriminação arbitrária e contrária à igual dignidade de cada ser humano e a pretensão de igual respeito e consideração, inclusive de suas qualidades e circunstâncias pessoais, indicam como o princípio da dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional, operando como critério (material) de valoração, notadamente no que diz com a definição das discriminações materialmente não razoáveis, ou seja, a proibição de tratamentos diferenciados com base em critérios que violam a dignidade da pessoa humana. Que com isso não se está a esgotar o papel da dignidade da pessoa humana para a compreensão do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade resulta evidente, devendo ser objeto de alguma atenção adicional logo adiante, em especial no contexto das proibições de discriminação²²⁷.

Dessa forma, diante do que se percebe da quebra da igualdade no tocante a violação ao direito à privacidade, à democracia e ao direito ao livre mercado, a violação do direito à igualdade e, conseqüentemente à dignidade humana, se mostra evidente em caso de desrespeito aos limites do (ab)uso dos Dados pessoais, afinal, este uso outorga informação e, com é cediço, informação é poder – máxime na sociedade digital(izada) contemporânea²²⁸.

Portanto, a necessidade da tutela dos Dados pessoais também recebe impacto do direito à igualdade substancial e à dignidade humana, eis que a violação dos aludidos dados tem o condão, sim, de macular a igualdade e, conseqüentemente, a dignidade.

3.2.2 Interseção possível, porém não necessária

A tutela da proteção de Dados pessoais no direito brasileiro não é uma completa estranha, eis que, conforme visto no capítulo 3.2.1, por vezes, esta

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 620/621.

²²⁸ EVANGELISTA, Rafael de Almeida; Soares, Thiago C.; Schimdt, Sarah Costa; LAVIGNATTI, Felipe. DIO: um jogo em dispositivos móveis para mapear câmeras de vigilância. *In Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 322/333, novembro de 2016, p. 330: “Mais do que nunca, informação é poder. Como pontuado por Ceglowski (2016): Em nossa tentativa de alimentar o software com o mundo, construímos o maior aparato de vigilância que o mundo já viu. Ao contrário de esforços anteriores, este é totalmente mecanizado e, em um grande sentido, autônomo. Seu poder é latente, presente nas vastas quantidades de dados pessoais de populações inteiras permanentemente armazenados”.

tutela dar-se-á em proteção do livre mercado, do processo democrático, da igualdade ou da privacidade (mais frequente).

Acontece, todavia, que não há, ainda, no direito brasileiro, um direito fundamental autônomo à proteção de Dados pessoais, razão pela qual a sua tutela se dá em decorrência dos direitos fundamentais da livre iniciativa, da privacidade, da autodeterminação informativa, da igualdade e da dignidade (art. 2.º da Lei 13.709/2018²²⁹).

Assim, malgrado haja atualmente uma lei que trate especificamente da proteção às formas de tratamento de Dados pessoais, o que se tem, no cenário brasileiro, é que a proteção de dados é um instrumento de outros direitos fundamentais, e não um direito fundamental autônomo (art. 2.º da Lei 13.709/2018²³⁰).

No cenário do direito da União Europeia, por sua vez, a proteção de dados é tratada como um direito fundamental autônomo, um fim em si mesmo (art. 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia²³¹), já que é possível, mas não imprescindível, a sua interseção com outros direitos fundamentais, motivo pelo qual os dados merecem proteção autônoma.

Nesse sentido, Silveira e Froufe:

Para o direito da União Europeia nem todos os dados pessoais são suscetíveis, pela sua natureza, de causar prejuízo à privacidade da pessoa em causa – mas devem ser igualmente protegidos. Ou seja, nem todos os dados são da mesma natureza – e isto justifica a autonomia conferida à proteção de dados pessoais relativamente à proteção da privacidade no ordenamento

²²⁹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 jan. 2019.

²³⁰ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 jan. 2019.

²³¹ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Lisboa. Portugal. Jornal Oficial da União Europeia. 7 de junho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

da União. Neste domínio, a CDFUE dá um passo adiante em relação a várias Constituições dos Estados-Membros e em relação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na medida em que consagra um direito fundamental que protege dados que não têm de ser íntimos/privados, basta que sejam pessoais. Trata-se de um avanço civilizacional que o RGPD agora densifica – e que, pelo impacto da sua aplicação territorial, beneficia (potencialmente) o resto do mundo²³².

No ponto, é cediço que tal marca (de, por vezes, se encontrar com outros direitos fundamentais) não é uma exclusividade do direito à proteção de dados, afinal, o eventual choque entre direitos fundamentais, consagrados na forma de princípios²³³, é uma de suas características.

Sendo assim, diante do fato de que mundo contemporâneo gravita entre o real e o digital²³⁴, e tendo em vista que a proteção dos Dados pessoais não se esgota na tutela de um ou alguns direitos fundamentais, ressoa perceptível que o direito à proteção de Dados pessoais é um direito fundamental autónomo e já implícito na Constituição de 1988, e não apenas um mero instrumento, sobretudo em razão do cenário atual do *homodigitalis*²³⁵.

3.3 CONSEQUÊNCIAS DA AUTONOMIA DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS (EFEITOS JURÍDICOS)

Ao se compreender (ou se discutir) o direito à proteção de Dados pessoais como um direito autónomo e não mais como um instrumento de outros direitos e garantias, instantânea e intuitivamente, exsurge a questão sobre os efeitos jurídicos que tal conclusão implica.

²³² SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 20.

²³³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.365: “As normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas freqüentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão.”

²³⁴ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 7.

²³⁵ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. In **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 7, nota de rodapé n. 15

Sendo assim, há que se compreender que a autonomia do direito à proteção de Dados pessoais redonda em consequências jurídicas, haja vista a regra de hermenêutica segundo a qual as normas devem ser vistas sob o seus vieses teleológicos, ou seja, deve-se perquirir, em uma norma jurídica, a sua razão subjacente²³⁶.

Desse modo, ao se modificar a razão subjacente à norma – no caso, de servir de instrumento para a tutela de outros direitos fundamentais e convertê-la na tutela autônoma da proteção de Dados pessoais –, altera-se, por consequência, sua interpretação e a sua abrangência.

No ponto, a abrangência da proteção de dados muda radicalmente, passando de uma tutela instrumental de outros direitos para um Direito subjetivo autônomo daqueles que são os titulares dos dados (sem necessidade de qualquer correlação com outros direitos).

Assim, as consequências jurídicas do direito autônomo à proteção de Dados pessoais implica na proteção contra situações de violação ou com risco de violações aos direitos, por parte de todos os agentes que podem fazê-lo, sendo estes, nomeadamente, os demais indivíduos (por meio do *hackeamento* ou de utilização de meios lícitos), por parte das empresas que possuem a disponibilidade dos dados (servidores e empresas de tecnologia e de telefonia de modo geral) e, claro, o Estado.

Portanto, diante do fato de ser o direito à proteção de Dados pessoais um direito autônomo em relação a outros direitos previstos na Constituição de 1988, há mister de realizar uma (re)interpretação das normas que tutelam a proteção de dados, a fim de se lhes outorgar a máxima efetividade da tutela constitucional que se exige em uma democracia constitucionalista²³⁷.

²³⁶ SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 19. ed. México: Porrúa, 2008. p. 645.

²³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 609-611: "Os publicistas alemães desse período chegaram a vislumbrar três aspectos de capital relevância quanto aos direitos fundamentais: primeiro, a sua função protetora, capacitada a impor limites e deveres, tanto à autoridade legislativa como administrativa; segundo, o caráter unitário e unificador de que são dotadas tais normas de direitos fundamentais sem embargo de sua

3.3.1 A tutela da proteção de dados em face de invasões por indivíduos (pessoas físicas)

Quanto à tutela da privacidade por parte de eventuais violações individuais, a legislação brasileira, por meio da Lei 12.737/2012²³⁸, inspirada em eventos de roubo de arquivos de fotos íntimas, inseriu no Código Penal o art. 154-A, que possui a seguinte redação:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa²³⁹.

Dessa forma, a lei brasileira já protege os indivíduos contra ações de pessoas que, sem autorização, violando mecanismos de segurança, obtenham dados de terceiros. No ponto, há que se destacar que a tutela é razoavelmente efetiva, haja vista que não necessita haver a utilização ou o envio dos dados. Sendo estes colhidos, já é o suficiente para ensejar a tutela penal.

Contudo, a tutela não é robustamente efetiva, afinal, por obtenção dos dados, tem-se a figura da aquisição destes. Assim, somente poderá ser sancionado pela norma o agente que obteve os dados, não sendo punido, em virtude do princípio da legalidade penal²⁴⁰, o sujeito que apenas acesse e visualize os dados, o que também exigiria a tutela estatal, uma vez que a

variedade material de conteúdo, e terceiro, o princípio da efetividade desses direitos, cunhado por Thoma, princípio mediante o qual se determina que, em caso de dúvida na esfera interpretativa, cabe a preferência àquela norma mais apta a desdobrar com maior intensidade a eficácia jurídica do direito fundamental. O princípio completa-se teoricamente, por outro lado, com a interpretação restritiva das limitações porventura importas aos direitos fundamentais.

(...). O avanço traduz-se na Alemanha, conforme ele [Häberle] observa, com o frequente emprego da máxima segundo a qual os direitos fundamentais já não tem eficácia 'em função da lei', mas, ao contrário, as leis ganham eficácia 'em função dos direitos fundamentais'.

²³⁸ BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 3 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 6 jan. 2019.

²³⁹ BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 3 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 6 jan. 2019.

²⁴⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5.ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 1.

proteção de dados é Direito subjetivo de seu titular, não podendo terceiros acessá-los sem sua autorização.

Ademais, a norma jurídica tutelou apenas os dados constantes de locais em que haja “mecanismo de segurança”, razão pela qual o acesso aos dados em dispositivos que não tenham tais mecanismos não seriam tutelados pela norma jurídica em questão.

Ora, não obstante estarem os dados inseridos em local em que não haja dispositivo de segurança, esse fato, por si só, não permite que terceiros, sem a autorização do titular, os acessem, tal qual não se permite que um indivíduo utilize o carro de outro somente pelo fato de este estar aberto com a chave dentro.

Tal qual o veículo no exemplo mencionado, os dados são Direito subjetivo de seu titular, como direito autônomo seu que, malgrado possa ser disponibilizado por este, não é de se presumir tal disposição pela ausência de “mecanismo de segurança”.

Assim, há que se sanar o vício normativo, a fim de sancionar situações em que, mesmo não havendo mecanismos de segurança, haja violação indevida de Dados pessoais.

Outrossim, há também regra prevista na Lei 13.709/2018²⁴¹, lei esta inspirada no RGPD da União Europeia²⁴², e que tem por objetivo regular a utilização dos Dados pessoais. Todavia, o art. 4.º, inciso I, da Lei 13.709/2018²⁴³

²⁴¹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 jan. 2019.

²⁴² MORAES MARQUES, André Luiz; LOBATO, Antônio; MELO, Alexandre. Ajustes realizados nos websites brasileiros para conformidade com o rgpd. **Revista de Tecnologia da Informação e Comunicação da Faculdade Estácio do Pará**, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 75-98, dez. 2018. ISSN 2595-8798. Disponível em: <<http://revistasfap.com/ojs3/index.php/tic/article/view/243>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

²⁴³ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 jan. 2019.

exclui de seu âmbito de proteção o tratamento “realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos”.

Assim, diversamente do direito da União Europeia, sobretudo após o julgamento do caso *Lindqvist*, em que ficou assentado que o tratamento de dados, mesmo sem fins econômicos, eventualmente pode se encontrar em situação que não constitua atividade exclusivamente pessoal e doméstica permitida²⁴⁴, o direito brasileiro ainda exclui de seu âmbito de tutela a questão de utilização de dados para fins não econômicos, ainda que não seja exclusivamente doméstica.

Nesse sentido, o Acórdão *Lindqvist* decidiu, ao julgar caso envolvendo a publicação gratuita de Dados pessoais de indivíduos (que trabalhavam a título gratuito como catequistas) sem os seus respectivos conhecimentos, entendeu que, mesmo sem haver finalidade econômica, houve violação ao direito à Proteção de Dados pessoais, uma vez que tal direito seria um direito autônomo, e não um instrumento em prol de um direito econômico.

O TJEU ainda entendeu que o tratamento em causa não constituía o exercício de uma atividade exclusivamente pessoal ou doméstica excepcionalizada pela diretiva, pois tal exceção teria por objeto as atividades que se inserem no âmbito da vida privada e familiar, o que manifestamente não seria o caso do tratamento de dados pessoais disponibilizados via Internet a um número indeterminado de pessoas. Contrariamente ao que sustentava o advogado de *Lindqvist*, o TJUE entendeu que o âmbito de aplicação da diretiva não se limita ao exercício de uma atividade econômica, pois disciplina a circulação de dados pessoais também no exercício de atividades sociais, no contexto mais amplo de uma integração europeia orientada pela proteção de direitos fundamentais²⁴⁵.

²⁴⁴ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. **Revista da Faculdade de Direito – Ufpr**, Curitiba, v. 61, n. 3, p.91-118, set. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48085/29828>>. Acesso em: 16 jan. 2019, p. 98-99.

²⁴⁵ SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: SENTIDO, EVOLUÇÃO E REFORMA LEGISLATIVA. **Revista da Faculdade de Direito – Ufpr**, Curitiba, v. 61, n. 3, p.91-118, set. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48085/29828>>. Acesso em: 16 jan. 2019, p. 99-99.

Desse modo, ao se vislumbrar o direito à proteção de Dados pessoais como um direito fundamental constitucional implícito, denota-se que a legislação brasileira, quando assegura qualquer possibilidade de tratamento para fins não econômicos, há de ser tida por inconstitucional, uma vez que acaba por tratar a tutela dos dados como um instrumento dos direitos econômicos, e não como um Direito subjetivo autônomo do seu titular.

3.3.2 A tutela da proteção de dados em face das empresas de tecnologia e telecomunicações

Fato é que as empresas de tecnologia e de telecomunicações, atualmente, possuem uma vasta gama de Dados pessoais de seus usuários, sendo, seguramente, a maior fonte de captação e utilização destes²⁴⁶.

Sendo assim, não é incomum se vislumbrar o (ab)uso dos Dados pessoais por parte dessas companhias, sem que, muitas vezes, sejam os consumidores cientificados acerca de tal utilização, não sendo incomum notícias de violações de Dados pessoais por parte de empresas de tecnologia, seja para finalidades econômicas ou políticas²⁴⁷.

Como é cediço, muito do valor de mercado das empresas de tecnologia vem das informações que elas têm sobre as pessoas (naturais e jurídicas), motivo pelo qual vários dos serviços são “gratuitos” (uma vez que quando você não paga, você é a mercadoria), como já explicou SILVEIRA:

²⁴⁶ HENRIQUES, Marcos Santos Borges; FURTADO, Maria Renata Silva; SILVA, Paulo Eduardo Santos da; MORAVIA, Rodrigo Vitorino. **Big data**. Disponível em <http://revistapensar.com.br/tecnologia/pasta_upload/artigos/a55.pdf> Acesso em 17-1-2018: “A sociedade acumula em um ano de vida digital cerca de 1,8 zettabytes de dados. Para se ter ideia da dimensão da escala, 3 exabytes é tudo que a humanidade conseguia guardar em 1986, hoje produzimos duas vezes esse valor por dia”.

²⁴⁷ Cfme. AGRELA, Lucas, O escândalo de vazamento de dados do Facebook é muito pior do que parecia, *in* **Revista Exame**. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/o-escandalo-de-vazamento-de-dados-do-facebook-e-muito-pior-do-que-parecia/>> Acesso em 6-1-2019; MARQUES, Pablo. Facebook admite o vazamento dos dados de 50 milhões de usuários, *in* **R7 Tecnologia e Ciência**. Disponível em <<https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/facebook-admite-o-vazamento-dos-dados-de-50-milhoes-de-usuarios-28092018>> Acesso em 6-1-2019; CIRIACO, Douglas. Campanha de Trump usou dados privados de 50 milhões de usuários do Facebook, *in* **Portal Tecmundo**. Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/seguranca/128300-cambridge-analytica-trump-dados-privados-facebook.htm>> Acesso em 6-1-2019.

Não há serviços gratuitos na Internet...estamos sempre a pagar de alguma forma. A Google sabe das nossas pesquisas, a Amazon conhece as nossas preferências literárias, a Apple sabe das músicas que descarregamos. Estas empresas recolhem e vendem informações sobre nós²⁴⁸.

Contudo, sendo a proteção dos Dados pessoais um Direito subjetivo do seu titular, malgrado tenham tais companhias a possibilidade de utilizar tais Dados pessoais, há que ser exercida uma tutela plena desta utilização.

Nessa toada, a Lei 13.709/2018 veio ao ordenamento jurídico exatamente focando na proteção dos indivíduos em face das empresas que fazem tratamento de dados para fins econômicos, conforme se vislumbra claramente de seus arts. 3.º e 4.º, sobretudo quando exclui de seu âmbito, conforme dito no capítulo 3.3.1, o tratamento para fins particulares (art. 4.º, inciso I) e o tratamento por parte do Estado (art. 4.º, inciso III)²⁴⁹.

Dessa forma é que nos termos do art. 7.º da Lei 13.709/2018, que dispõe que as empresas só poderão efetuar tratamento dos dados, dentre outras hipóteses, “mediante o fornecimento de consentimento pelo titular”²⁵⁰, é que este é exigido para tanto.

Portanto, as empresas, antes de realizarem a coleta e de efetuarem o tratamento de dados, devem colher o aceite (consentimento) dos usuários (titulares dos dados).

Sendo assim, empresas como a *Apple* e a *Facebook* exigem, sob pena de não permitir o acesso aos seus sistemas, que seus usuários aceitem suas políticas de privacidade, onde consta, dentre outras possibilidades:

²⁴⁸ SILVEIRA, Alessandra; Froufe, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. *In UNIO EU Law Journal*. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 11.

²⁴⁹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 jan. 2019.

²⁵⁰ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 jan. 2019.

Se você usar os nossos Serviços para compras ou transações financeiras (por exemplo, comprar algo no Facebook, em um jogo ou fazer uma doação), nós coletaremos informações sobre a compra ou transação. Isso abrange suas informações de pagamento, como o número do seu cartão de crédito ou débito e outras informações do cartão, informações de conta e autenticação, além dos dados de faturamento, envio e contato.

Informações do dispositivo.

Coletamos informações de ou sobre computadores, telefones e outros dispositivos em que você instala ou acessa nossos Serviços, dependendo das permissões concedidas. Podemos associar as informações coletadas dos seus diferentes dispositivos, o que nos ajuda a fornecer Serviços consistentes entre dispositivos. Veja alguns exemplos das informações que coletamos sobre os dispositivos:

- i. Atributos, como sistema operacional, versão de hardware, configurações do dispositivo, nomes e tipos de arquivos e softwares, bateria e intensidade de sinal, e identificadores de dispositivo.
- ii. Localizações do dispositivo, incluindo localizações geográficas específicas, por meio de GPS, Bluetooth ou sinal Wi-Fi²⁵¹.

Podemos coletar, usar, transferir e revelar informações não pessoais para qualquer propósito. A seguir estão alguns exemplos de informações não pessoais que coletamos e como podemos usá-las.

Podemos coletar informações como ocupação, idioma, código postal, código de área, identificador único de dispositivo, URL de referência, localização e fuso horário em que um produto Apple é usado para que possamos entender melhor o comportamento do cliente e melhorar nossos produtos, serviços e propaganda.

Também coletamos informações sobre atividades do cliente em fontes como nosso site, serviços iCloud, iTunes Store, App Store, Mac App Store, App Store para Apple TV e iBooks Stores, bem como em nossos outros produtos e serviços. Essas informações são agregadas e usadas para nos ajudar a fornecer informações mais úteis para nossos clientes e para entender quais partes de nosso site, produtos e serviços são de maior interesse. Dados agregados são considerados informações não pessoais para os propósitos desta Política de Privacidade.

Podemos coletar e armazenar detalhes sobre como você usa nossos serviços, incluindo buscas²⁵².

²⁵¹ FACEBOOK INC (Estados Unidos da América). **Política de dados**. 2018. Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy/>>. Acesso em: 11 maio 2018 (grifos no original).

Não obstante, a inclusão digital, muito mais do um direito fundamental²⁵³, é uma necessidade real e diária na era do homodigitalis²⁵⁴.

Nesse sentido, há quem sustente, inclusive, que o mercado digital está, paulatinamente, substituindo o mercado tradicional que, há muito, já vem se sobrepondo aos antigos estados-nações, sendo o verdadeiro agente de poder político e econômico do século XXI.

Sobre o assunto, ensina Bauman:

O casamento entre poder e política (ou melhor, sua coabitação no interior do Estado-nação) termina agora em divórcio. O poder parcialmente evaporou no ciberespaço, parcialmente fluiu para mercados asperamente apolíticos, e foi parcialmente "subsidiado" (à força, "por decreto") como apoio à "política de vida" dos novos indivíduos "dotados de direitos" (por decreto, mais uma vez). Os resultados são muito parecidos, como no caso da separação original, somente que numa escala incomparavelmente (na verdade, "radicalizadamente") ampla. Agora, no entanto, não há equivalente à vista para o postulado "Estado-nação soberano", capaz (ou que se esperava ser capaz) de enxergar (para não dizer ver através) uma perspectiva realista de domar a globalização até agora negativa (desmantelando instituições, fundindo estruturas); e de recapturar as forças enfurecidas, para submetê-las a uma forma de controle eticamente conformada e politicamente operada²⁵⁵.

Ou seja, o acesso ao mundo digital passou de um direito disponível a uma verdadeira forma de cidadania, razão pela qual o aceite da utilização dos dados como condicionante de acesso aos serviços não se mostra legítimo ou livre.

²⁵² APPLE INC (Estados Unidos da América). **Política de privacidade**. 2018. Disponível em: <<https://www.apple.com/legal/privacy/br/>>. Acesso em: 11 maio 2018

²⁵³ ALMEIDA, Leonardo Goes de. **A inclusão digital como direito fundamental não expresso**. 2015. 106 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2015. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/6857-leonardo-goes-de-almeida/file>>. Acesso em: 06 jan. 2019, p. 97.

²⁵⁴ SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. *In UNIO EU Law Journal*. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20, p. 7, nota de rodapé n. 15

²⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo** a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 86.

Em conclusão, há que se (re)pensar a figura do acesso aos sistemas de informa(tiza)ção mesmo diante da recusa no tratamento de dados, inclusive, se for o caso, mediante prestação econômica, possibilitando a tutela do direito à proteção de dados dos indivíduos que não queiram dispor de seu direito constitucional à proteção de dados.

3.3.3 A tutela da proteção de dados em face do estado

O direito à proteção de Dados pessoais em face do Estado se mostra sobremodo deficitária na legislação brasileira, sobretudo se levado em consideração o que se tem na legislação europeia e na razão subjacente que sustenta o Direito subjetivo à proteção de dados.

Nesse sentido, é de se destacar que a Lei 13.709/2018²⁵⁶, ao tratar das exceções sobre o Regime de proteção de dados brasileiro, retira dos indivíduos a proteção em face do Estado quando “realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; segurança do Estado; ou atividades de investigação e repressão de infrações penais”²⁵⁷.

Ou seja, a partir de sua redação aberta e imprecisa, afinal conceitos como “segurança pública”, “defesa nacional” e “segurança do Estado” abarcam uma infinidade de significantes, a legislação em questão excepciona de seu controle o acesso aos Dados pessoais por parte do Estado.

Não obstante, a Constituição de 1988 protege, de forma implícita, os Dados pessoais, motivo pelo qual, a partir e a exemplo da proteção da intimidade, que impõe obrigações de não fazer ao Estado, a proteção de dados há de ser respeitada inclusive, e principalmente, contra o Estado.

No ponto, a União Europeia, diversamente do que ocorre na legislação brasileira, tutela os indivíduos inclusive em face de ingerências estatais

²⁵⁶ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 jan. 2019.

²⁵⁷ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 jan. 2019.

quanto à violação de seus Dados pessoais, sobretudo em razão da desconfiança legítima daqueles que ocupam locais de poder, reconhecendo que o abuso de poder é algo inerente a este, como aponta Montesquieu:

Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder²⁵⁸.

Nessa linha, no caso *Tele2 Sverige AB/Post-Och Telestyrelsen e Secretary Of State For Home Department/Tom Watson E O.* (C-203/15 e C-698/15), fora acolhido o argumento sustentado pelo Advogado-Geral, que ressaltou o perigo do controle desmedido de dados por parte das autoridades públicas, haja vista que, em caso de tal controle dos dados, os indivíduos estariam sujeitos a abusos por parte das autoridades ou de quem quer que tenham acesso a tais informações²⁵⁹.

No Brasil, porém, a desconfiança dos que exercem o poder ainda é vista de forma temerária, eis que – ao menos discursivamente – ainda se acredita na bondade dos bons²⁶⁰, ou se quer fazer crer, para legitimar a maximização dos espaços de poder.

²⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. **O Espírito das Leis**. trad. Cristina Muracho, 2ª ed., 2ª tir. 2000. São Paulo: Martins Fontes, 1996, Livro primeiro, capítulo IV, p. 166/167.

²⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019: “225- O efeito destruídos desta tese pode ser facilmente ilustrado através dos seguintes exemplos. Um regime nacional que restringisse de forma estrita o acesso apenas para efeitos da luta contra o terrorismo e que limita a duração da conservação a três meses (abordagem estrita quanto ao acesso e a duração da conservação), mas que não obrigasse os prestadores a conservarem os dados no seu território nacional e num formato encriptado (abordagem flexível quanto a segurança), exporia toda a sua população a um risco elevado de acesso ilegal aos dados conservados. Do mesmo modo, um regime nacional que prevísse uma duração da conservação de três meses e uma conservação dos dados no seu território nacional e num formato encriptado (abordagens estritas quanto a duração e a segurança), mas que permitisse que todos os funcionários de todas as autoridades públicas acedessem aos dados de abuso por parte das autoridades nacionais”.

²⁶⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre & SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica a metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 88/89: “O enunciado da ‘bondade da escolha’ provoca arrepios em qualquer

Contudo, idiossincrasias culturais a parte, fato é que o Direito subjetivo à proteção de dados deve se dar inclusive, e principalmente, em face do Estado, que não poderá, salvo autorização judicial devidamente fundamentada (conforme dispõe o art. 93, inciso IX, da CRFB/88²⁶¹), ter acesso aos dados dos indivíduos.

Dessarte, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4.º, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, mantendo-se a constitucionalidade da alínea “d” se, e somente se, lida em conformidade com o art. 5.º, inciso XII, da CRFB/88²⁶², exigindo-se autorização judicial devidamente fundamentada para que órgãos e entes estatais tenham acesso aos Dados pessoais dos indivíduos, exclusivamente nas hipótese autorizadas por lei (a ser editada) quando, cumulativamente: a) for para persecução penal; b) não houver outra forma de conseguir o objetivo pretendido (subsidiariedade) e; c) por tempo máximo indicado pela lei e não mais que o estritamente necessário às finalidades almejadas, tal qual o regramento previsto para as interceptações telefônicas²⁶³.

operador do direito que frequenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a ‘bondade’ do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é seu critério, ou seja, o que é ‘bondade’ para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, parecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a sua ‘bondade’ responde a exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, ‘quem nos salva da bondade dos bons?’, na feliz conclusão de Agostinho Ramalho Marquês Neto”

²⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

²⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018: “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”.

²⁶³ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 86-92.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por escopo a análise do direito à proteção de Dados pessoais e sua efetividade, sobretudo como direito autônomo, e não mais como mero instrumento ao serviço de outros direitos já reconhecidos, ou uma dimensão do direito à privacidade.

Assim, para a elucidação da questão, buscou-se a realização do estudo mediante uma análise do sistema normativo brasileiro e europeu acerca do tema.

Chegando ao final do estudo, onde se concluiu, em suma, que, de fato, o direito à proteção de dados é um direito fundamental, autônomo e subjetivo, implicitamente ínsito na Constituição de 1988, alguns pontos substanciais restam a ser enfatizados, a fim de que as premissas e as conclusões observadas sejam notabilizadas.

Inicialmente, o que sobreleva notar do presente estudo é o fato de que, atualmente, a legislação brasileira vêm buscando tutelar de forma mais consistente o direito à proteção de dados – o que, afinal, demanda certo tempo, posto ser uma nova realidade.

A aprovação das Leis 12.965/2014²⁶⁴ e 13.709/2018²⁶⁵ demonstram que o legislador brasileiro, de fato, vem se ocupando da matéria relativa à proteção de dados, sendo que, se feita uma leitura (séria) das normas, sobretudo em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor e com o Código Civil, há uma tutela bastante efetiva da matéria relativa à proteção de Dados pessoais.

²⁶⁴ BRASIL. Lei n.º 12.965 Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. . Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

²⁶⁵ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).. . Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

Contudo, no sistema jurídico brasileiro, a tutela do direito à proteção de dados ainda não encontra respaldo em um direito fundamental autônomo, sendo, ainda, mero instrumento a fim de viabilizar o respeito de outros direitos fundamentais, o que torna a sua eficácia bastante enfraquecida quando contraposta com outros direitos fundamentais (inclusive os implícitos, como o direito à segurança pública), notadamente quando se tem em discussão a aplicação de regras, que se aplicam de forma “tudo ou nada” e são afastadas em caso de confronto com norma de hierarquia superior²⁶⁶.

Em contraponto, no cenário do direito da União Europeia, por outro lado, a proteção aos Dados pessoais ganha autonomia jurídica. Trata-se de um direito fundamental autônomo em relação aos demais direitos fundamentais²⁶⁷, sendo a proteção de dados, portanto, sobremodo mais efetiva do que à atribuída no direito brasileiro, posto não estar em hierarquia inferior aos demais direitos fundamentais.

Portanto, buscou-se estudar se, e em que medida, o direito à proteção de Dados pessoais pode ser considerado um direito fundamental autônomo, materialmente, embora não formalmente, constitucional, também no regime jurídico brasileiro. Ou seja, pretendeu-se vislumbrar se seria o direito à proteção de Dados pessoais um direito autônomo em relação aos demais direitos fundamentais insculpidos na CRFB/88.

Ao partir da ideia de estado democrático constitucional pós-positivista, ainda que haja debate sobre o dirigismo constitucional²⁶⁸, fato é que se deve compreender as constituições como pedras angulares dos regimes jurídicos,

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37/46.

²⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Lisboa. Portugal. Jornal Oficial da União Europeia. 7 de junho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019. (art. 8.^o).

²⁶⁸ SILVEIRA, Alessandra. Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade "com cheirinho de alecrim". In: MIRANDA, Jorge. **Nos 40 anos da constituição**. Lisboa: Aafdl, 2017. p. 185-200. p. 186/188.

sendo um verdadeiro “esquema matriarcal de um de uma comunidade” ²⁶⁹, influenciando enormemente todo o ordenamento jurídico.

Assim, reconhecendo que o direito é, de fato, um meio de transformação e influência social, sobreveio a doutrina do neoconstitucionalismo, como sistema normativo de valores²⁷⁰, onde o direito não estaria alheio à moral, sobretudo pautado no fato de que o direito não possui, por si, uma moral e, portanto, a leitura amoral do direito poderia conduzir à legalidade imoral (tal como já o fora a escravidão, ou o holocausto nazista, para ficar apenas em dois exemplos emblemáticos).

Não obstante, a moral é um critério subjetivo e, assim, para um supremassista branco, por exemplo, (lamentavelmente) o direito que permitia o escravismo e/ou o que deu ensejo ao holocausto poderia ser moralmente adequado.

Assim, FERRAJOLI²⁷¹ vem tecer críticas ao neoconstitucionalismo, dando ensejo à teoria do constitucionalismo garantista que, na leitura feita para o estudo, não se contrapõe ao neoconstitucionalismo, mas, sim, o completa, na medida em que a moral, para ser juridicamente válida (ou seja, para ser utilizada como fator interpretativo), exige base deontológica, normativa.

Afinal, toda norma, em seu nascimento, possui uma base, uma raiz, moral, que é, ao fim e ao cabo, a sua razão subjacente.

É dizer, portanto, que o direito não é alheio à moral, ele é, simplesmente, alheio à moral não inserida no direito²⁷². A interpretação das

²⁶⁹ SILVEIRA, Alessandra. Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade "com cheirinho de alecrim". In: MIRANDA, Jorge. **Nos 40 anos da constituição**. Lisboa: Aafdl, 2017. p. 185-200. p. 187.

²⁷⁰ NOVAIS, Vinícius Carvalho dos Reis. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E OS LIMITES INTERPRETATIVOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO. **Virtuajus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p.197-217, 01 jan. 2018. p. 207.

²⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56. p. 56.

²⁷² NOVAIS, Vinícius Carvalho dos Reis. Neoconstitucionalismo no brasil e os limites interpretativos na aplicação do direito. **Virtuajus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p.197-217, 01 jan. 2018. p. 210: “Na

normas jurídicas, não deve mais ficar adstrita ao positivismo semântico, não sendo o juiz a mera “boca de lei”, mas, em contraponto, a interpretação não poder partir de grau zero de sentido²⁷³, ou de subjetividades do intérprete.

Em suma, o intérprete do direito possui margem interpretativa, porém, esta deve guardar sempre base deôntica, sob pena de se tornar ilegal.

Como corolários desta margem interpretativa, que tem exatamente o condão de reconhecer o direito como um produto da criação de seu tempo, é que foram inseridos mecanismos aptos a não tornar o direito um instrumento engessado e a dar-lhe efetividade, mormente para a resolução de novos conflitos, surgidos a partir de novas realidades sociais.

Dessa forma foi que se deu ensejo à teoria da mutação constitucional e a teoria do Bloco de constitucionalidade, que culminaram no reconhecimento da figura dos direito implícitos, que seria, em suma, direitos que não estão textualmente contemplados na redação constitucional, mas que estão inseridos na Constituição em razão do âmbito de alcance interpretativo de outras normas, sobretudo quando a aludida interpretação deriva de modificações da realidade ôntica.

No ponto, já que o Constituinte de 1988 não havia como prever a revolução digital que estava por vir, razão pela qual não inseriu a proteção de dados como um direito fundamental.

Todavia, o Constituinte deixou claro a sua opção de, pela primeira vez em uma Carta Constitucional na história brasileira, tutelar o indivíduo antes do Estado e dos poderes públicos, protegendo diversos direitos fundamentais que se relacionam com a proteção dos Dados pessoais.

esteira desse raciocínio, Lênio Streck (2010, p. 88-89) assevera que obedecer “à risca o texto da lei democraticamente construída” (já superada a questão entre direito e moral) não tem nada a ver com a exegese à moda antiga (positivismo primitivo), pois, neste caso, a moral ficava de fora, e agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária”.

²⁷³ NOVAIS, Vinícius Carvalhal dos Reis. Neoconstitucionalismo no Brasil e os limites interpretativos na aplicação do direito. **Virtuajus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p.197-217, 01 jan. 2018. p. 210-211.

Sendo assim, denota-se claramente que a razão subjacente das normas que tutelam direitos como a privacidade, a vida privada, o sigilo epistolar, o livre mercado e o regime democrático, que é a de efetivar a proteção à dignidade humana, colocando o Estado como um instrumento para o bem-estar do indivíduo, e não mais o contrário, como ocorria nos regimes absolutistas, abarca a tutela do direito à proteção dos dados, inclusive como direito fundamental autônomo.

Portanto, é de se reconhecer, sim, que no sistema normativo brasileiro existe um direito fundamental à proteção dos Dados pessoais.

Da existência e da autonomia do direito à proteção de Dados pessoais extraem-se certas consequências, seja em relação aos demais indivíduos, seja em relação ao Estado ou às empresas mantedoras dos dados.

Quanto à proteção do titular dos dados em relação a outros indivíduos, a consequência principal da proteção dos Dados pessoais como um direito autônomo é a de não permitir que terceiros tenham acesso aos dados sem a autorização e a anuência do titular dos dados, independentemente da finalidade para a qual se pretenda utilizar os mencionados dados.

Já no tocante às empresas de tecnologia, captadoras e mantedoras dos Dados pessoais, a implementação da proteção de Dados pessoais como um direito fundamental autônomo implica que estas se abstenham de manter os dados para além de um prazo razoável legalmente definido, tendo em conta a finalidade do tratamento e, principalmente, de comercializá-los, ressalvado em caso de consentimento expresso, informado e com uso vinculado à finalidade para a qual fora a autorização outorgada – vedada, em todo caso, uso de consentimentos genéricos.

No que concerne ao Estado, a proteção dos Dados pessoais impõe que os entes estatais não possam acessar os dados dos indivíduos, exceto, nos termos do art. 5.º, inciso XII, da CRFB/88, “nas hipóteses e na forma que a lei

estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”²⁷⁴, legislação esta ainda vindoura.

Como um Direito subjetivo fundamental e, portanto, indisponível²⁷⁵ – ou seja, cuja disponibilidade recai apenas sobre seu exercício, mas não sobre o direito em si –, fica assegurada ao titular dos Dados pessoais, a todo tempo, a revogação das autorizações entretanto concedidas, bem como o direito ao apagamento dos referidos dados.

Portanto, ao final, tem-se que a proteção de Dados pessoais, no regime jurídico brasileiro, é, de fato, um direito fundamental autônomo, implícito na CRFB/88, e cuja efetivação se mostra cada vez mais necessária, principalmente quando a aludida efetivação se contraponha a outros direitos fundamentais, caso em que a solução deverá ser proporcionada pela regra da proporcionalidade, conforme já decidiu o TJUE no caso *Digital Ireland e Seitlinger* (C-293/12 e C-594/12)²⁷⁶.

²⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

²⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 151.

²⁷⁶ UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão C-293/12 e C-594/12: Digital Rights Ireland Seitlinger e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 8 de abril de 2014. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5034578>> Acesso em 2 jan. 2019.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGRELA, Lucas, O escândalo de vazamento de dados do Facebook é muito pior do que parecia, *in* **Revista Exame**. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/o-escandalo-de-vazamento-de-dados-do-facebook-e-muito-pior-do-que-parecia/>> Acesso em 6-1-2019

ALMEIDA, Leonardo Goes de. **A inclusão digital como direito fundamental não expresso**. 2015. 106 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2015. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/6857-leonardo-goes-de-almeida/file>>. Acesso em: 06 jan. 2019

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 165, n. 1, p.123-134, jan. 2005.

APPLE INC (Estados Unidos da América). **Política de privacidade**. 2018. Disponível em: <<https://www.apple.com/legal/privacy/br/>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BARROSOS, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no brasil e alguns aspectos da class action norte americana. **de Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p.34-55, 30 nov. 2007. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/211/prote%C3%A7%C3%A3o%20coletiva%20direitos_Barroso.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BARROSOS, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p.1-42, jan. 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo** a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BBC NEWS BRASIL (Brasil). **Como os dados de milhões de usuários do Facebook foram usados na campanha de Trump**. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-43705839>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 8. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 835p.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 230p.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. RIO DE JANEIRO, RJ.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. RIO DE JANEIRO, RJ.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. RIO DE JANEIRO, RJ.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. RIO DE JANEIRO, RJ.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. RIO DE JANEIRO, RJ.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. **Código Eleitoral**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 19 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 1.º jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 28 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 3 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 6 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. . Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).. . Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.060-A, de 29 de maio de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 29 maio 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1665276&filename=Tramitacao-PL+4060/2012>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 6, de 3 de março de 2011. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 3 mar. 2011. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4058219&ts=1545911402642&disposition=inline>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.971 Rondônia. Relator: CELSO DE MELO. Brasília, DF, 06 de novembro de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília, 08 de novembro de 2014.

CAMPOS, Luiz Fernando de Barros. **Metadados digitais**: revisão bibliográfica da evolução e tendências por meio de categorias funcionais. R. Eletr. Bibliotecon. Ci. Inf, Florianópolis, v. 1, n. 23, p.16-46, 01 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/11673>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Feliciano de. **Teoria do Bloco de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 22 de dezembro de 2018.

CIRIACO, Douglas. Campanha de Trump usou dados privados de 50 milhões de usuários do Facebook, *in* **Portal Tecmundo**. Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/seguranca/128300-cambridge-analytica-trump-dados-privados-facebook.htm>> Acesso em 6-1-2019.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p.91-108, jul. 2017.

DUARTE, Maria Luísa. **O Tratado da união europeia e a garantia da constituição**: notas de uma reflexão crítica, in estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, Lex, 2010.

EVANGELISTA, Rafael de Almeida; Soares, Thiago C.; Schimidt, Sarah Costa; LAVIGNATTI, Felipe. DIO: um jogo em dispositivos móveis para mapear câmeras de vigilância. *In Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 322/333, novembro de 2016.

FACEBOOK INC (Estados Unidos da América). **Política de dados**. 2018. Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy/>>. Acesso em: 11 maio 2018.

FERNANDES, Florestan. **A ditadura em questão**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1982

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenutica e (neo)constitucionalismo**: Um debate com Luigi Ferrajoli. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

GAMONAL, Sergio. **Cidadania na empresa e eficácia dos direitos fundamentais**. Tradução de Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

GOMES, Mairi Catiane; MIRANDA, Mari Camila; CARRARO, Isaias Ricardo. PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO NA LOGÍSTICA: Etapas e Estratégias para a Implementação. **Sustainable Business**: International Journal, Niterói, v. 1, n. 67, p.1-20, nov. 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5.^a Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HENRIQUES, Marcos Santos Borges; FURTADO, Maria Renata Silva; SILVA, Paulo Eduardo Santos da; MORAVIA, Rodrigo Vitorino. **Big data**. Disponível em <http://revistapensar.com.br/tecnologia/pasta_upload/artigos/a55.pdf> Acesso em 17-1-2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KOSINSKI, Michael; GRAEPEL, Thore; STILWELL, David. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. *In Proceedings of the national academy Sciences of the United States of America*, v. 110, n. 15.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**: Großes Lehrbuch. Munich: Verlag C. H. Beck, 1958.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Pablo. Facebook admite o vazamento dos dados de 50 milhões de usuários, *in* R7 **Tecnologia e Ciência**. Disponível em <<https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/facebook-admite-o-vazamento-dos-dados-de-50-milhoes-de-usuarios-28092018>> Acesso em 6-1-2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. **O Espírito das Leis**. trad. Cristina Muracho, 2.^a ed., 2.^a tir. 2000. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES MARQUES, André Luiz; LOBATO, Antônio; MELO, Alexandre. Ajustes realizados nos websites brasileiros para conformidade com o rgpd. **Revista de Tecnologia da Informação e Comunicação da Faculdade Estácio do Pará**, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 75-98, dez. 2018. ISSN 2595-8798. Disponível em: <<http://revistasfap.com/ojs3/index.php/tic/article/view/243>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre & SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica a metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2013.

NOVAIS, Vinícius Carvalho dos Reis. Neoconstitucionalismo no brasil e os limites interpretativos na aplicação do direito. **Virtuajus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p.197-217, 01 jan. 2018.

PAIS, Sofia Oliveira. **Princípios fundamentais de direito da União Europeia**. 3.^a edição. Editora Almedina, 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PAVINI, Cristiano. **Polícia pede dados de celulares da população para chegar a criminosos**: Usuários de smartphones que passaram perto da chácara onde assaltantes se esconderam teriam informações liberadas; STJ nega. 2017. Disponível em: <<http://www.cbnribeirao.com.br/noticias/policia/NOT,2,2,1232346,Policia+pede+da+dos+de+celulares+da+populacao+para+chegar+a+criminosos.aspx>>. Acesso em: 28 jun. 2018

PEREIRA, Camilla Martins Mendes. Considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p.159-176, 21 out. 2015. Jul/dez. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/1012-2020-2-PB.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

PHILIPPINI, Ana Cláudia Moreira Miguel; PHILIPPINI, Renato Augusto de Alcântara. Estado, derecho y justicia en las enseñanzas de radbruch. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p.230-248, jan. 2017.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REIS, Helena Esser dos. **A democracia como processo**: política e educação no pensamento de Tocqueville. In **Contexto e educação**. Rio Grande do Sul: Editora Unijuí. Ano 24, n. 82, jul./dez. de 2009.

SANTOS, Andréia. **O impacto do big data e dos algoritmos nas campanhas eleitorais**. Disponível em <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Andreia-Santos-V-revisado.pdf>> Acesso em 17-1-2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos**: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da constituição. Revista Depoimentos, Vitória, n. 9, p. 11-31, jan.-dez. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. 2015.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. (trad. Bárbara Heliodora). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 19. ed. México: Porrúa, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção dos dados pessoais como questão jusfundamental identitária

dos nossos tempos. *In* **UNIO EU Law Journal**. V. 4. N. 2, Escola de Direito – Universidade do Minho: julho de 2018, p. 4-20.

SILVEIRA, Alessandra. **Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade "com cheirinho de alecrim"**. In: MIRANDA, Jorge. *Nos 40 anos da constituição*. Lisboa: Aafdl, 2017. p. 185-200.

STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. 224p.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013

STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-94.

SZTAIN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Lisboa. Portugal Jornal Oficial da União Europeia. 7 de junho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Comunicado de imprensa n. 157/13**. Tribunal de Justiça da União Europeia. Luxemburgo: 12 de dezembro de 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 24 de outubro de 1995. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Luxemburgo. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 04 de maio de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o**. Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 20 de fevereiro de 2017. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CA0203&from=EN>> Acesso em 2 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado Geral nos processos apensos C-203/15 Tele2 Sverige AB/Postoch telestyrelsen e C-698/15 Secretary of State for Home Department/Tom Watson e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 19 de julho de 2016. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CC0203&from=PT>> Acesso em 2 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. **Acórdão C-293/12 e C-594/12: Digital Rights Ireland Seitlinger e o.** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 8 de abril de 2014. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIdex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5034578>> Acesso em 2 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do advogado-geral nos processos apensos C-293/12 e C-594/12 Digital Rights Ireland Seitlinger e o..** Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 12 de dezembro de 2013. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-ue-diretiva-registro-ligacoes.pdf>> Acesso em 2 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. PROCESSO n. 6/64. Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 15 de julho de 1964. Disponível em <https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Cosa_Enel.pdf> Acesso em 2 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. GRANDE SESSÃO. PROCESSO n. 6/64. Luxemburgo. Jornal Oficial da União Europeia. 15 de julho de 1964. Disponível em <https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Cosa_Enel.pdf> Acesso em 2 jan. 2019.

VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). *In Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 14. Ano 5. P. 71-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2018.