REVISTA JURÍDICA NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Revista Jurídica NELB

Jus Scriptum

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
ANO 16 | VOLUME 6 | NÚMERO 3 | 2021

EDITORIAL

Última edição para um novo começo
Last edit for a fresh start
Cláudio Cardona

ARTIGOS

OMC: Governança Global e Legitimidade
WTO: Global Governance and Legitimacy
Pedro Carneiro Sales

A interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro: análise da medida sob a ótica do caso Escher e outros vs. Brasi
Telephone interception in the Brazilian legal system: analysis of the injuction from the perspective of the Escher case and others vs. Brazil
André Rocha Sampaio e Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão

Democracia em crise na sociedade da informação
Democracy in Crisis in the Information Society
Ana Claudia Sousa de Campos

Efetividade da tutela dos direitos de personalidade no processo informacional: da privacidade aos desafios da proteção de dados
Effectiveness of the protection of personality rights in the informational process: from privacy to data protection challenges
Carolina da Rosa Roncatto

Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em Portugal
At 45: the constitutional provision of data protection right in Brazil and Portugal
João Ricardo Bet Viegas

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro

Revista Jurídica NELB

Jus Scriptum



NELB
Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros

jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 16 • Volume 6 • Número 3
out./dez. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board
Leandra Freitas, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Iago Leal, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre Silvia Gabriel Teixeira

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2021/22

DIREÇÃO GERAL
Diretoria Executiva
Leandra Freitas, Presidente de Direção;
Dra. Joice Bernardo, Secretária Executiva;
Dr. Rodrigo David, Tesoureiro;

Secretarias especiais da Presidência:
Dra. Camila Henriques, Secretária Especial de administração de Conflitos e Apoio à Diversidade (SEACAD)
Mylla Purcinelli, Secretária Especial de Licenciatura (SEL)
Dr. Caio Brilhante, Secretário Especial do Meio Ambiente (SEMA)
Dr. Filipe Vigo, Secretário Especial de Mestrados, Doutoramentos e Empregabilidade (SEMDE)

Assessores da Secretaria Executiva:
Dra. Mariana Harz
Dra. Ana Paula Afonso

Diretoria Científica
Iago Leal, Diretor
Dr. Paulo Rodrigues, Diretor
Joao Villaça, Adjunto
Dr. Matheus Spegiorin, Adjunto
Theodora Simões, Adjunta
Dr. Cláudio Cardona, Diretor da Revista Jus Scriptum
Dr. Thiago Santos Rocha, Observador Externo do Conselho Editorial

Diretoria de Eventos
Dra. Thainara Nascimento, Diretora
Dra. Bruna Xavier, Assessora
Dra. Maria Melo, Assessora
Dra. Carolina Xavier, Assessora
Dra. Renata Péres, Assessora

Diretoria de Comunicação
Dra. Letícia Bittencourt, Diretora
Victor Gabriel, Diretor
Mylla Pucelli, Adjunta
Daniel Rosa, Adjunto
Rafaela Mascaro, Adjunto
Paula Lourenço, Assessora-secretária
Bruna Lebre, Assessora
Lara Calvo, Assessora

Diretoria de Apoio Pedagógico
Dra. Flávia Dias, Diretora
Dra. Júlia Ronconi Costa, Adjunta
Dra. Larissa Lopes Matta, Assessora
Dra. Mariana Miranda, Assessora
Eric Alejandro, Assessor
Dra. Brunna Mendes, Assessora

Colaboradores da Direção Geral
Dra. Gabriele Lima

ASSEMBLEIA GERAL
André Brito, Presidente
Dra. Joice Bernardo, Primeira-Secretária
Dra. Rebeca Rossato, Segunda-Secretária

CONSELHO DE PRESIDENTES
Dr. Claudio Cardona, Presidente
André Brito
Dra. Elizabeth Lima

CONSELHO FISCAL
Jefferson Nicolau, Presidente
Maria Eduarda Ribeiro, Vogal
Dra. Rebeca Rossato, Vogal

nelb.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 16 • Volume 6 • Número 3
out./dez. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

EDITORIAL

Última edição para um novo começo
Last edit for a fresh start
Cláudio Cardona

ARTIGOS

OMC: Governança Global e Legitimidade
WTO: Global Governance and Legitimacy
Pedro Carneiro Sales

A interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro: análise da medida sob a ótica do caso Escher e outros vs. Brasi
Telephone interception in the Brazilian legal system: analysis of the injuction from the perspective of the Escher case and others vs. Brazil
André Rocha Sampaio e Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão

Democracia em crise na sociedade da informação
Democracy in Crisis in the Information Society
Gustavo da Silva Melo

Efetividade da tutela dos direitos de personalidade no processo informacional: da privacidade aos desafios da proteção de dados
Effectiveness of the protection of personality rights in the informational process: from privacy to data protection challenges
Carolina da Rosa Roncatto

Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em Portugal
At 45: the constitutional provision of data protection right in Brazil and Portugal
João Ricardo Bet Viegas

Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em Portugal

At 45: the constitutional provision of data protection right in Brazil and Portugal

João Ricardo Bet Viegas[1]

SUBMISSÃO: 19 DE SETEMBRO DE 2021
APROVAÇÃO: 07 DE DEZEMBRO DE 2021

O presente estudo tem por objetivo, de maneira introdutória e como forma de estimular a discussão, apurar as semelhanças e diferenças da previsão constitucional portuguesa do direito à proteção de dados pessoais em relação à brasileira e, além disso, identificar, na experiência lusa, elementos que possam auxiliar a melhor compreensão e a aplicação da previsão brasileira, nos moldes em que é apresentada na PEC 17/2019. Portugal foi o primeiro país a incluir expressamente em seu texto constitucional o direito à proteção de dados pessoais, enquanto, no Brasil, quarenta e cinco anos depois, em 2021, aprovou-se a inclusão de dispositivo sobre a matéria na Constituição Federal. Utiliza-se o método comparativo, observando a previsão do art. 35º da Constituição da República Portuguesa e do reconhecimento do direito constitucional implícito à proteção de dados pessoais no Brasil. Palavras-chave: Proteção-de-dados. Constituição. Privacidade.

The present study aims, in an introductory way and as a way to increase the discussion, at researching the similarities and differences between the Portuguese constitutional provision of the data protection right and the Brazilian one and, in addition, to identify, in the Portuguese experience, elements that can help to better understand and apply the Brazilian institute, as presented in PEC 17/2019. Portugal was the first country to expressly include in its constitutional text the data protection right, while in Brazil, forty-five years later, in 2021, the Chamber of Deputies approved the inclusion of a provision on the matter in the Federal Constitution. The study uses the comparative method, observing the prescription of art. 35 of the Constitution of the Portuguese Republic and the recognition of the implicit constitutional data protection right in Brazil. Keywords: Data-protection. Constitution. Privacy.

1 Mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Digital pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul com período de mobilidade acadêmica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. Introdução

O direito à proteção de dados pessoais vem sendo debatido largamente na doutrina jurídica de diversos países, sobretudo em relação à sua autonomia diante do direito à privacidade. Os estudos de Thomas Cooley[2], em 1868, e de Samuel Warren e Louis Brandeis[3], em 1890, discutiram o right to privacy sob uma perspectiva de limite, isto é, em que o indivíduo possuiria o direito de optar em compartilhar ou não informações a seu respeito. Enxergava-se o right to be let alone, ou seja, um direito negativo - um comando para que a liberdade individual não fosse invadida.

Sob a perspetiva da imagem, Adolfo Ravà e Adriano De Cupis abordaram a privacidade a partir do diritto alla riservatezza, em uma ideia de que a pessoa deveria consentir com aquilo a seu respeito que fosse exposto à sociedade[4]. Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos da América, na Europa, no contexto pós-guerra, especialmente na segunda metade do século XX, a preocupação de proteção da privacidade estava direcionada ao uso de informações pelo próprio Estado[5]. Vê-se, então, uma dimensão positiva, em que se exige do Estado que garanta a privacidade e, por consequência, a dignidade da pessoa.

De uma visão patrimonialista da privacidade, Stefano Rodotà identifica uma transformação: o enfraquecimento da

2 COOLEY, Thomas M. A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract. Chicago: Callaghan and Company, 1879. Disponível em https://repository.law.umich.edu/books/11/. Acesso em 16 nov. 2020.

3 WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. Harvard Law Review, vol. 4, nº 5. 1890. pp. 193-220. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=11#metadata_info_tab_contents>. Acesso em 17 out. 2020.

4 DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 139.

5 PEIXOTO, Erick; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. In. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola (Coord.). Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 33-54.

lógica do right to be let alone para uma ideia de controle da informação sobre si[6]. Danilo Doneda elucida que seria a mudança do paradigma de "pessoa-informação-segredo" para o de "pessoa-informação-circulação-controle"[7], em que mais do que garantir tranquilidade e isolamento, pretende-se garantir o desenvolvimento do indivíduo em sua dimensão efetivamente privada[8].

Essa nova função da privacidade faz com que se desdobre ao direito à proteção de dados pessoais. Nessa esteira, Orla Lynskey refere três perspectivas para que se analise a relação entre privacidade e proteção de dados. A primeira, é tomá-los como direitos separados, mas complementares. A segunda, é tomar a proteção de dados como uma divisão interna à privacidade. A terceira possibilidade, que é a defendida pela autora, é que a proteção de dados consiste em direito independente e serve para múltiplas funções, sendo uma delas a proteção da privacidade[9]. É dizer, em síntese, que se protege os dados pessoais para vários fins, inclusive à defesa da privacidade.

O presente estudo possui caráter introdutório e propõe a reflexão sobre o tratamento constitucional do direito à proteção de dados pessoais em Portugal e no Brasil. A escolha desses ordenamentos jurídicos justifica-se pelo fato de a Constituição da República Portuguesa de 1976 ter sido a primeira a prever expressamente a proteção de dados (art. 35º), enquanto, no Brasil, em 2021, quarenta e cinco anos depois, foi aprovada, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 17/2019,

6 RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.
7 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019. p. 41.
8 *Idem,* pp. 41-42.
9 LYNSKEY, Orla. The Foundations of EU Data Protection Law. Oxford: Oxford University Press, Estados Unidos, v. 6, n. 1, nov. 2016. p. 90.

que inclui na Constituição Federal de 1988 o direito fundamental à proteção de dados.

O método do direito comparado envolve três principais funções: a educativa, a criativa e a de interpretação e aplicação[10]. Os objetivos, então, neste estudo, consistem em, de maneira introdutória e como forma de estimular a discussão, apurar as semelhanças e diferenças da previsão portuguesa em relação à brasileira e, além disso, identificar, na experiência lusa, elementos que possam auxiliar a melhor compreensão e a aplicação da previsão brasileira, nos moldes em que é apresentada na PEC 17/2019.

2. A previsão portuguesa

Antes mesmo de adentrar na discussão sobre o direito fundamental à proteção de dados propriamente dito, é preciso observar a relevância de tratar do tema sob uma perspectiva não só nacional, mas europeia. Isso porque a evolução da disciplina polarizou dois modelos de tratamento da proteção de dados, um estadunidense e um europeu[11].

Nos Estados Unidos, enxerga-se um caráter fracionado, com jurisprudência e legislação diferentes conforme o estado[12] e caracterizado pela existência de leis setoriais e pelo objetivo de moldar uma autorregulação corporativa[13]. Na Europa, a opção adotada foi a de sistematizar a proteção de dados a partir de um documento central. Independentemente de legislações nacionais, o modelo europeu vale-se - e, historicamente, foi assim - de documentos de direito eu-

10 MIRAGEM, Bruno. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. In: MIRAGEM, Bruno (Org.). Direito privado comparado. Belo Horizonte: Letramento, 2018. pp.13-46.
11 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019. pp. 185-186.
12 *Idem*.
13 BOYNE, Shawn Marie. Data protection in the United States. American Journal of Comparative Law. Vol. 66. 2018. pp. 299-344.

ropeu ou de direito internacional, entre os quais se destacam a Convenção nº 108 do Conselho da Europa (Convenção de Estrasburgo), a Diretiva de 46/95/CE e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (UE 2016/679)[14].

O desenvolvimento do modelo europeu - o qual, aliás, é seguido pela legislação brasileira - possui como marcos legislativos os regramentos do estado de Hesse, na Alemanha, de 1970, da Suécia, de 1973, e da França, em 1978[15]. No âmbito continental, merece destaque a Convenção nº 108 do Conselho da Europa[16], a Convenção de Estrasburgo, de 1981[17], cujo objetivo é o tratamento de liberdades e direitos fundamentais, incluindo-se, aí, a proteção de dados pessoais. Esta postura atribuiu à proteção de dados autonomia e caracterização de direito fundamental[18].

No direito europeu propriamente dito, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê a proteção de dados no art. 8º[19], como destaque à imposição de que o tratamento de dados ocorra lealmente e com consentimento ou outro fundamento legal. Além disso, o art. 16º-B do Tratado de Funcionamento da União Europeia substituiu, em 2007, o

14 VAINZOF, Rony. Dados pessoais, tratamento e princípios. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega. OPICE BLUM, Renato (Coords.). Comentários ao GDPR. São Paulo: RT, 2018. pp. 37-85.

15 DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 03-20.

16 O Conselho da Europa consiste na principal organização para a proteção dos direitos humanos da Europa. Com efeito, os documentos do Conselho da Europa não constituem propriamente direito europeu, ou direito da União Europeia. Indicam, contudo, uma tendência da região. Sobre a instituição, vide: https://www.coe.int/pt/web/about-us/who-we-are. Acesso em 03/12/2021.

17 Convenção para a proteção das pessoas em relação ao tratamento automatizado de dados pessoais.

18 DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

19 Artigo 8º: Proteção de dados pessoais 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto 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 respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

art. 286[20], prevendo a proteção dos dados de caráter pessoal.

Em 1995, a Diretiva 95/46/CE renovou o caráter de direito fundamental da proteção de dados pessoais[21]. Em seguida, em 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia fortaleceu a compreensão da proteção de dados como um direito fundamental autônomo no âmbito europeu, separando as previsões acerca da vida privada[22] e da proteção de dados em si[23]. Posteriormente, com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (UE 2016/679), a cisão entre privacidade e proteção de dados fica ainda mais notável, ao passo que o regramento é direcionado à nova disciplina, sequer mencionando a privacidade em seu texto[24].

O papel do direito português na evolução do direito fundamental à proteção de dados pessoais é muito relevante, tendo sido o primeiro país a incluir, expressamente, a previsão no plano constitucional, na Constituição da República Portuguesa de 1976[25]. Fala-se do art. 35º, sobre a *Utilização da informática*, em que a proteção de dados é tratada em separado da proteção à intimidade e à vida privada, abordadas no art. 26º. Ainda que o diálogo entre os artigos 35º e 26º concre-

20 Artigo 16º-B: 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de actividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes. As normas adoptadas com base no presente artigo não prejudicam as normas específicas previstas no artigo 25.o-A do Tratado da União Europeia.

21 A Diretiva 95/46/CE elenca como objetivo: "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."

22 Art. 7º. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

23 Art. 8º. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

24 Evidentemente, a proteção de dados pessoais possui íntima relação com a preservação da privacidade, sendo um dos elementos protegidos pela proteção de dados pessoais, porém não o único.

25 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020. p. 73.

tize a proteção da privacidade em sua faceta da proteção de dados, é relevante observar a autonomia com a qual os temas foram abordados no texto da CRP.

O que se identifica, na verdade, desde a primeira redação do art. 35 - atualizada em três oportunidades -, é o reconhecimento do direito fundamental à autodeterminação informativa, com menção ao direito de tomar conhecimento dos dados a seu respeito e de exigir retificação ou atualização:

> Artigo 35.º (Utilização da informática)
> 1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.
> 2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.
> 3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.[26]

A primeira versão apresenta três números, sendo que, no primeiro, consagra o direito de informação e acesso do titular de dados pessoais, além da possibilidade de exigir atualizações ou retificações - destaca-se o fato de que já se usava a expressão "dados". O nº 02 apresenta uma versão inicial do que hoje se conhece plenamente como dados pessoais sensíveis, proibindo o tratamento de dados sobre convicções políticas, fé religiosa e vida privada - as posteriores atualizações aumentaram esse rol, mas, por outro lado, entregaram situações excepcionais autorizativas do tratamento. No terceiro, a proibição era em relação à instituição de número nacional de identificação de cada cidadão[27].

26 Redação original do art. 35º. Disponível em https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202109161703/73938554/element/diploma. Acesso em 16 set. 2021.

27 CASTRO, Catarina Sarmento e. 40 anos de "Utilização Informática" - O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.

O grande destaque, sobretudo para a época - que deu a relevância histórica ao art. 35º -, é o nº 01, que representa a autodeterminação informativa, recebendo a doutrina e a jurisprudência alemã da época[28], a partir do direito de cada pessoa controlar a informação disponível a seu respeito, mas também o direito de impedir a redução da pessoa a simples objeto de informação[29]. Sobre o tema, é conhecido o julgamento do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1983[30], reconhecido por definir o conteúdo da autodeterminação. Na ocasião, estava em análise a Lei do Censo, por meio da qual o Estado coletaria informações dos cidadãos para atualização dos registros públicos, tendo sido identificada a inconstitucionalidade parcial, manifestamente pela nebulosidade da finalidade do tratamento[31]. Por uma leitura da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, vinculou-se a ideia de autodeterminação informacional ao direito de controle do titular em relação ao movimento de seus dados pessoais[32].

J. J. Gomes Canotilho, ao cotejar direitos fundamentais e direitos da personalidade no âmbito da Constituição da República Portuguesa, ensina que, embora muitos dos direitos fundamentais sejam, também, direitos da personalidade, não é necessário que assim seja. Ao exemplificar, porém, os direitos fundamentais que se encaixam como direi-

28 "Esse 'produto da doutrina alemã tão exportado, quanto mal conhecido na sua origem' seria recebido pela doutrina constitucional portuguesa, ao abrigo do artigo 35.º da CRP, no sentido de o 'direito à autodeterminação informativa' atribuir 'a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito' e se impedir a redução da pessoa a mero 'objeto de informação.'". DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. O responsável pelo tratamento de dados segundo o regulamento geral de proteção de dados (RGPD). In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 95, nº 02, 2019, pp. 1161-1188.

29 Idem.

30 SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. Beatriz Henng et al. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005. pp. 233-245.

31 RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. In: Direito, Estado e Sociedade, n. 36, jan./jun. 2010.

32 BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais: as funções e os limites do consentimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (Ebook).

tos da personalidade, entre outros, o jurista refere, de forma autônoma, o direito à privacidade e o direito à informática, sendo o primeiro inserido na classificação de *direitos sobre a própria pessoa* e o segundo, na de *direitos distintivos da personalidade*[33]. O tratamento dado pela CRP é justamente esse: são direitos fundamentais, da personalidade e autônomos - pela primeira vez expressamente em uma constituição.

A redação do art. 35º de 1976, diante das alterações da sociedade, da tecnologia e dos regramentos europeus sobre a matéria, passou por três reformas: em 1982, em 1989 e em 1997. Segundo Barreto Menezes Cordeiro, as revisões constitucionais ensejaram, por um lado, o alargamento progressivo da proteção dos titulares e, por outro, as bases fundamentais para a disciplina[34].

A revisão de 1982 atualiza o termo "registros mecanográficos" para "registros informáticos", no nº 01, uma providência útil diante do avanço tecnológico dos bancos de dados. Redigiu-se, ainda, um novo nº 02, o qual limita o fluxo de dados entre fronteiras e o acesso de terceiros à informação - a proibição torna-se a regra, excepcionada em caso de lei específica. O que era o nº 02, sobre os dados hoje conhecidos como sensíveis, passou ao nº 03, sendo agregado à convicções políticas também as filosóficas e à fé religiosa e à vida privada a filiação partidária ou sindical. Foi, por fim, inserido o nº 04, determinando-se que a lei seria responsável por definir o conceito de dado pessoal.

Em 1989, nova revisão constitucional impactou o art. 35º. A mudança no nº 01 serviu para limitar o acesso do próprio titular, em casos de retificação e de atualização, quando houver disposição de segredo de Estado e segredo de jus-

33 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.
34 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020. p. 76.

tiça. No nº 02, a revisão afastou a proibição de trânsito de dados entre fronteiras incluída em 1982[35], estabelecendo no novo nº 06, que a lei definiria o regime aplicável ao fluxo transfronteiriço. Também o nº 04 suportou alteração que impactaria o sistema legislativo, incrementando a atividade do legislador no condicionamento das balizas para o tratamento de dados: "A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático, *bem como de bases e bancos de dados e respectivas condições de acesso, constituição e utilização por entidades públicas e privadas*."[36].

A versão atual foi consolidada após as modificações de 1997 e denota o avanço internacional da disciplina, sobretudo aquele do próprio direito comunitário, especialmente da necessidade de transposição da Diretiva nº 95/46. Dentre os principais destaques do texto atual estão a ampliação de seu objeto - que passa a tratar, também, dos dados pessoais tratados no ambiente *offline* (nº 07), a previsão do direito fundamental à internet (nº 06) e a utilização de terminologias próprias da matéria, como *proteção de dados,* no nº 04, e *tratamento de dados,* no nº 03[37]. Assim, então, ficou a redação atual:

> Artigo 35.º Utilização da informática:
> 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.
> 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente.
> 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políti-

35 CASTRO, Catarina Sarmento e. 40 anos de "Utilização Informática" - O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.

36 Histórico de alterações do art. 35º disponível em https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202109161703/73938554/element/diploma. Acesso em 16 set. 2021.

37 CASTRO, Catarina Sarmento e. 40 anos de "Utilização Informática" - O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.

> cas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.
> 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.
> 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.
> 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.
> 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de proteção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

No ano do 45º aniversário da Constituição da República Portuguesa, chamam a atenção os fatos (I) de ter sido a primeira norma fundamental a abarcar a proteção de dados pessoais de forma expressa[38] e (II) de suas sucessivas alterações ao longo dos anos.

Quanto ao primeiro ponto, há três questões centrais que iluminam uma tentativa de justificação. Por primeiro, como já mencionado, as décadas de 1970 e de 1980 foram férteis na discussão do tema - são exemplos as já referidas iniciativas legislativas de Hesse, da Suécia e da França, mas também de Dinamarca, Áustria, Noruega, Luxemburgo e Islândia. No âmbito europeu e internacional, a Assembleia Consultiva do Conselho Europeu buscou junto ao Comitê de Ministros recomendações sobre privacidade e a OCDE, em 1978, organizou um grupo de especialistas sobre tráfego internacional de dados[39]. Por segundo, Portugal e Espanha encerravam períodos ditatoriais e concepções de redemo-

38 "A Constituição da República Portuguesa terá sido, à luz dos elementos recolhidos, a primeira Lei Fundamental a reconhecer, diretamente, alguma proteção constitucional aos titulares de dados pessoais." CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020. p. 73.

39 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019. pp.191-193.

cratização impactaram os documentos constitucionais, tanto que, em ambos, houve menção à privacidade e à informática. Por terceiro, enxerga-se uma resposta de rechaço do constituinte português à previsão da Lei nº 2/73, de 1973, que instituía o número nacional de identificação[40], "chave única para o acesso de todos os seus dados pessoais"[41].

No que diz respeito às sucessivas alterações do art. 35º, dois aspectos merecem destaque. O primeiro deles é, justamente, a característica do tema: a evolução tecnológica faz com que, ainda mais em um texto descritivo como o da CRP, atualizações, de substância ou de linguagem, ocorram. O segundo elemento é a dinâmica jurídica europeia, com alta relevância das disposições comunitárias e necessidade de ajuste do ordenamento interno para compatibilização, como no exemplo da revisão de 1997, motivada pela Diretiva nº 95/46.

3. A discussão brasileira

A discussão constitucional da proteção de dados pessoais no Brasil não foge dos conceitos de vida privada e de intimidade. Na ordem jurídica brasileira, na década de 1970, o tema da privacidade foi abordado sob a perspectiva da garantia do indivíduo na persecução penal[42] e também quanto à possibilidade de velar por sua intimidade[43]. Na década seguinte, René Dotti diferencia o sentimento que se vincula a parte mais interna do ser humano - a intimidade - e aquele mais amplo, a privacidade, dentro do qual residiriam a solidão (a opção por se fazer só), o anonimato (o interesse em

40 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020. p. 76.
41 CASTRO, Catarina Sarmento e. 40 anos de "Utilização Informática" - O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.
42 COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 31.
43 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado de direito privado. Tomo VII. Atualizado por Rosa Maria Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 197-198.

não se identificar), a reserva (desejo em não revelar aspectos próprios) e a intimidade[44].

As Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 jamais possuíram menção expressa à intimidade e à vida privada, houve, na perspectiva de inviolabilidade de domicílio e de documentos meras referências indiretas ao tema. De igual forma, nos documentos de 1967 e de 1969, houve a inclusão da garantia ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas[45]. Somente em 1988, inclui-se expressamente a proteção, como direito fundamental, à intimidade, à vida privada, a honra e à imagem (art. 5º, X)[46].

Com a previsão trazida pela Constituição de 1988, debateu-se, na doutrina, o conteúdo das expressões *vida privada* e *intimidade*. Há quem compreenda tais elementos como autônomos, sob a argumentação de que o próprio texto assim optou por fazer e que, sem a diferenciação, não seria possível nivelar a exposição do indivíduo - a intimidade estaria ligada a "estar só" e a vida privada à "proteção de formas exclusivas de convivência."[47]. Por outro lado, há quem enxergue a privacidade - vida privada - como uma cláusula geral que abrangeria outros direitos da personalidade[48]. Paulo Lôbo, nessa corrente, identifica que, dentro da privacidade, estariam compreendidas a intimidade (aquilo que a pessoa não quer compartilhar), a vida privada (as relações próximas

44 DOTTI, René A. A liberdade e o direito à intimidade. Revista de informação legislativa: v. 17, n. 66 (abr./jun. 1980). Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181214. Acesso em 20 out. 2020.

45 LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola (Coord.). Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 21.

46 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;

47 FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1993). Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 88, 439-459. Recuperado de https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231. Acesso em 20 dez. 2020.

48 DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 111-112.

da pessoa, como o ambiente familiar), o sigilo, a imagem e, enfim, os dados pessoais[49].

A emancipação do direito à proteção de dados pessoais em relação à privacidade, seja em seu viés de intimidade ou de vida privada, ocorre, no Brasil, pela via interpretativa constitucional. Ingo Sarlet e Giovani Saavedra defendem que o reconhecimento como direito fundamental da proteção de dados emerge de seu vínculo com a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento e autodeterminação da personalidade e da própria previsão de proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem[50].

Laura Schertel Mendes também sustenta a existência de um direito constitucional implícito à proteção de dados pessoais no Brasil, fundamentado nas previsões do artigo 5º, incisos X e LXXII[51], da Constituição Federal. Há, com efeito, o caráter de direito da personalidade, com a garantia de não intervenção, seja pública ou privada, nos dados pessoais e uma dimensão positiva, em que o Estado deve agir para resguardar o direito fundamental[52]. Indo além, a autora reflete que, mesmo implícito, há eficácia horizontal na proteção desse direito, uma vez que a todo banco ou registro de dados, salvo poucas exceções, deve ser compreendido como público, tal como a previsão do *habeas data*[53].

Por um lado, é possível identificar que o precursor

49 LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola (Coord.). Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 17-18.

50 SAAVEDRA, Giovani A. SARLET, Ingo W. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. RDP, Brasília, vol. 17, n. 93, pp. 33-57, maio/jun. 2020.

51 LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

52 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 79/2011. São Paulo: Thomson Reuters, 2011. pp. 45-81.

53 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados pessoais e defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2017. (Ebook).

texto do art. 35º da Constituição da República Portuguesa influenciou a redação do art. 5º, LXXII, sobre o *habeas data*[54]. Por outro, Danilo Doneda ensina que o *habeas data*, no contexto da época brasileira, foi incluído como forma de requisição de informações pessoais em posse do poder público, especialmente diante dos órgãos responsáveis pela repressão na ditadura militar e "(...) sem maiores vínculos, portanto, com uma eventual influência da experiência europeia ou norte-americana relativa à proteção de dados pessoais (...)."[55]. Com o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência sobre o instituto, a interpretação evoluiu até que se compreendesse o *habeas data* como um dos fundamentos para o reconhecimento de um direito constitucional implícito à proteção de dados na Constituição Federal de 1988[56].

A discussão chegou à Corte Suprema em 2020, no âmbito de análise da Medida Provisória nº 954/2020 ("MP"), de abril daquele ano, sobre o compartilhamento de dados por prestadoras de serviço telefônico com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaboração de análises sobre a pandemia de Covid-19. Em face dessa MP, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e partidos políticos[57] ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o fundamento de afronta aos ar-

54 "Article 35 of the 1976 Portuguese Constitution was instrumental for the later worldwide proliferation of constitutional recognition of access to personal data. It was indeed one of the major sources of inspiration for the drafters of the Brazilian Constitution of 1988, which addressed the issue of access through the notion of habeas data (...).". FUSTER, Gloria González. The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU. Suíça: Springer, 2014. p. 67.

55 DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

56 "Se, por um lado, poder-se-ia argumentar que o habeas data, nas suas três dimensões de acesso, correção e complementação de informações, seria por demais restrito, em comparação a um direito à autodeterminação informativa, por outro, resta claro que, na sua essência, o que ele visa a proteger é o mesmo direito material relativo à privacidade dos dados pessoais do cidadão.". MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 79/2011. São Paulo: Thomson Reuters, 2011. pp. 45-81.

57 Ajuizaram ações o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Partido Socialista Brasileiro (PSB), o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

tigos 1º, III, e 5º, X e XII, da Constituição Federal.

A Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o caso, toma, por ser continente das demais, a ADI nº 6.387, ajuizada pelo CFOAB e deferiu pedido de suspensão de eficácia da Medida Provisória, o qual foi referendado pelo plenário do STF, vencido somente o Ministro Marco Aurélio. A determinação para o que o IBGE se abstivesse de solicitar às telecomunicadoras as informações foi tomada a partir da compreensão de que os dados a serem compartilhados pelas empresas de telefonia poderiam identificar os usuários, sendo possível sua caracterização como dados pessoais. Com esse pressuposto, a Relatora entende que haveria proteção constitucional em razão dos direitos fundamentais de inviolabilidade da vida privada e da intimidade, de livre desenvolvimento da personalidade e da liberdade individual.

Enxerga-se, ali, a preocupação do STF com a flexibilização da autodeterminação informacional e do respeito à privacidade, em atenção ao artigo 2º, incisos I e II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que, à época, sequer estava em vigor. O voto vencedor reflete sobre a importância de que o tratamento de dados pessoais possua finalidade específica, limitada amplitude, respeito aos princípios do minimização e da proporcionalidade e, ao passo que a MP não demonstrava a adequação e a necessidade no manejo dos dados, afrontava também o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Com essa postura, o STF valoriza a autodeterminação informativa, a finalidade específica para tratamento, a adequação e a transparência no uso de dados pessoais e, acima de tudo, impõe a compreensão de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental implícito na Constituição

Federal de 1988[58]. O mais enfático quanto à autonomia do direito à proteção de dados pessoais dos votos é o do Ministro Gilmar Mendes, fundamentado na dignidade da pessoa humana, da proteção da vida privada e da intimidade e do *habeas data* como instrumento da autodeterminação informativa[59]. A decisão do STF representou, no Brasil, o reconhecimento da autonomia do direito fundamental constitucionalmente implícito à proteção de dados pessoais.

Em 2019, antes mesmo de chegar ao Poder Judiciário, a discussão já estava posta no Congresso Nacional. A PEC 17/2019 foi apresentada no Senado Federal em março de 2019 e aprovada em julho do mesmo ano. Enviada à Câmara dos Deputados, foram aprovados os pareceres da Comissão de Constituição de Justiça em agosto de 2019 e da Comissão Especial de Proteção de Dados e Direitos Fundamentais em dezembro de 2019.

Em linhas gerais, a proposta busca a inclusão do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental no texto da Constituição Federal e a determinação de competência privativa da União para legislar acerca da disciplina. O texto original do Senado Federal previa alteração da redação do art. 5º, XII, e inclusão do inciso XXX no art. 22º:

> Art. 5º, 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

58 MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 61-71.

59 "A afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais – há de se dizer – não se faz tributária de mero encantamento teórico, mas antes da necessidade inafastável de afirmação de direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas. Considerando que os espaços digitais são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade."

> para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais;
> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.;

Na Câmara dos Deputados, porém, a discussão envolveu proposta substitutiva, com manutenção da lógica da original, mas com a inclusão de inciso específico no art. 5º para a proteção de dados pessoais e a previsão de competência material da União na matéria:

> Art. 5º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;
> Art. 21. Compete à União: (...) XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente.
> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.;

Um dos aspectos que se destacava no substitutivo que tramitava na Câmara dos Deputados era a previsão de artigo na própria PEC, isto é, que não iria ao texto constitucional propriamente dito, sobre a independência e o pertencimento à administração federal indireta e com natureza de autarquia especial da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)[60]. Após sucessivas inclusões e retiradas de pauta, a Câmara dos Deputados, em 31 de agosto de 2021, aprovou a emenda, mas com alterações. Assim fica o texto:

> Art. 5º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;
> Art. 21. Compete à União: (...) XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.
> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.;

60 Art. 4º Para os efeitos do inciso XXVI do art. 21, na redação dada pelo art. 2º desta Emenda, o órgão regulador será entidade independente, integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial.

A alteração central consiste na supressão das menções ao agente regulador. A um, retirou-se a expressão "(...) que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente." do inciso XXVI do art. 21. A dois, pela extirpação do que era, anteriormente, o art. 4º do substitutivo da PEC 17/2019 na Câmara dos Deputados, que referia a criação de autarquia independente e vinculada à União.Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em Portugal

Com a aprovação, com alterações, na Câmara dos Deputados, a PEC 17/2019 foi encaminhada ao Senado Federal para que, em segunda fase de tramitação, fossem avaliadas as modificações realizadas pela Câmara, especialmente a inclusão da competência material da União. Em 20 de outubro de 2021, o Senado Federal aprovou, sem nenhum voto contra, a inclusão expressa do direito fundamental à proteção de dados na Constituição Federal de 1988. A proposta segue para promulgação pelo Congresso Nacional[61].

Embora aprovado, a doutrina não é uníssona quanto à positivação do direito à proteção de dados no texto constitucional. Por um lado, Sarlet vê na medida uma possibilidade de assegurar a interpretação de que se trata de um direito autônomo e próprio, o que facilitaria sua consolidação, mitigando riscos de que se dependa de uma exegese nas Cortes. Além disso, a expressa inclusão no art. 5º previne que eventuais reformas constitucionais suprimam tal direito, conforme o art. 60, §4º, IV, e, ainda, impõe aplicabilidade direta, isto é, a agentes privados e públicos[62].

Por outro lado, Anderson Schreiber entende que a in-

61 JOELSONS, Marcela. CAMARA, Isabela. Aprovação da PEC 17/2019 pelo Senado: avanço para a proteção de dados. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-out-30/joelsons-camara-aprovacao-pec-172019-senado. Acesso em 05 nov. 2021.

62 SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 21-59.

clusão expressa no texto constitucional possuiria mero valor simbólico, havendo inutilidade em alterar a Constituição para algo que jurisprudência e doutrina reconhecem. A preocupação do autor é com modificações panfletárias e pouco refletidas do texto constitucional, destacando que a restrição da competência legislativa à União não foi suficientemente maturada pela sociedade brasileira e poderia frear positivas iniciativas dos demais entes[63].

4. Considerações finais

Chegando às considerações finais deste estudo, tem-se, por cautela, relembrar seu intuito introdutório, isto é, seu objetivo de contribuir à discussão sem o esgotamento do tema. Como delineado inicialmente, Portugal e Brasil, que em tantos elementos culturais, jurídicos e linguísticos se aproximam; neste momento, afastam-se quarenta e cinco anos se o tema é a proteção constitucional expressa da proteção de dados pessoais. Enquanto a Constituição da República Portuguesa de 1976 prevê, em seu art. 35º direito fundamental vinculado à proteção de dados, o Brasil em 2021, aprova a PEC 17/2019, para a inclusão da proteção de dados como um direito constitucional expresso.

A observação quanto ao distanciamento temporal, não significa que não houve debate sobre o assunto no Brasil, mas meramente que a indicação expressa é separada pelo tempo. Ainda que a figura do *habeas data* no Brasil seja de extrema relevância na construção do direito fundamental implícito à proteção de dados no país, sua razão de existir à época não coincide com o que motivou a inclusão da primeira redação do art. 35º da CRP. No Brasil, buscava-se proteger informa-

63 SCHREIBER, Anderson. PEC 17/19: uma análise crítica. Jul. 2019. Disponível em http://genjuridico.com.br/2019/07/19/analise-critica-pec-17-2019/. Acesso em 23 out. 2020.

ções de pessoas reprimidas em um contexto muito específico de governo militar, enquanto em Portugal, a previsão já se fundamentava nas discussões sobre autodeterminação informativa do contexto europeu.

Ainda que se considerasse a previsão do *habeas data* na CF como um espelhamento da redação original do art. 35º da CRP, os ordenamentos distanciariam-se, novamente, em razão das atualizações do dispositivo português. As alterações na redação do art. 35º reforçam que sua ideia era, desde o início, representar o direito à autodeterminação informativa, que foi sendo robustecido na Europa e os reflexos sentidos na CRP. No Brasil, não houve esse caminho de alterações expressa na CF para a consagração da autodeterminação informativa, salvo nessa iniciativa que, em 2021, se concretiza.

Além do distanciamento temporal, há outros elementos que merecem destaque nestas considerações finais. Identifica-se que ambos os ordenamentos jurídicos seguem o que se convencionou denominar de modelo europeu de proteção de dados, o que ocorre, entre outros fatores, pela existência de regramentos centrais, como o RGPD e a LGPD. Um dos pontos característicos dos estados-membros da União Europeia, e com Portugal não é diferente, é, justamente, a relevância do direito comunitário no regramento interno. No âmbito da proteção constitucional da proteção de dados, esse elemento ganha destaque, pois Portugal precisou adequar-se às previsões do direito europeu. O mesmo não ocorre no Brasil, em razão das sabidas diferenças entre a organização juspolítica da União Europeia e a do Mercosul.

Os ordenamentos jurídicos aproximam-se no fato de que ambos reconhecem o direito à proteção de dados pessoais, manifestamente da autodeterminação informacional, atribuindo-lhe caráter autônomo à privacidade. No Brasil, a mais relevante decisão sobre o tema foi concebida em 2020

pelo Supremo Tribunal Federal, que, a partir da via interpretativa, identificou, sob a perspectiva de direitos fundamentais expressos, o direito constitucionalmente implícito à proteção de dados pessoais. Em Portugal, tal reconhecimento é expresso no art. 35º da Constituição da República de 1976, o que fica evidente no tratamento em separado da privacidade (art. 26º).

O afastamento entre um direito implícito e outro explícito é reduzido com a aprovação da PEC 17/2019 no Brasil. Com isso, ambos os ordenamentos passam a apresentar a proteção expressa em seus textos constitucionais. De qualquer modo, ainda que se compare a previsão da PEC 17/2019 aprovada na Câmara dos Deputados em 2021 com a atual previsão do art. 35º da CRP, há diferenças. A principal delas é quanto ao caráter descritivo da previsão portuguesa, que destrincha de forma mais aprofundada a abrangência do direito à proteção de dados, enquanto, no Brasil, ao que tudo indica, os contornos seguirão sendo dados pela doutrina e jurisprudência. Por outro lado, uma previsão mais enxuta, como a brasileira pretende ser, facilita a atualização de termos e de conceitos, elemento típico da disciplina diante de sua vinculação à tecnologia.

Depreende-se, por fim, que a concepção constitucional do direito à proteção de dados é, em Portugal ou no Brasil, no sentido de garantia do indivíduo - de sua liberdade e do desenvolvimento de sua personalidade.

5. Referências bibliográficas

BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais: as funções e os limites do consentimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (Ebook).

BOYNE, Shawn Marie. Data protection in the United States. American Journal of Comparative Law. Vol. 66. 2018. pp. 299-344.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Catarina Sarmento e. 40 anos de "Utilização Informática" - O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Público. Vol. 3. N. 3. Lisboa, 2016. pp. 43-66.

COOLEY, Thomas M. A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract. Chicago: Callaghan and Company, 1879. Disponível em https://repository.law.umich.edu/books/11/.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. O responsável pelo tratamento de dados segundo o regulamento geral de proteção de dados (RGPD). In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 95, nº 02, 2019, pp. 1161-1188.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 03-20.

DOTTI, René A. A liberdade e o direito à intimidade. Revista de informação legislativa: v. 17, n. 66 (abr./jun. 1980). Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181214.

FABRIS, Francesca. Il diritto alla privacy tra passato, presente e futuro. Rivista di Scienza della Comunicazione, n. 2. Trieste: Università degli Studi di Trieste, 2009. pp. 94-98.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1993). Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 88, 439-459. Recuperado de https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231.

FUSTER, Gloria González. The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU. Suíça: Springer, 2014.

JOELSONS, Marcela. CAMARA, Isabela. Aprovação da PEC 17/2019 pelo Senado: avanço para a proteção de dados. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-out-30/joelsons-camara-aprovacao-pec-172019-senado. Acesso em 05 nov. 2021.

LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola (Coord.). Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LYNSKEY, Orla. The Foundations of EU Data Protection Law. Oxford: Oxford University Press, Estados Unidos, v. 6, n. 1, nov. 2016.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 79/2011. São Paulo: Thomson Reuters, 2011. pp. 45-81.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados pessoais e defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2017. (Ebook).

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 61-71.

MIRAGEM, Bruno. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. In: MIRAGEM, Bruno (Org.). Direito privado comparado. Belo Horizonte: Letramento, 2018. pp.13-46.

PEIXOTO, Erick; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. In. EHRHARDT JUNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola (Coord.). Privacidade e sua compreensão do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 33-54.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo VII. Atualizado por Rosa Maria Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 36, jan./jun. 2010.

SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In MENDES,

Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.); BIONI, Bruno (Coord. Exec.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 21-59.

SCHREIBER, Anderson. *PEC 17/19: uma análise crítica*. Jul. 2019. Disponível em http://genjuridico.com.br/2019/07/19/analise-critica-pec-17-2019/.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Henng et al. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005. pp. 233-245.

VAINZOF, Rony. Dados pessoais, tratamento e princípios. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega. OPICE BLUM, Renato (Coords.). *Comentários ao GDPR*. São Paulo: RT, 2018. pp. 37-85.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, nº 5. 1890. pp. 193-220. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=11#metadata_info_tab_contents>