



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO**

ANNA BEATRIZ DE OLIVEIRA AMORIM FIGUEREDO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO
DOS DADOS PESSOAIS NA PEC Nº 17/2019**

Salvador
2021

ANNA BEATRIZ DE OLIVEIRA AMORIM FIGUEREDO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO
DOS DADOS PESSOAIS NA PEC Nº 17/2019**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. André Luiz Batista Neves

Salvador
2021

ANNA BEATRIZ DE OLIVEIRA AMORIM FIGUEREDO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DOS
DADOS PESSOAIS NA PEC Nº 17/2019**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 10 de dezembro de 2021

Banca examinadora

André Luiz Batista Neves – Orientador

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Brasil.

Universidade Federal da Bahia.

Geovane de Mori Peixoto – Avaliador

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Brasil.

Universidade Federal da Bahia.

Fábio da Silva Santos – Avaliador

Mestre em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador, Brasil.

Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao professor André Luiz Batista Neves, que acolheu a missão de me orientar neste trabalho. Obrigada pelos ensinamentos ao longo de toda a minha jornada universitária. Obrigada por ter permanecido pacientemente ao meu lado, e por ter acreditado no meu potencial quando eu mesma não acreditei.

Agradeço à Biblioteca Teixeira de Freitas, na pessoa da servidora Ana Valéria de Jesus Moura, pelo inestimável apoio na composição do acervo doutrinário que alicerça esta pesquisa.

Agradeço também ao professor Maurício Requião de Sant'Ana, por ter me apresentado ao tema da privacidade na era digital durante as aulas de Temas Aprofundados em Direito Civil.

Agradeço ao professor Nelson de Luca Pretto e aos colegas Gabriela Nogueira e Matheus Barreto Oliveira, pela troca de experiências e ricos debates acerca do direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Agradeço ao professor Carlos Eduardo Soares Freitas, pelos ensinamentos quanto à formação e positivação dos direitos humanos e fundamentais, durante as aulas virtuais de Direitos Humanos.

Agradeço à Faculdade de Direito, aqui representada por seu atual diretor, o professor Julio Cesar de Sá da Rocha, e à Universidade Federal da Bahia, aqui representada por seu atual reitor, o professor José Carlos Salles. Todas as minhas conquistas têm origem na oportunidade de acesso a um ensino público, gratuito, e de qualidade.

FIGUEREDO, Anna Beatriz de Oliveira Amorim. **A constitucionalização do direito à proteção dos dados pessoais na PEC nº 17/2019**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2021.

RESUMO

Esta pesquisa documental objetiva analisar a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, que planeja inserir o direito à proteção dos dados pessoais como um direito fundamental formalmente prescrito na Constituição brasileira, bem como modificar a repartição constitucional de competências na federação. O trabalho consiste em análise documental, e estudos de legislação e de teorias de outros pesquisadores. A pesquisa obteve resultados que explicaram uma inegável correlação entre a Proposta de Emenda à Constituição e as características do Direito Constitucional brasileiro. Primeiro, existe uma identidade que conecta o reconhecimento formal do direito fundamental à proteção dos dados pessoais e a história constitucional do país, especialmente quando aspectos remanescentes da colonização europeia na América Latina são levados em consideração. Segundo, um padrão de centralização de competências com a União também parece ocorrer na construção da proposta de emenda, um problema que este trabalho propõe resolver oferecendo uma interpretação intermediária da repartição constitucional de competências.

Palavras-chave: Proposta de Emenda à Constituição. Direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Repartição constitucional de competências.

FIGUEREDO, Anna Beatriz de Oliveira Amorim. **The constitutionalization of the right to data protection in PEC n. 17/2019**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2021.

ABSTRACT

This document research aims to analyse the Constitutional Amendment Proposal n. 17/2019, which plans to insert the right to data protection as a fundamental right formally prescribed in the Brazilian Constitution, as well as change the constitutional distribution of powers among the federation. The work consists in document analysis, and studies of legislation and the theories of other researchers. The research obtained results that explained an undeniable correlation between the Constitutional Amendment Proposal and the characteristics of Brazilian Constitutional Law. First, there is an identity that connects the formal recognition of the fundamental right to data protection and the constitutional history of the country, specially when remaining aspects of the European colonization in Latin America are taken into consideration. Second, a pattern of centralization of powers with the Union also appears to occur in the construction of the constitutional amendment, a problem that this work proposes to resolve by offering an intermediate interpretation of the constitutional division of powers.

Keywords: Constitutional Amendment Proposal. Fundamental right to data protection. Constitutional division of powers.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1	Propostas de Emenda à Constituição sobre proteção de dados na era digital apresentadas pelo Poder Legislativo entre 2010 e 2020	20
Figura 1	Somente os direitos e garantias individuais em sentido literal e formal são cláusulas pétreas	44
Figura 2	Somente os direitos e garantias individuais (em sentido formal ou material) são cláusulas pétreas	45
Figura 3	Somente os direitos fundamentais em sentido formal são cláusulas pétreas	45
Figura 4	Todos os direitos componentes do sistema de direitos fundamentais são cláusulas pétreas	46
Figura 5	Somente os direitos fundamentais em sentido material são cláusulas pétreas	47

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
DEM	Democratas (partido político)
GDPR	General Data Protection Regulation
LGPD	Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais
MDB	Movimento Democrático Brasileiro (partido político)
PCdoB	Partido Comunista do Brasil (partido político)
PDT	Partido Democrático Trabalhista (partido político)
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Partido Liberal (partido político)
PMDB	Movimento Democrático Brasileiro (partido político)
PRB	Republicanos (partido político)
PSC	Partido Social Cristão (partido político)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 17/2019	12
2.1	TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL	18
2.2	ANÁLISE CRÍTICA	25
3	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS	34
3.1	LIMITAÇÃO MATERIAL AO PODER DE REFORMA	41
3.2	EFICÁCIA E APLICABILIDADE	48
4	A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E A REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS	56
4.1	REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA PEC Nº 17/2019	61
4.2	PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE COMO JUSTIFICATIVA CENTRALIZADORA	64
5	CONCLUSÃO	70
	REFERÊNCIAS	72
	APÊNDICE A – Relação das Propostas de Emenda à Constituição, pertinentes ao tema da privacidade na era digital, apresentadas entre 2010 e 2020 pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, organizadas em ordem decrescente pelo ano de apresentação	83

1 INTRODUÇÃO

A proteção e o tratamento de dados pessoais tornou-se assunto relevante com o incremento da participação dos equipamentos eletrônicos, vinculados à rede mundial de computadores, no cotidiano dos indivíduos. A demanda por um marco regulatório capaz de estruturar as relações de tratamento de dados de acordo com os ditames normativos brasileiros, notadamente sob o prisma principiológico, fez emergir intenso debate legislativo que mais recentemente culminou com a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, cujos principais dispositivos entraram em vigência em agosto de 2020.

Acontece que, entre as tratativas relacionadas à elaboração e concessão de eficácia jurídica à LGPD, constatou-se a extraordinária magnitude do problema da proteção dos dados pessoais no contexto do capitalismo de vigilância. Não se tratava apenas de um problema regulatório, tampouco limitado à determinação principiológica. O desafio de controlar o desenfreado e massivo tratamento inadequado aos dados dos cidadãos tornou-se uma questão de dignidade humana. Assim surge a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, cujo principal objetivo é inserir expressamente na Constituição o direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Além disso, observando a predominância do interesse nacional acerca do tema, a PEC planeja incluir a proteção e o tratamento dos dados pessoais como matérias de competência privativa e exclusiva da União.

Considerando que uma Constituição rígida como a brasileira investe especial importância à estabilidade do texto constitucional, de maneira que uma possível modificação de seu teor deve necessariamente envolver profunda deliberação normativa fundada em denso substrato doutrinário, o presente trabalho questiona: o que a constitucionalização da proteção dos dados pessoais significa para o Direito no Brasil? A partir deste tema, objetivamos primordialmente conhecer a PEC nº 17/2019, investigando com o devido detalhamento as formalidades de sua tramitação nas Casas do Poder Legislativo, assim como aspectos substanciais de seu conteúdo, situando-a no cenário constitucional brasileiro.

Especificamente, pretendemos estudar o teor da proposta de emenda a partir da análise do contexto fático que justifica sua proposição, e do procedimento de reforma constitucional. Ademais, temos o objetivo de observar alguns aspectos prometidos à proteção dos dados pessoais sob a perspectiva da teoria geral dos

direitos fundamentais, e averiguar fatores relacionados à proposta de concentração das competências legislativa e material em favor da União, investigando as possíveis motivações e consequências deste projeto normativo.

Para alcançar esses objetivos, o capítulo 2 deste trabalho será destinado ao esmiuçamento de caracteres da PEC nº 17/2019. Primeiro, encontraremos o trâmite de deliberação da proposta na moldura que regulamenta a alteração constitucional, com o estudo dos documentos que compõem o procedimento da PEC sob a luz das normas constitucionais e regimentais que versam sobre a reforma da Constituição. A finalidade é constatar a adequação entre o objeto de estudo e as regras que orientam seu processamento.

Segundo, trataremos o principal tema incorporado à PEC nº 17/2019, qual seja, o reconhecimento formal do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, partindo do ensinamento teórico que separa os direitos desta categoria segundo sua fundamentalidade formal ou material. Nesse sentido, compreendemos que a referida proposta não cria um direito novo, mas sim reconhece formalmente um direito já existente, porque dotado de fundamentalidade material independente de sua condição constitucional. A constatação da fundamentalidade material do direito à proteção dos dados pessoais perpassa pela concatenação de entendimentos acadêmicos que expõem o processo de consagração deste direito em sua autonomia, podendo ser regulamentado em plano separado do direito à privacidade, seu antecessor historicamente consolidado.

Ainda assim, adotando uma posição conservadora quanto à plasticidade constitucional em relação às possibilidades de reforma, pretendemos argumentar que a efetiva tutela do direito à proteção dos dados pessoais não necessariamente exige a positivação formal deste direito. Há, segundo hipótese que intentamos defender, a alternativa de atualizar os mecanismos de tutela do direito à privacidade, para torná-lo compatível à realidade digital em que se insere o mundo globalizado.

O capítulo 3 deste trabalho será dedicado à compreensão do que efetivamente significa a constitucionalização da proteção dos dados pessoais. Além de conceituarmos a constitucionalização como um fenômeno jurídico de matriz histórica vinculada ao desenvolvimento das Teorias da Constituição, analisaremos os marcos que identificam histórica, filosófica, e juridicamente o movimento do constitucionalismo, situando seu surgimento e seu trajeto até o quadro atual que ocupa no contexto da América Latina. Nesse enquadramento, identificaremos a

Constituição de 1988 e, mais especificamente, a PEC nº 17/2019, como parte da gradual integração do Brasil ao movimento decolonial, que em Direito Constitucional tem sua mais relevante manifestação no chamado novo constitucionalismo latino americano.

Considerando que a supracitada proposta de emenda visa notoriamente a enunciação de um direito fundamental, concentraremos nosso enfoque em alguns aspectos que dizem respeito à teoria geral dos direitos fundamentais, relevantes ao estudo da constitucionalização da proteção dos dados pessoais. O primeiro aspecto a ser observado será a consolidação do direito fundamental à proteção dos dados pessoais como limite material ao poder de reforma constitucional. Nesse caminho, analisaremos a posição que as cláusulas pétreas ocupam na dicotomia entre segurança e risco que caracteriza o modelo do constitucionalismo democrático. Também estudaremos, considerando o estado atual de tramitação da PEC nº 17/2019, os posicionamentos doutrinários que situam a característica da fundamentalidade material nos limites do conceito de cláusulas pétreas.

O próximo aspecto objeto de análise será a questão da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais que tratam sobre direitos fundamentais. Pressupondo certo grau de complexidade na realização prática da determinação constitucional que confere aplicação imediata às normas definidoras de direitos fundamentais, estudaremos a possível necessidade de integração infraconstitucional da norma projetada pela PEC nº 17/2019.

Partindo do marco teórico que considera o §1º do artigo 5º da Constituição um dispositivo de caráter essencialmente principiológico, utilizaremos determinados parâmetros para a definição do grau de aplicabilidade do direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Notadamente, trataremos da densidade normativa aferida de sua redação na proposta de emenda, as origens e a natureza das demandas que o direito visa suprir, e sua categorização conforme a teoria das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, propondo uma hipótese que enxerga na multidimensionalidade do direito à proteção dos dados pessoais a solução para a averiguação de sua aplicabilidade.

Prosseguindo para a pesquisa acerca do que pode ser entendida como a segunda parte da PEC nº 17/2019, o capítulo 4 pretende estudar a repartição das competências constitucionais quanto à proteção e o tratamento dos dados pessoais. Tendo como substrato a relação entre a distribuição de poderes nas unidades

federativas e a concretização do modelo real de federalismo previsto pela Constituição, visualizaremos os objetivos da proposta de emenda sob a perspectiva do federalismo cooperativo e de equilíbrio.

Com isso, seremos capazes de explicar de que maneira a PEC nº 17/2019 reflete as características, aclamadas ou criticadas, do pacto federativo brasileiro. Por fim, conscientes da oportunidade oferecida pela pesquisa acadêmica, defenderemos a hipótese de uma possível interpretação intermediária da competência constitucional legislativa, a fim de proporcionar uma leitura convergente entre a predominância do interesse e a concretização do federalismo cooperativo.

A vertente teórico-metodológica será a jurídico-dogmática, porque se propõe a estudar as estruturas do sistema jurídico a partir da investigação dos elementos que o compõem. Nossa perspectiva, apesar de preponderantemente jurídica, abraçará um estudo interdisciplinar. O método será majoritariamente qualitativo, com preponderância das técnicas de análise bibliográfica e documental.

Além das hipóteses a serem trabalhadas em cada capítulo, tentaremos defender uma hipótese geral, afirmando que a PEC nº 17/2019 não só trará impactos significativos ao sistema jurídico brasileiro em razão da relevância de seu conteúdo, mas também reflete, ainda em fase de tramitação, elementos fundamentais da cultura constitucional brasileira, podendo ser visualizada sob ângulos diversificados relacionados ao estudo do Direito Constitucional. O estudo se justifica, reitere-se, pela sua relevância e presença temática nos mais variados aspectos do cotidiano jurídico e fático dos brasileiros. Ademais, consiste em tema cujo estudo proporciona uma visão panorâmica dos ensinamentos jurídicos, transmitindo valiosos ensinamentos sobre a pesquisa científica em Direito e auxiliando no desenvolvimento de uma prática de compreensão global do fenômeno jurídico.

2 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 17/2019

A Constituição é o conjunto de normas responsável por estruturar o Estado, definir seus fundamentos, e consubstanciar juridicamente a vontade da nação¹ (CUNHA JR., 2016). É a lei maior do Estado, o ponto de partida e a principal referência de todas as demais atividades jurídicas efetivadas em seu território. Partindo do entendimento kelseniano acerca da organização escalonada das normas, a Constituição é “o fundamento de Direito positivo de maior escalão”, sobre o qual se apoia toda a ordem jurídica estatal (KELSEN, 2009). Por conseguinte, a Constituição está situada acima de tudo mais quanto configura e regulamenta o Estado.

Este grau de importância das normas constitucionais impõe a criação de mecanismos de estabilidade. Nesse sentido – especialmente nas Constituições escritas² – é notório o empenho para proteger o conteúdo normativo das leis constitucionais, através da exigência de procedimentos mais rigorosos para sua alteração ou revogação (CUNHA JR., 2016). É o que ocorre com a Constituição de 1988, cuja natureza rígida propõe conferir solidez à lei constitucional.

Em que pese a definição sucinta, a classificação de uma Constituição rígida não se trata apenas de criar barreiras à modificação do conteúdo das normas constitucionais. Com efeito, a Constituição rígida requer a máxima ponderação do legislador, e erige a norma constitucional à posição de norma suprema dentro do Estado. A “supremacia constitucional, principal consequência da elaboração de uma Constituição rígida” (SILVA, 2018), é essencialmente a materialização da relevância da norma constitucional acima de todos os demais instrumentos normativos. Isso porque, reitere-se, toda atividade jurídica deve prestar obediência a essa que é a norma suprema. E sua supremacia decorre justamente de sua capacidade de permanecer imperturbável a manifestações ordinárias de poder, da exigência de um esforço extraordinário para promover sua mobilização.

1 Ao longo deste trabalho, utilizamos o termo “nação” para designar uma atmosfera de unidade, teoricamente partilhada pelo povo de um Estado. Entretanto, não se ignora que essa suposta atmosfera não corresponde a um sentimento universal que abrange integralmente os diversos grupos sociais. Do contrário, é um conceito originalmente construído no sentido de consolidar politicamente a supremacia de parcela da sociedade, em detrimento do reconhecimento de grupos não hegemônicos (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017).

2 No tocante à relação entre Constituições rígidas e Constituições escritas, importa mencionar que alguns manuais de Direito Constitucional – e.g. CUNHA JR. (2016) – defendem a inexistência de uma vinculação essencial entre ambas. Por outro lado, a Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2009) indica que essa “forma constitucional” só pode ocorrer nas Constituições escritas.

A cultura de elaboração de Constituições rígidas acompanha o Brasil desde a proclamação da república (CUNHA JR., 2016), de modo que é perene a vontade da nação brasileira no sentido de demandar procedimentos especiais para remodelar aquilo que foi inicialmente concebido pelo Poder Constituinte originário. É dizer que a Constituição de 1988 não é engessada, sem qualquer possibilidade de alteração, como seria uma Constituição imutável. Tampouco é inteiramente maleável, de fácil modificação por amplo rol de legitimados, como são as Constituições flexíveis.

Com relação às possibilidades de reforma do texto da Constituição, embora encontremos uma distinção doutrinária entre os conceitos de emenda e revisão constitucional – esta, como uma reestruturação generalizada da Constituição, e aquela, como uma alteração pontual (NEVES, 1996) – a Constituição de 1988 não faz distinção entre os termos, e atualmente admite apenas a modificação pontual do texto constitucional (BRASIL, 1988; SAMPAIO, 1994). Assim, o sentido de reforma constitucional foi reduzido às hipóteses de emenda constitucional, não havendo sentido para a diferenciação quanto a termos correlatos³.

Observa-se, com isso, que o grau de estabilidade de uma Constituição é proporcional à dificuldade de alteração do seu conteúdo. Este nível de dificuldade, por sua vez, é definido através da comparação entre os diferentes processos legislativos. Enquanto a alteração do corpo legislativo infraconstitucional é proporcionado pela elaboração de leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos e resoluções, a Constituição de 1988 atualmente só pode ser modificada através das chamadas emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

A emenda constitucional, com base no rigoroso processo descrito no artigo 60 da Constituição Federal, é concebida a partir de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC). Desde o nascedouro, a PEC se distancia do projeto de lei ordinária, em virtude do rol limitado de agentes legitimados a incitar seu processamento. De fato, a formulação da PEC cabe apenas ao Presidente da República; a pelo menos um terço dos membros de uma das Casas do Poder Legislativo; ou à maioria absoluta das Assembleias Legislativas, representadas pela maioria relativa de seus membros (BRASIL, 1988).

3 Todavia, vale mencionar que já existiu ampla movimentação parlamentar no intuito de autorizar um processo de revisão, no sentido de extensa e generalizada reformulação do texto constitucional, da Constituição (CANELLO, 2006; NASCIMENTO, 2017).

Feita a proposta, haverá deliberação e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Importa notar que a Constituição não obriga um interstício mínimo entre os turnos de votação, temática que já foi debatida perante o Supremo Tribunal Federal⁴. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425 foi ajuizada no intuito de impugnar a adequação do trâmite da emenda constitucional nº 62/2009 às solenidades exigidas a esta espécie normativa. Um dos argumentos utilizados no âmbito do litígio foi a ocorrência de suposta inconstitucionalidade formal, dado que a proposta fora aprovada no Senado em dois turnos de votação apartados por menos de uma hora.

De acordo com o voto do Ministro Luiz Fux, redator do acórdão, a inexigência de um intervalo entre os turnos não se trata de um equívoco do legislador constituinte. Em verdade, a escolha de não exigir um intervalo de tempo foi tão intencional quanto a escolha de exigi-lo nas hipóteses de aprovação das Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal (BRASIL, 2013a). Verifica-se, portanto, a ocorrência de um “silêncio eloquente”⁵, em que o Poder Constituinte Originário optou conscientemente pela supressão de um requisito formal.

Não há, todavia, silêncio quanto às limitações materiais impostas ao Poder Constituinte derivado. Se por um lado o constituinte entendeu como despicienda a necessidade de determinar intervalos temporais entre os turnos de deliberações, foi categórico na descrição das temáticas cuja mera tendência à abolição não pode sequer ser discutida no Parlamento. As “cláusulas pétreas”, listadas no §4º do artigo 60 da Constituição, injetam em certas normas constitucionais o grau máximo de estabilidade, a fim de proteger os fundamentos basilares do Estado Democrático e da República Federativa (BARROSO; OSORIO, 2019; BRASIL, 1988). Afora estas questões, o Poder Constituinte derivado goza de extensa liberdade no que diz respeito ao conteúdo das alterações constitucionais que propõe.

A emenda constitucional pode versar sobre qualquer dos componentes material, pessoal, temporal e especial próprios da essência dos atos normativos, isto é, pode dizer respeito a quaisquer poderes, deveres e objetos, de qualquer pessoa, em todo o território nacional, a partir do termo e pelo que aprouver ao legislador, só não

4 Cediço que a apreciação de emendas constitucionais pelo Poder Judiciário é objeto de extensa ponderação doutrinária, o que, no entanto, escapa à esfera temática deste trabalho, motivo pelo qual expomos o posicionamento do STF no caso concreto como um encerramento circunstancial à questão.

5 A expressão “silêncio eloquente” trata da exclusão intencional de determinado fragmento do texto normativo (SARMENTO, 2013). No caso em análise, o constituinte silenciou na redação do artigo 60, §2º, mas a leitura do texto constitucional em sua unicidade revela indícios de que tal omissão não foi acidental.

podendo constituir conteúdo da inovação constitucional a abolição da forma federativa de Estado; do voto direto, secreto, universal e periódico; da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais.

No mais, ninguém e nenhum objeto estão imunes à alteração constitucional, desamparados que ficam do broquel da intangibilidade dos direitos adquiridos. (LARA, 1991)

Para ser aprovada, a Proposta de Emenda à Constituição precisa de votos favoráveis de três quintos dos membros de cada Casa do Congresso, em cada votação. Obtendo este resultado, a emenda será promulgada com o respectivo número de ordem. Em julho de 2021, a Constituição de 1988 alcançou um total de 110 (cento e dez) emendas constitucionais aprovadas e promulgadas, formando uma média de aproximadamente três modificações constitucionais por ano.

Para além das formalidades de base previstas na Constituição, a compreensão do processo de modificação do texto constitucional perpassa o estudo das normas regimentais vigentes no Poder Legislativo. Nos termos do Regimento Interno do Senado Federal, a Proposta de Emenda à Constituição será remetida à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), a quem compete a apreciação sobre a “constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas”, bem como sobre o “mérito das proposições submetidas a seu exame” (BRASIL, 1970).

Recebida a proposta, a CCJ deverá emitir parecer no prazo de 30 (trinta) dias, após o qual a PEC será incluída na Ordem do Dia para seu primeiro turno de votação. De acordo com o artigo 358, o primeiro turno de votação será composto por “cinco sessões deliberativas ordinárias consecutivas” (BRASIL, 1970), ao longo das quais é possível que os membros sugiram alterações pertinentes à proposta. Caso haja sugestões de alteração⁶, a CCJ recebe novo prazo de 30 (trinta) dias para apreciá-las e encaminhá-las ao segundo turno de votação.

Fundamental observar que o artigo 362 do Regimento Interno do Senado determina interstício mínimo de cinco dias úteis entre os turnos de votação (BRASIL, 1970). Esse dispositivo também foi objeto de análise durante o julgamento da ADI nº 4.425, em que foi averiguada a possível ocorrência de inconstitucionalidade formal por descumprimento da norma regimental. Entretanto, conforme já exposto, a maioria dos ministros decidiu pela improcedência do referido objeto litigioso.

⁶ Em que pese o regimento interno do Senado Federal utilize o termo “emenda” para designar as alterações que podem ser sugeridas em deliberação, optamos por evitar o uso fidedigno da palavra constante na norma, a fim de prevenir ambiguidades quando estudarmos as propostas de emenda à Proposta de Emenda à Constituição.

Segundo o voto do Ministro Dias Toffoli, a aplicação ou dispensa de normas do regimento interno consubstanciam “problemática *interna corporis*”, não estando sujeita a apreciação jurisdicional (BRASIL, 2013a). Ademais, o quórum para aprovar emendas constitucionais é superior àquele exigido para alterar o Regimento Interno, fato que, sob uma perspectiva matemática, legitima a dispensa ao rito (BRASIL, 2013a).

O segundo turno de votação demanda apenas três sessões deliberativas ordinárias, durante as quais poderão ser oferecidas sugestões de alteração não relacionadas ao mérito da proposta. Concluído o rito no Senado Federal, a proposta de emenda segue à Câmara dos Deputados, para ser submetida a novo ciclo de votações. Importa registrar que o artigo 367 do Regimento Interno do Senado Federal considera como proposta nova aquela que, inobstante tenha sido iniciada no Senado, foi transformada em substitutivo (BRASIL, 1970). De acordo com a leitura conjunta dos regimentos, são consideradas substitutivas as alterações que modificam integralmente ou substancialmente o conteúdo da proposição (BRASIL, 1970, 1989).

O trâmite das Propostas de Emenda à Constituição na Câmara dos Deputados tem início com o despacho à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Casa. Diferente do que vislumbramos nas atribuições da CCJ do Senado, à Comissão equivalente na Câmara dos Deputados compete tão somente a análise da admissibilidade da proposta de emenda (BRASIL, 1989). O estudo do mérito caberá a Comissão Especial designada exclusivamente para esta atividade, e a quem deverão ser destinadas todas as sugestões de alteração. Após a aquiescência da Comissão Especial, a proposta segue para os dois turnos de deliberação e votação, em princípio separados por cinco sessões.

Afora os regimentos específicos de cada Casa do Poder Legislativo, há também o Regimento Comum do Congresso Nacional. Entretanto, o detalhamento do trâmite das Propostas de Emenda à Constituição não subsistiu à inauguração da nova ordem estatal, tendo sido em sua ampla maioria revogado pela Constituição de 1988. Com isso, verificamos que o processamento das PECs não é necessariamente complexo, apesar de exigir a leitura integrada de três documentos normativos distintos.

Visando regular a nível constitucional o direito à proteção dos dados pessoais, a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019 tramitou, sem maiores

intercorrências, por ambas as Casas do Poder Legislativo. Sua essência apresenta uma conexão de cerne moral com os desafios da era digital, de modo que são escassas as fontes dispostas a questionar seu conteúdo. Ainda assim, o advento da pandemia da Covid-19 estagnou o andamento da PEC por cerca de um ano e meio, não obstante os incidentes relacionados ao sigilo de dados ocasionados pelas adaptações à realidade pandêmica⁷. Superado o hiato, a PEC oficialmente já ultrapassou a maior parte das etapas do austero procedimento de modificação constitucional.

Considerando a relevância da matéria esboçada pela PEC nº 17/2019, quanto à forma e também à substância, o presente capítulo fará um estudo acerca do processo legislativo que pretende conduzir à constitucionalização da proteção dos dados pessoais. Primeiro, traremos uma visão panorâmica acerca da Proposta de Emenda à Constituição, analisando seu trâmite no Congresso Nacional. A intenção é de examinar objetivamente as fases de processamento da PEC, através da análise dos documentos administrativos encontrados nas páginas oficiais do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Para tanto, o marco teórico utilizado observará a Proposta de Emenda à Constituição como um documento administrativo, capaz de ser objeto de uma análise diplomática contemporânea (REGINATO, 2017), a fim de situá-lo no contexto do Estado, com base em sua formatação e conteúdo.

A seguir, examinaremos aspectos possivelmente controversos, no contexto da constitucionalização da proteção dos dados pessoais como direito fundamental, notadamente sob a perspectiva de sua formalização como direito autônomo. Nesse contexto, a cláusula de abertura constante no §2º do artigo 5º da Constituição Federal será a base para a investigação do direito à proteção dos dados pessoais como segmento do direito à privacidade, expresso na Constituição desde sua origem. Também será viabilizada uma comparação entre as pretensões deduzidas da PEC nº 17/2019 e da LGPD.

Porque pretende esmiuçar as formalidades pertinentes à PEC nº 17/2019, o presente capítulo atenderá a uma vertente metodológica primordialmente jurídico-dogmática (GUSTIN; DIAS, 2010). Sua abordagem será interdisciplinar, realizando

7 Não obstante o dilema da proteção dos dados pessoais diante da pandemia de Covid-19, bem assim as implicações da fragilização do sigilo de dados para a democracia, não fazem parte do recorte temático do presente estudo, insta pontuar que o cenário pandêmico provocou uma “exposição das entranhas da estrutura do capitalismo de vigilância” (REQUIÃO, 2020), inclusive sob o ponto de vista institucional, abrangendo as interações do cidadão com o Estado, não encontrando limites nas atividades empresariais.

conexões entre conceitos basilares do Direito Constitucional e técnicas de Metodologia da Pesquisa em Direito.

2.1 TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

A proteção dos dados pessoais adquiriu crescente importância jurídica, como resposta à exploração econômica da democratização das tecnologias digitais. Ao mesmo tempo em que a conexão global em tempo real pela *internet* promoveu artifícios de agilização das mais diversas tarefas cotidianas, sua mercantilização foi certamente responsável por incentivar a substituição da presença física da pessoa por sua presença digital. E a presença digital se manifesta pelo cadastro, registro, e compartilhamento de dados pessoais⁸.

Nesse contexto, a computação ubíqua⁹ faz com que as tecnologias digitais se irradiem por entre todos os segmentos da vida humana, alcançando tamanha participação no cotidiano da sociedade que os indivíduos sequer percebem seu grau de integração com equipamentos eletrônicos (TRINDADE, 2015). Por sua vez, o capitalismo de vigilância (ZUBOFF, 2021) é uma sofisticação do sistema de exploração econômica, inerente ao cenário da pós-modernidade, cuja principal característica é a habilidade não só de transformar dados em oportunidades de negócios, como também de alastrar essa estratégia mercantil através das nebulosas conexões entre entes – públicos e privados – receptores de dados.

A combinação destes fenômenos transforma o controle individual dos dados pessoais em uma tarefa essencialmente impossível, e conseqüentemente coloca os cidadãos em constante risco de sofrerem com o uso insidioso de informações intrinsecamente vinculadas à sua personalidade, aglutinadas sem seu consentimento ou minimamente sua consciência. No Brasil, sobressaem os casos de ataques cibernéticos, como o ocorrido na página eletrônica do Superior Tribunal

8 Um exemplo corriqueiro é a possibilidade de um profissional da área jurídica realizar a distribuição de procedimento judicial (e igualmente protocolar todas as peças e documentos subsequentes) comprovando sua identidade tão somente através do dispositivo computadorizado denominado assinatura eletrônica.

9 O termo original em inglês, *ubiquitous computing*, foi cunhado por Mark Weiser, em trabalho intitulado “*The computer for the 21st century*”, publicado em 1991. Sobre a influência do tratamento inadequado dos dados pessoais nas decisões cotidianas dos cidadãos, cf. PRIVACIDADE (2019).

de Justiça (STJ)¹⁰, e práticas de *ransomware*, termo utilizado para denominar o sequestro de bancos de dados.

É neste enquadramento fático que despontam esforços de regulação normativa do uso de dados pessoais obtidos nas relações jurídicas estabelecidas em ambiente digital, tanto pela promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – que disciplina a questão em âmbito infraconstitucional –, como pelas Propostas de Emenda à Constituição elaboradas no escopo de alçar a questão ao mais alto escalão do direito positivo. Entre janeiro de 2010 e dezembro de 2020, 1.105 (mil cento e cinco) Propostas de Emenda à Constituição transitaram pela Câmara dos Deputados, dentre as quais 12 (doze) possuíam alguma relação com a temática da privacidade na era digital. No Senado Federal, em um universo de 836 (oitocentas e trinta e seis) Propostas de Emenda à Constituição, cinco traziam vínculo com o tema.

Este levantamento foi obtido pela realização de pesquisa quali-quantitativa nas páginas oficiais das Casas do Legislativo. O mecanismo utilizado para a visualização do universo total de PECs foi a pesquisa avançada disponível na aba “Atividade Legislativa”, presente em ambos os sítios eletrônicos, adotando como parâmetros de identificação o tipo de proposta (Proposta de Emenda à Constituição); e a data de apresentação inicial (01/01/2010) e final (31/12/2020).

No portal do Senado, o parâmetro de autoria restringiu-se à opção “Senadores – legislatura atual”. Em ambos os portais, o parâmetro de situação quanto à tramitação abrangeu todas as propostas. A fim de restringir a pesquisa, o parâmetro de assunto buscou por qualquer dos termos relacionados ao tema¹¹, podendo ser encontrados na ementa, indexação, ou inteiro teor – ferramenta de pesquisa da Câmara dos Deputados – e ementa, explicação da ementa, apelido, ou indexação – ferramenta de pesquisa do Senado Federal.

No total, identificamos 16 (dezesseis)¹² propostas diferentes ao longo dos últimos dez anos. A pesquisa revelou que o maior número de propostas relacionadas ao sigilo de dados pessoais foi apresentado durante o ano de 2015, congregando 25% (vinte e cinco por cento) do total de propostas identificadas. Com relação ao

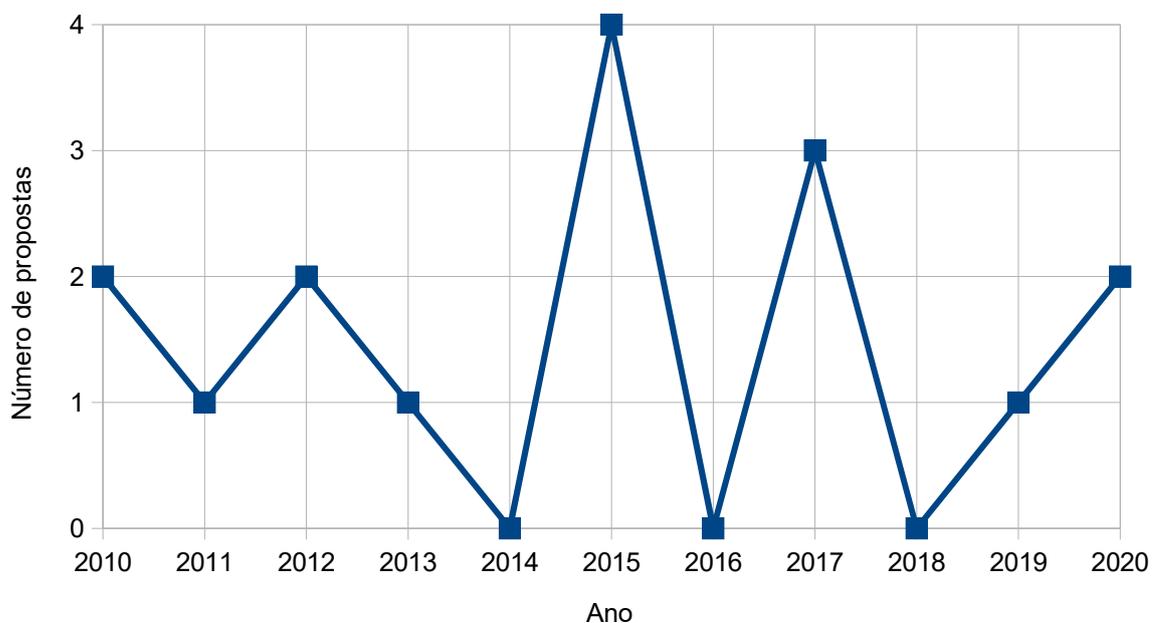
10 Sobre o tema, cf. BRASIL (2020a).

11 Os vocábulos pesquisados foram: privacidade; digital; dados pessoais; informações; sigilo; comunicações; internet.

12 Soma entre os resultados encontrados nas ferramentas de pesquisa, subtraído em uma unidade, porque a PEC nº 17/2019 aparece em ambos os sítios eletrônicos.

conteúdo das propostas, seis têm como finalidade a elucidação do direito fundamental ao acesso à *internet*.

Gráfico 1 – Propostas de Emenda à Constituição sobre proteção de dados na era digital apresentadas pelo Poder Legislativo entre 2010 e 2020



Além da inclusão de novos dispositivos constitucionais, algumas propostas pretendem alterar direitos já formalmente positivados, notadamente as PECs nº 501/2010, 34/2015, e 72/2015. A primeira, de autoria do Deputado Eduardo Sciarra (DEM-PR), visa ampliar significativamente o direito à liberdade de expressão (BRASIL, [2010]). Sob outro ângulo, a segunda proposta, de autoria do Deputado Sérgio Vidigal (PDT-ES), cria uma hipótese constitucional em que o direito à intimidade do cidadão será sempre subjugado perante o interesse público à informação (BRASIL, [2015a]). Finalmente, a terceira proposta, de autoria do Deputado Alceu Moreira (PMDB-RS), pretende criar uma exceção ao direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência (BRASIL, [2015b]).

Especificamente, a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019 busca reconhecer o direito à proteção dos dados pessoais como direito fundamental constitucionalmente positivado, a fim de solidificar a segurança de dados no mais elevado patamar da organização do Direito positivo estatal. De autoria do Senador Eduardo Gomes (MDB-TO), a proposta possui indiscutível importância por ter

evidenciado – ao longo de sua acelerada e indisputada tramitação pelas Casas do Legislativo – a uniformização da demanda por proteção dos dados pessoais em diversos setores da sociedade, e é o tema central do presente trabalho.

A PEC nº 17/2019 foi inicialmente publicizada no Diário Oficial do Senado Federal divulgado em 13 de março de 2019. A primeira versão da proposta contém dez páginas, desde a capa até a lista de normas utilizadas como referência para sua elaboração. O documento possui elementos característicos de sua natureza, notadamente a presença de uma ementa em local de destaque no início do texto, a descrição do conteúdo da emenda constitucional na forma de artigos, e a redação dissertativo-argumentativa contendo as justificativas para a criação e aprovação da proposta.

Quanto aos elementos textuais intrínsecos (REGINATO, 2017), a justificativa do documento faz recorrente menção à realidade internacional, elencando outros países como parâmetros comparativos. São descritas algumas vantagens da evolução tecnológica no ramo da computação, seguidas dos riscos à sua má utilização ou utilização antiética (BRASIL, 2019a). É ponderada a necessidade de reconhecer a proteção dos dados pessoais como direito autônomo em relação ao direito à privacidade, e mais ainda, como um direito que “merece” ser constitucionalizado (BRASIL, 2019a). Pontuando a “envergadura jurídica” da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2019a), a justificação da proposta demonstra convicção acerca da necessidade de promover uma salvaguarda mais forte a este direito.

A questão da competência legislativa, por sua vez, é tratada como “tormentosa” (BRASIL, 2019a), considerando a pluralidade de propostas legislativas a nível estadual e municipal acerca da proteção dos dados pessoais. Nesse sentido, os signatários entendem ser ideal centralizar o poder de criação das leis sobre este tema, assim como ocorre com “outros direitos fundamentais e temas gerais relevantes” (BRASIL, 2019a). Argumentam, ainda, que a pulverização do poder normativo pode dificultar a adequação dos dados.

Seguindo a formalidade basilar prevista na Constituição Federal, a PEC nº 17/2019 foi proposta por 30 (trinta) dos 81 (oitenta e um) membros do Senado. A matéria foi lida em plenário e encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, onde permaneceu durante cerca de dois meses. Ao longo deste período, a presidência da CCJ foi transferida da Senadora Simone Tebet (MDB-MS) para o

Senador Rodrigo Pacheco (DEM-MG), que ofereceu a emenda de redação nº 1-CCJ à proposta. Em síntese, a sugestão de alteração realocava o direito fundamental à proteção dos dados pessoais no interior do inciso XII do artigo 5º, no lugar da criação do inciso XII-A (BRASIL, 2019b).

A CCJ do Senado emitiu o parecer nº 45/2019, sob a relatoria da Senadora Simone Tebet e assinado pelo Senador Jorginho Mello (PL-SC), à época Vice-Presidente da Comissão exercendo a presidência eventual. O corpo do parecer contém seis páginas de texto discursivo, dividido em relatório, análise, e voto. Anexo ao parecer foram juntados o texto da emenda nº 1-CCJ (de redação), o relatório de registro de presença à sessão ordinária, e a decisão da Comissão. O texto da sugestão de alteração se apresenta na forma de artigos como o da proposta de emenda, não é discursivo e não possui justificativa escrita atrelada a si, visto que a sugestão foi oferecida oralmente em sessão (BRASIL, 2019b).

Interessa estudarmos o capítulo do parecer que cuida da análise da PEC. A admissibilidade da proposta é brevemente atestada a partir das exigências constitucionais. O mérito, de maneira semelhante à justificativa concedida pelo Senado, tem início na comparação entre a proteção dos dados pessoais na conjuntura internacional e aquela atualmente oferecida pelas leis brasileiras. Dentre os argumentos que alicerçam a constitucionalização do direito à proteção dos dados pessoais, é mencionado o reconhecimento fático da autonomia deste direito pela doutrina e jurisprudência, além dos “escândalos envolvendo o vazamento de dados pessoais [...] que atingiram milhares de brasileiros” (BRASIL, 2019b), e a possibilidade de atender a “questões efetivas e atuais” correlatas ao direito à privacidade.

Em relação à concentração da competência para legislar sobre a proteção dos dados pessoais, a CCJ defende a pertinência da modificação constitucional, considerando que a matéria alcança o “interesse de toda a sociedade brasileira”, além de condizer com o “comando constitucional de formulação das normas de direito civil” (BRASIL, 2019b). A análise é encerrada com a identificação de uma afinidade e conexão temática entre o direito à proteção dos dados pessoais – tema principal da Proposta de Emenda nº 17/2019 – e o direito à inviolabilidade do sigilo dos dados – previsto expressamente no inciso XII do artigo 5º da Constituição¹³ –,

13 “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 para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

razão pela qual a Comissão aprova a PEC nos termos da emenda de redação sugerida pelo Senador Rodrigo Pacheco.

O primeiro turno de votações no Senado se estendeu durante pouco mais de 40 (quarenta) dias, e cada sessão de discussão ocupou pelo menos duas sessões deliberativas (BRASIL, [2019d]). Ao final desta etapa, a PEC nº 17/2019 foi aprovada em primeiro turno, com 65 (sessenta e cinco) votos favoráveis, no dia 02 de julho de 2019. No mesmo dia, ocorreu a deliberação e votação em segundo turno, com aprovação por 63 (sessenta e três) votos favoráveis. O texto revisado foi remetido à Câmara dos Deputados no dia seguinte.

Imediatamente após sua chegada na Câmara dos Deputados, a PEC nº 17/2019 foi encaminhada à CCJ, e recebeu em apenso a PEC nº 86/2015, de autoria do Deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP). A proposta de iniciativa da Câmara visava inserir o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição, reconhecendo como direitos fundamentais não apenas a “inviolabilidade do sigilo das comunicações realizadas por meio de redes digitais”, como também a garantia de acesso à internet (BRASIL, [2015c]). Sua justificativa se apoia em três pilares: a imprescindibilidade da rede mundial de computadores para o desenvolvimento da sociedade; a consolidação da *internet* como meio de democratização do conhecimento; e a carência de proteção constitucional ao sigilo dos dados pessoais (BRASIL, [2015c]).

Não obstante a similitude, a PEC nº 86/2015 foi rapidamente desapensada da PEC nº 17/2019, atendendo a requerimento do Deputado Orlando Silva (PcdoB-SP). A solicitação, em resumo, apontava diferenças nucleares entre os bens jurídicos abraçados por ambas as propostas. Enquanto a PEC nº 17/2019 “eleva o direito à proteção dos dados pessoais à categoria de direitos fundamentais”, a PEC nº 86/2015 cria o direito fundamental do acesso à internet (BRASIL, [2019e]). Em acréscimo, a situação procedimental das propostas foi utilizada como fundamento para sua separação. Enquanto a PEC de autoria da Câmara tramita há vários anos (fato que o Deputado atribui a um suposto caráter oneroso para o Estado), a proposta proveniente do Senado desenrola-se com celeridade, supostamente em razão da correspondência que guarda com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRASIL, [2019e]).

Dando seguimento ao trâmite regimental, o parecer elaborado pelo Deputado João Roma (PRB-BA), relator junto à Comissão de Constituição e Justiça e de

(BRASIL, 1988).

Cidadania, é sucinto e objetivo, limitando-se a declarar a admissibilidade e constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição. Em outubro de 2019 a Presidência da Câmara destina a PEC para averiguação de mérito pela Comissão Especial, que durante os dois meses seguintes se dedica à oitiva da sociedade civil através da realização de audiências públicas. Em 11 de dezembro de 2019, a Comissão Especial publicizou em Diário Oficial o parecer pela aprovação da PEC nº 17/2019, na forma de substitutivo que será remetido ao Senado Federal, para que reinicie a apreciação como uma nova proposta de emenda.

O Deputado Orlando Silva (PCdoB-SP) relatou a deliberação da Comissão Especial em um parecer de 15 (quinze) páginas, encabeçado pelo ofício que apresentou a proposta à Câmara dos Deputados, e composto por relatório, voto do relator e suas complementações, duas propostas substitutivas, parecer da comissão, e uma declaração de voto da Deputada Perpétua Almeida (PCdoB-AC). Com exceção aos substitutivos, que possuem o formato textual comumente adotado na legislação, o teor do parecer aparenta ser um texto dissertativo-argumentativo, com linguagem razoavelmente simples e uso de termos técnicos associados à matéria deliberada. O relatório consiste basicamente na exposição das manifestações da sociedade civil durante as audiências públicas, enquanto o voto do relator oferece argumentos embasados em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, além de comparações com o sistema europeu de regulação do tratamento de dados.

O debate extraído das audiências públicas trouxe considerações sobre a constitucionalização formal do direito à proteção dos dados pessoais, bem como a topografia da norma, com discussões acerca de sua autonomia em relação ao direito ao sigilo das comunicações. Envolveu, ainda, argumentos bastante conflitantes quanto à competência legislativa sobre a matéria, e ponderações sobre a proteção constitucional à Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD).

O voto do relator discorreu acerca das diferenças essenciais entre o direito à proteção dos dados pessoais e os direitos à privacidade e ao sigilo das comunicações, concluindo pela inserção da nova norma em inciso independente (BRASIL, 2019c). Com relação à competência para legislar, o parecer defendeu a competência privativa da União, em atendimento ao princípio geral da predominância do interesse (BRASIL, 2019c). A Comissão decidiu, ainda, acrescentar um inciso tratando sobre a competência material para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, mediante autoridade

reguladora independente, submetida ao regime especial previsto na Lei das Agências Reguladoras (BRASIL, 2019c).

Diante do que foi exposto, podemos constatar que o trâmite da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019 condiz com as solenidades essenciais previstas tanto na Constituição quanto nos Regimentos Internos das Casas do Poder Legislativo. De modo geral, chama a atenção a aparente ausência de discordâncias no que diz respeito à proteção dos dados pessoais como direito fundamental autônomo, cuja positivação formal é imprescindível.

2.2 ANÁLISE CRÍTICA

Ainda que haja uniformidade nos posicionamentos favoráveis à constitucionalização do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019 pode ser objeto de críticas quanto ao seu conteúdo. Observando-a para além da relevância do tema para as relações jurídicas contemporâneas, a referida proposta pode ser percebida como “inteiramente desnecessária e, mais que isso, perigosa” (SCHREIBER, 2019).

Sob esta perspectiva, no presente trabalho pretendemos investigar o equilíbrio entre a mutabilidade e a estabilidade do texto constitucional, relação que deve ser observada quando da elaboração e tramitação de emendas constitucionais. No que se refere especificamente à elucidação do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, o estudo deste equilíbrio pode ser realizado sob a perspectiva da chamada cláusula de abertura material, que reconhece a existência de direitos fundamentais implicitamente positivados no ordenamento constitucional.

Os direitos humanos e fundamentais acompanham o desenvolvimento das sociedades, como resultado das lutas humanas em busca da tutela de valores que lhes são caros a cada momento de sua história. A “historicidade” dos direitos fundamentais, bem assim sua estrita relação com a evolução das comunidades humanas no tempo, incorpora a esses direitos caracteres de “dinamicidade” e “inesgotabilidade” (SANTOS, 2015). Essa natureza se evidencia no contexto da pós-modernidade, em que a positivação do catálogo de direitos não acompanha a

volatilidade das mudanças na realidade social (SANTOS, 2015). Por conseguinte, os Estados Democráticos ao redor do mundo tendem a reconhecer constitucionalmente a possibilidade de ampliação fática do rol de direitos fundamentais.

A existência de direitos fundamentais atípicos, não previstos expressamente no texto constitucional, é certificada pelo artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, que materializa aquela que também é conhecida como cláusula dos direitos não enumerados¹⁴. Nos termos da norma, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Significa dizer que a condição de direito fundamental, e todos os efeitos a ela relacionados, não é exclusiva aos direitos explicitamente descritos no Título II da Constituição, e nem mesmo se restringe aos direitos contidos na Constituição como um todo.

A cláusula tem origem nos Estados Unidos, como resultado da interpretação da “doutrina do contrato social” (MARCOS, 2000, tradução livre¹⁵). A criação das constituições dos Estados Federados, e posteriormente a concatenação de uma Constituição Federal em 1787, foi acompanhada pela positivação escrita de direitos inerentes à natureza humana, decorrentes da filosofia jusnaturalista (MARCOS, 2000). Importa notar que, em princípio, a Constituição dos Estados Unidos não previa uma *Bill of Rights*¹⁶, por acreditar que a existência de uma Constituição democrática “pressupunha o resguardo de todos os direitos” (MARCOS, 2000; SANTOS, 2015).

Essa trajetória de constitucionalização escrita do direito natural pode ser justificada tanto pelo “histórico colonial” – a partir da cultura constitucional inglesa da época, que buscava a “limitação do poder do monarca” através de normas capazes de serem exigidas em tribunal –, como pelos ideais democráticos que fundamentaram as revoluções de base contratualista (MARCOS, 2000, tradução

14 As pesquisas revelaram uma considerável variedade nas denominações utilizadas para designar os direitos decorrentes da aplicação do artigo 5º, §2º da Constituição. Para este trabalho, uniformizamos as denominações encontradas e concentramos os esforços na construção do contexto pertinente ao nosso tema, que envolve um direito cuja existência decorre da interpretação do sistema de direitos fundamentais já existente.

15 Segundo o texto original, “*Lo que sí es necesario recordar es que tras ambas experiencias históricas, los supuestos ideológicos que las fundamentan no son otros que los de la doctrina del contrato social del racionalismo iusnaturalista [...]*” (MARCOS, 2000).

16 Carta de Direitos, em tradução livre.

livre¹⁷). Com isso, a cláusula dos direitos não enumerados constitui parte do diálogo entre o direito positivo e o direito natural, já que a constitucionalização deste, ao contrário de negar sua validade, serve como um instrumento para sua proteção (MARCOS, 2000).

Do outro lado do Atlântico, a tradição francesa do *common law* determinou um percurso diferente, aceitando a constitucionalização de direitos como um “mecanismo de validação da Constituição” (MARCOS, 2000). Nesse sentido, os direitos fundamentais não abdicam sua característica de direito natural por serem constitucionais, mas estão registrados como parâmetros universais de legitimação e limitação de poderes (MARCOS, 2000, tradução livre¹⁸). Em ambos os casos, a cláusula dos direitos não enumerados está intrinsecamente conectada à ideia da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, partindo de uma premissa “jusnaturalista racionalista” que compreende esse princípio como “anterior e superior ao ordenamento constitucional” (MARCOS, 2000, tradução livre¹⁹). Assim, proteger direitos não tipificados significa reconhecer que a dignidade é elemento que transcende a positivação dos direitos na norma constitucional.

No Brasil, a cláusula de direitos não enumerados existe desde o advento da República, de modo que a Constituição de 1988 inova apenas por ser a primeira a admitir a abertura material de direitos provenientes de normas internacionais (EMERIQUE; GOMES; SÁ, 2006). Nesse contexto, é possível conhecer a

17 Segundo o texto original, *“Porque si en el terreno histórico se encontraba firmemente afianzada la idea de limitación del poder del monarca y la del respeto de los derechos de los súbditos, el proceso de colonización que inician los puritanos en el norte de nuestro Continente, con la constitución de instituciones políticas de raíces innegablemente democráticas, cuya autoridad y poderes derivaban directamente del consenso de los gobernados, y no de una concesión del monarca, permiten comprender por qué es que cuando los americanos necesitan acudir a una teoría política que legitimase la revolución por ellos iniciada, esa teoría política no sea otra que la del contrato social”* (MARCOS, 2000).

18 Segundo o texto original, *“Su expedición ha de representar no un intento de tornar exigible judicialmente un mínimo de atributos subjetivos, sino la de prever un catálogo mínimo de derechos que se ha de rescatar para los hombres del presente, y se ha de proyectar para la humanidad. No se trata de una obra hecha por franceses y para franceses. Es la afirmación moral de un pueblo, para el legado del mundo”* (MARCOS, 2000)

19 O texto original, tratando sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, afirma que *“La idea de lanzar una declaración de esta naturaleza, de manera previa a la confección de la Constitución, desde el inicio lo que hacía era poner en evidencia la propia concepción que allí los constituyentes franceses manejaron de éstos, es decir, como unos derechos anteriores y superiores a la creación del Leviathan, el ‘Dios mortal’ hobbesiano”* (MARCOS, 2000). O texto original menciona, ainda, que *“Precisamente es en esta idea de elemento trascendente y anterior al ordenamiento jurídico-constitucional, en el que se ha de encontrar el principio de dignidad de la persona humana [...]”* (MARCOS, 2000).

fundamentalidade material de um direito a partir de sua conexão com o fundamento da dignidade humana, observando a devida cautela no intuito de não banalizar o referido princípio (EMERIQUE; GOMES; SÁ, 2006). À vista desta advertência, a fim de identificar um direito materialmente fundamental subentendido do regime constitucional, nos incumbe estabelecer correlações entre direitos expressos e implícitos através dos critérios de “conteúdo e importância” (CUNHA JR., 2016; SARLET, 2015).

O direito à proteção dos dados pessoais, conforme reiteradamente declarado nos documentos que compõem a PEC nº 17/2019, decorre da interpretação extensiva do direito à privacidade, explicitado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal²⁰. Ainda assim, existe um aparente consenso no entendimento de que, com o advento e a consolidação do capitalismo de vigilância, a proteção dos dados pessoais tornou-se bem jurídico de tamanha importância, que gerou a necessidade de tutela autônoma expressamente positivada.

Argumenta-se que, não obstante a proteção dos dados pessoais seja “uma espécie de herdeira” da privacidade, limitar-se à associação entre estes direitos já não é suficiente para compreender a complexidade do tema e de suas implicações (DONEDA, 2011). Sob uma perspectiva prática, a proteção efetiva do direito à privacidade também é vista como insuficiente face a massificação do processamento de dados pessoais como atividade econômica (SARTORI; BAHIA, 2019). Por fim, a mudança das relações sociais, já mencionada no âmbito da historicidade dos direitos fundamentais, pode ser compreendida como razão jusfilosófica à evolução do direito à proteção dos dados pessoais em direção à posituação constitucional expressa (SARLET; SAAVEDRA, 2020).

Contudo, a leitura das motivações que sustentam a autonomia do direito à proteção dos dados pessoais nos permite extrair o cerne da separação entre este e o direito à privacidade, qual seja, a exploração econômica dos dados coletados no contexto das interações digitais. Com efeito, a atualidade da norma contida na PEC nº 17/2019 está mais associada à questão das tecnologias digitais que à privacidade de dados propriamente dita. E mesmo neste raciocínio, podemos argumentar que a preocupação com a privacidade em relação à informática existe desde a década de 1970, com esforços legiferantes quanto à proteção dos dados pessoais em

20 “Artigo 5º. [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

atividades automatizadas desde os anos 1980 (MALDONADO; BLUM, 2020), de maneira que o interesse pela tutela dos dados pessoais nas interações digitais não é uma novidade.

Com isso, podemos concluir que a pedra de toque dos problemas relacionados à privacidade na era digital não é a carência de camadas protetoras dos dados pessoais, mas sim de mecanismos regulatórios capazes de acompanhar o desenvolvimento vertiginoso das tecnologias digitais. Em outras palavras, não basta esmiuçar a privacidade na era digital em denominações diferentes de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, em um esforço de alteração do texto constitucional que poderia ser evitado, acaso o ordenamento jurídico ostentasse confiança na eficácia jurídica e social de seus direitos fundamentais em sentido material.

A propósito desta cogitação, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais concretiza a mais relevante tentativa de regulamentar a proteção de direitos fundamentais nas relações de processamento de dados. Sua vigência, que antecede a promulgação da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, estabelece moldes tangíveis para a proteção do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, demonstrando grau de detalhamento e completude muito superior à declaração formal da existência de um direito fundamental²¹. Nessa toada, podemos avaliar o que a PEC nº 17/2019 agrega à proteção dos dados pessoais, para além do que já está regulado pela LGPD, com base em pontos focais deliberados durante o trâmite da proposta.

Preliminarmente, é necessário solidificar a noção de que a proteção dos dados pessoais, circunscrita no contexto da privacidade na era da economia de dados, abrange duas faces de vulnerabilidade. Existe a demanda pela privacidade propriamente dita, associada à faculdade de o cidadão resistir contra a profanação dos elementos que integram sua vida particular, visando proteger sua integridade moral (FERRAZ JR., 1993). E existe a demanda pela chamada autodeterminação informativa, definição consolidada na Alemanha, que diz respeito à possibilidade de manter o cidadão no controle do fluxo de dados relacionados a si, ainda que sob o domínio de terceiros (MALDONADO; BLUM, 2020; MENDES, 2020). Conforme já

21 Primordial assentar que as críticas quanto à suposta necessidade de formalizar o direito à proteção dos dados pessoais, em aparente desvalorização de sua fundamentalidade material, não equivalem ao desmerecimento das incontestáveis vantagens inerentes à elevação de determinada norma ao patamar constitucional, assunto que será abordado neste trabalho em momento oportuno.

mencionado, o direito à privacidade está descrito na Constituição de 1988 desde sua promulgação, e dele decorre naturalmente a positivação (ainda que implícita) do direito fundamental à proteção dos dados pessoais.

O direito à autodeterminação informativa, em contraponto, é um bem jurídico que não deflui tão facilmente da leitura genérica dos direitos acima estudados, apesar de ser extremamente valioso. Primeiro, porque o uso predatório de dados pessoais com finalidades econômicas é estratégia empregada pela maioria ou totalidade dos setores que de alguma forma interagem virtualmente com os cidadãos. Segundo, porque o avanço das ferramentas tecnológicas transforma “o distanciamento do controle e da autoridade sobre seus próprios dados” em um acontecimento normalmente “imperceptível ao titular” (MALDONADO; BLUM, 2020).

Dessa forma, mais do que enunciar o direito à proteção dos dados pessoais, é necessário que o Estado ratifique e assegure o direito fundamental à autodeterminação informativa, oferecendo mecanismos para contornar a vulnerabilidade técnica do cidadão e garantir que não haja a perda de controle dos dados. Quanto a isso, a LGPD está em posição de vantagem, não somente porque inclui a autodeterminação informativa como um de seus fundamentos no artigo 2º, mas também porque racionaliza métodos para a concretização deste direito, nos artigos 17 e seguintes (BRASIL, 2018).

Outro ponto que mereceu o enfoque da PEC nº 17/2019 foi a concentração das competências legislativa e material para o tema da proteção de dados. Neste aspecto, muito embora a Lei Geral de Proteção de Dados tenha diligenciado essa concentração a nível infraconstitucional²², não foi suficiente para impedir que variados entes da federação criassem suas próprias leis de proteção de dados, por vezes em completo dissenso com as diretrizes da LGPD (BRASIL, 2019a). A competência da União no que se refere à proteção dos dados pessoais, assunto que será melhor aprofundado neste trabalho em momento oportuno, realmente só poderá ser alcançada na prática através de alteração constitucional, permitindo a conformação dos legislativos estaduais e municipais pelo controle de constitucionalidade.

Sob a ótica pós-positivista, é possível argumentar que a ampliação do catálogo de direitos fundamentais formalmente reconhecidos, com base na tutela de valores

22 “Artigo 1º. [...] Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (BRASIL, 2018).

tidos como essenciais à preservação da dignidade humana, será comumente um acontecimento benéfico. Nada obstante, o esforço de alteração do texto constitucional visando incluir um direito que, em última análise, já está positivado, exige um estudo cauteloso de suas motivações e potenciais consequências. Por isso, acreditamos que a defesa dos dados pessoais através de norma infraconstitucional, com substrato na privacidade e demais direitos fundamentais, é suficiente para solidificar a fundamentalidade material do direito enunciado pela PEC nº 17/2019.

Mesmo porque a proteção dos dados pessoais já fazia parte das preocupações dos brasileiros desde a formação do Poder Constituinte originário. O anteprojeto do relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, vinculado à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, tratou expressamente de conceitos que, embora não estejam literalmente descritos no texto final da Constituição, retornaram ao debate jurídico com a vigência da LGPD. Diz o anteprojeto criado pelo Constituinte Darcy Pozza:

Art. [...] São direitos e garantias individuais:

[...]

VIII – o conhecimento das informações e referências pessoais, e do fim a que elas se destinam, registradas por entidades públicas ou particulares; é vedado o registro de convicções pessoais, atividades político-partidárias, ou acerca da vida privada; é permitido, para fins estatísticos, o registro de dados não identificáveis individualmente; é assegurada a supressão ou retificação de dados incorretos, mediante procedimento administrativo ou judicial, de caráter sigiloso; responde civil, penal e administrativamente todo aquele que determine, realize ou se utilize de registro de dados pessoais incorretos ou falsos; dar-se-á habeas data ao legítimo interessado, para assegurar-lhe o direito de conhecer as informações e referências pessoais existentes a seu respeito; (BRASIL, 1987a).

O início do dispositivo guarda estreita associação com os princípios da finalidade e do livre acesso, que compõem o rol exposto no artigo 6º da LGPD. É prevista a vedação ao registro do que hoje conhecemos como dados sensíveis, assunto em relação ao qual a Lei nº 13.709/2018 trouxe a necessária adequação, considerando que toda atividade digital realizada por seres humanos atualmente deixa rastros (MALDONADO; BLUM, 2020). Verificamos, ainda, o passo inicial para

a responsabilização dos casos de processamento malicioso de dados pessoais, que atualmente não se restringem a dados incorretos ou falsos. Ou seja, muito do que foi delimitado pela Lei Geral de Proteção de Dados, notadamente quanto aos fundamentos e princípios, já fazia parte do conteúdo implícito ao direito à privacidade desde a Assembleia Constituinte.

Durante o processo de deliberação, o anteprojeto assinado pela Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais trouxe algumas alterações em comparação com a redação inicial do inciso VIII. A redação da norma sobre os dados coletados para fins estatísticos foi modificada para enfatizar a garantia do sigilo das informações prestadas, e os constituintes acrescentaram a vedação à atribuição de um número nacional único ao cidadão (BRASIL, 1987b). Ao final, o inciso X da Constituição guardou mais semelhanças com o estilo de redação sucinta adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos²³ e pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos²⁴. Mas isso não remove a essência do direito à privacidade como foi originalmente pensada na formação do Estado em 1987 e 1988.

Apesar de tudo quanto foi exposto, é notória a aceitação praticamente uníssona da constitucionalização formal do direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Tal circunstância pode ser observada nas declarações proferidas em audiências públicas e registradas pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em parecer. De acordo com o documento, dentre as trinta representações que se manifestaram em audiência, apenas uma “criticou a inclusão da proteção aos dados pessoais como direito de primeira geração no art. 5º, propondo que a matéria seja regulada em lei federal”²⁵ (BRASIL, 2019c).

Com efeito, mesmo que adotemos uma posição mais conservadora do conteúdo constitucional, é indubitável que o acréscimo do direito à proteção dos dados pessoais como autônomo e formalmente positivado trará vantagens à adaptação do universo jurídico brasileiro à realidade global. Dessa forma, existindo

23 “Artigo 12º. Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei” (ONU, 1948).

24 “Artigo 11 (2). Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (OEA, 1969).

25 Christina Aires Correa Lima de Siqueira Dias, advogada especialista da Confederação Nacional da Indústria (CNI), argumentou que a redação e a localização pretendidas para a nova norma constitucional podem causar uma interpretação no sentido de reduzir o âmbito de tutela do direito para quem das atuais demandas de proteção de dados. Além disso, a cristalização da proteção dos dados pessoais na Constituição conforme o texto inicialmente elaborado pode criar obstáculos à adaptação legislativa no futuro (BRASIL, [2019f]).

uma Proposta de Emenda à Constituição, e principalmente uma PEC em avançado estágio de deliberação, esta é preferível em detrimento de quaisquer alternativas de interpretação constitucional que poderíamos propor.

A preocupação que motiva este capítulo reside em uma possível interpretação da constitucionalização formal como principal e infalível solução aos desafios da tutela de direitos em circunstâncias inovadoras. Não se deve olvidar que positividade constitucional não é sinônimo de efetividade normativa ou social, visto que, por vezes, a reforma da Constituição não acompanha “uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional” (NEVES, 1996). Assim, ainda que esteja presente o elemento “jurídico-instrumental”, voltado à realização de um fim estabelecido pela expectativa que principiou a alteração constitucional, há uma predominância do elemento “simbólico”, por sua vez representado na perda de conexão entre o “modelo constitucional” pretendido e a “situação social” corrente (NEVES, 1996).

Essa dissonância entre a norma constitucional e a realidade social, quando verificada no que se considera o “núcleo essencial” da Constituição (como os direitos fundamentais, que são o atual objeto de estudo), pode arriscar a configuração de uma “constitucionalização simbólica” (BARROSO; OSORIO, 2019; NEVES, 1996). O procesimento de reforma constitucional se transforma, portanto, em um “mecanismo construtivo de ilusões”, já que não provoca a modificação das circunstâncias fáticas mantidas pelos “fatores reais de poder” (NEVES, 1996).

Cabe estabelecer que o estudo do presente trabalho não pretende um aprofundamento na teoria da constitucionalização simbólica consagrada por Marcelo Neves. Entretanto, considerando o posicionamento adotado, segundo o qual a alteração do texto constitucional não tem como consequência indubitável a alteração da realidade social – especialmente quando influenciada por fatores de poder que alcançaram o domínio de praticamente todas as minúcias da vida humana –, é necessário que o Poder Constituinte derivado esteja atento ao risco de hipertrofia constitucional desconexa do alcance dos fins almejados. Considerando a natureza crítica do estudo desenvolvido neste tópico, é pertinente o alerta.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Nos documentos que formam o processo de tramitação da PEC nº 17/2019, é frequente a adoção do viés argumentativo segundo o qual a proposta de inserção da proteção dos dados pessoais como direito expresso na Constituição é elogiável em razão da importância deste direito no contexto da sociedade atual (BRASIL, 2019a, 2019b, 2019c). Essa cultura jurídica, de consolidar constitucionalmente (e expressamente) normas consideradas relevantes à nação, tem suas raízes no modelo teórico do constitucionalismo, notadamente em seu desenvolvimento a partir da expansão global dos ideais liberais.

Historicamente, a era da modernidade europeia é representada pela vitória liberal-burguesa contra as condutas descomedidas da nobreza, sustentadas pelo arquétipo político absolutista, e que impediam o desenvolvimento pleno do Terceiro Estado²⁶ (FERNANDES; BORGES, 2010). Juridicamente, essa conquista foi materializada na delimitação dos conceitos de propriedade e de autonomia privada como categorias “intocáveis” pelo Estado, e na necessidade de revolver as negociações em um manto de segurança jurídica (MAGALHÃES, 2010; RADAELLI; WOLKMER, 2020). Sendo assim, a “segurança jurídica” em seus primórdios significava não apenas a “limitação dos poderes do Estado”, mas também a plena liberdade contratual apoiada na “previsibilidade” normativa (MAGALHÃES, 2010).

O alcance da segurança jurídica como principal alicerce das relações jurídicas da modernidade exigiu a instalação de um “Direito superior, posicionado acima das leis”, de onde se origina a ascensão da norma constitucional ao “*status* de repositório axiológico irrevogável e irreduzível de um povo” (CUNHA; JORIO, 2018). Esse é o aporte conceitual que define o “constitucionalismo”, modelo vigente na Europa desde o início da modernidade até o final da Segunda Guerra Mundial (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017). A teoria filosófica que acompanha o crescimento do constitucionalismo é o “positivismo legalista”, cuja característica central é o reforço à obediência estrita do conteúdo expresso na lei (MELLO, 2012).

Nesse contexto, visualizando a Constituição como a “lei das leis”, situada no ápice de um sistema dotado de completude e infalibilidade, a interpretação das

26 “O Terceiro Estado, referido por Sieyès [no livretto ‘Qu'est-ce que le tiers état?’, traduzido para o português sob o título ‘A constituinte burguesa’], era justamente a parcela da população que não fazia parte nem do Clero (Primeiro Estado) nem da Nobreza (Segundo Estado), ou seja, era o povo mesmo, inclusive a burguesia” (MARMELSTEIN, 2019).

normas constitucionais era realizada através da aplicação de técnicas de “hermenêutica jurídica tradicional” (MELLO, 2012; SARMENTO, 2013). Por conseguinte, ao mesmo tempo em que a Constituição é elevada à condição de “Lei Maior do Estado”, ela é reduzida à mesma natureza das leis infraconstitucionais, em detrimento das diferenças entre as regras consubstanciadas em lei e os princípios valorativos de natureza tipicamente constitucional (MELLO, 2012).

Como parte da evolução do modelo constitucionalista, principalmente após a Primeira Guerra Mundial, cresce a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais (MELLO, 2012). Contudo, a dogmática jurídica daquele tempo não conseguia conciliar mecanismos de concretização destas normas, de conteúdo inegavelmente “programático” (MELLO, 2012). O ponto de ebulição deste problema ocorre com o final da Segunda Guerra Mundial, em que restou comprovada a urgência da efetivação dos direitos fundamentais (BARROSO, 2005). Essa mudança de enfoque, da limitação do poder à confirmação de direitos, é um dos aspectos que marcam a transição do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo.

Do ponto de vista histórico, o “neoconstitucionalismo” nasce com a Constituição da Itália, em 1947, a Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha em 1949, e seus respectivos Tribunais Constitucionais (BARROSO, 2005). Sua justificação filosófica reside no chamado “pós-positivismo”, que consubstancia um esforço pela elaboração de uma teoria que represente um denominador comum entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Assim, “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” (BARROSO, 2005).

Sob o prisma da concretização do direito legislado, o neoconstitucionalismo pode ser associado à supremacia constitucional e à ascensão dos princípios como fontes normativas. O reconhecimento da força normativa da Constituição, bem assim seu redirecionamento ao centro do ordenamento jurídico, implicam igualmente na imponência de sua força vinculante como norma de aplicabilidade direta, independentemente de sua natureza programática (MELLO, 2012). Acontece a consagração da “ponderação de princípios” como método de resolução de conflitos, visto que a mera adaptação do caso à lei não é mais suficiente, fazendo-se

necessário um esforço valorativo e interpretativo, o que conseqüentemente aumenta a importância do trabalho do Poder Judiciário (BARROSO, 2005; MELLO, 2012).

O neoconstitucionalismo também é responsável por incentivar a expansão do conteúdo constitucional a todos os ramos do Direito (MELLO, 2012). Com isso, a Constituição não apenas está no centro e no topo do ordenamento, como também possui braços que puxam para si toda a ordem jurídica. O resultado é a criação de um Direito “polissistemático”, que não mais gravita em torno das regras gerais do Direito Civil, mas que o abraça como um de seus sistemas, em posição de igualdade com o Direito Penal, o Tributário, o Trabalhista, e outros (MELLO, 2012). Importante notar que esse fenômeno, chamado “constitucionalização”, é uma via de mão dupla. Ao mesmo tempo em que insere na Constituição normas tipicamente infraconstitucionais, conduz todos os ramos do Direito a se remodelarem de acordo com o conteúdo principiológico constitucional, inclusive com a descrição expressa de “normas-princípio”²⁷ nas codificações (BARROSO, 2005; MELLO, 2012).

Sob o ponto de vista ideológico, o neoconstitucionalismo promove uma “aproximação entre as noções de constitucionalismo e democracia” (BARROSO, 2005), anteriormente inconciliáveis. Isso porque o constitucionalismo, como “Teoria Constitucional”, aflora da necessidade de segurança jurídica através da limitação do poder, ideia diametralmente oposta à “hegemonia de poderes ilimitados” (PASTOR; DALMAU, 2019). Em contrapartida, a “Teoria da Democracia” se fundamenta na busca pela “emancipação”, seguida de uma legitimação do poder pela concordância da maioria, o que representa um risco às elites (PASTOR; DALMAU, 2019).

É possível argumentar que o neoconstitucionalismo falha em seu ideal democrático ao atribuir toda a carga de interpretação normativa e solução de conflitos ao Poder Judiciário, que tem liberdade para suplantar a atuação legislativa “negativa e positiva” (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017; PASTOR; DALMAU, 2019). Existe, todavia, entendimento no sentido oposto, defendendo que “a atividade interpretativa e criativa dos juízes” não pode ser visualizada como ilegítima ou antidemocrática²⁸. Primeiro, porque é justamente esse nível de maleabilidade

27 O reconhecimento da força normativa dos dispositivos de natureza principiológica trouxe para o ordenamento a classificação das normas jurídicas em normas-regra e normas-princípio, reconhecendo em ambos a existência de “razões para juízos concretos de dever-ser” (MELLO, 2012).

28 O embate com relação às fronteiras entre a atuação legislativa e jurisdicional no tocante às normas constitucionais é tema fervoroso na pesquisa em Direito. Nesse sentido, não obstante a atuação do Poder Judiciário perante as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais exceda a moldura do presente trabalho, importa destacar que a “jurisdição

hermenêutica que promove a efetividade dos direitos fundamentais perante as variáveis da realidade. Segundo, porque o fortalecimento do Poder Judiciário, como já pontuado, acompanhou o desenvolvimento da força normativa da Constituição, e atua “conciliando a democracia e o Estado de Direito” (SILVA; HIRSCH, 2019).

A evolução dos modelos constitucionais na Europa evidentemente influenciou a formação dos Estados nacionais na América Latina, inicialmente pela adoção do “colonialismo” como método de dominação, e em seguida pela permanência da “colonialidade” como elemento nuclear na vida povos andinos (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017). Uma das características da colonialidade é a preservação dos laços de subjugação dos povos tradicionalmente discriminados pelas elites conservadoras nacionais, o que pode ser chamado de “colonialismo interno” (MARTINS; TYBUSCH; MORELLO, 2017). Com isso, verifica-se um prolongado movimento de inferiorização econômica, política, social, e epistemológica dos povos dominados, que são obrigados a seguir o padrão eurocêntrico como único modelo “civilizado” (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017).

O neoconstitucionalismo na América Latina surge com a superação de regimes militares de governo, momento em que o anseio pela “redemocratização” influenciou um “mimetismo” dos elementos neoconstitucionais europeus, resultando na reprodução de modelos fundados na colonialidade (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017). A Constituição Brasileira de 1988 é fruto desse esforço de criação de uma Teoria Constitucional, importada da Europa, porém adaptada à história constitucional latino americana (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017; PASTOR; DALMAU, 2019). Experiências como essa possibilitaram, no ápice da transição entre os séculos XX e XXI, a ebulição do “novo constitucionalismo latino americano”, cujos primórdios remontam a uma tentativa de maximizar a participação popular através da “valorização da diversidade nacional” (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017).

Uma mudança importante no novo constitucionalismo latino americano é o reconhecimento do outro como detentor de razão, subjetividade, e poder político. Ainda que tenham se apoiado na noção individualista que coloca o ser humano no

constitucional” despontou por diversas vezes durante os esforços de pesquisa. Seja como integrante do sistema de “freios e contrapesos” nas práticas de “*judicial review*” das Propostas de Emenda à Constituição (LÓPEZ, 2020; SILVA; HIRSCH, 2019); seja como principal construtor do significado da norma constitucional positivada e intermediário entre o texto formal e a realidade fática; ou ainda como autoridade responsável por garantir o respeito à Constituição através do controle de constitucionalidade; o Poder Judiciário não pode ser ignorado para que haja uma compreensão profunda do processo de criação, modificação, e concretização constitucional.

centro do ordenamento – através do princípio constitucional da dignidade –, o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo europeus trouxeram a perspectiva de uma razão única, empreendendo esforços para uniformizar este indivíduo tido como padrão²⁹ (MAGALHÃES, 2010). A consequência disto é a “negação da alteridade”, um mecanismo de dominação política e epistemológica típica da colonialidade (RADAELLI; WOLKMER, 2020). Por outro lado, o novo constitucionalismo latino americano vem com a promessa de reformular o conceito de “soberania popular”, valorizando as existências pluriformes que constituem o Estado (MARTINS; TYBUSCH; MORELLO, 2017).

A Constituição de 1988 pode ser interpretada como o início da metamorfose³⁰ entre o modelo neoconstitucionalista, assentado na imitação dos parâmetros europeus, e o novo constitucionalismo latino americano, mobilizado pela negação aos resquícios da colonialidade, em um movimento conhecido como “giro decolonial” (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017). Ciente das características históricas que marcaram a construção do movimento neoconstitucionalista na América Latina, bem assim os avanços do novo constitucionalismo latino americano, proporcionados pelo giro decolonial, questionamos o que a proposta de constitucionalização da proteção dos dados pessoais evidencia sobre o modelo de Teoria Constitucional aplicado em terras brasileiras.

Primeiro, chama a atenção que os rastros do mimetismo típico da colonialidade seguem de certa forma presentes na prática legiferante. Em todos os momentos de tramitação da PEC nº 17/2019 até o momento existe a eventual menção à GDPR europeia, ainda que não haja necessária compatibilidade quanto à natureza normativa. É adequado que a *General Data Protection Regulation* inspire a Lei Geral de Proteção de Dados, porque ambas objetivam a regulação da proteção de dados

29 Ainda com relação a esse assunto, é interessante observar a consagração do modelo uniformizador na Teoria Geral do Estado, visto que é pacífica a doutrina segundo a qual a nação – representada pelo sentimento de unidade nos mais diversos aspectos da vida humana, a exemplo do idioma – é elemento indispensável à formação do Estado (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017).

30 “A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo dessa tentativa [de abrir caminhos para o novo constitucionalismo latino americano], mas não deve ser considerada como um dos signos do novo constitucionalismo pelas debilidades democráticas de seu processo constituinte e pela falta de vontade transformadora em relação ao constitucionalismo do Estado social” (PASTOR; DALMAU, 2019).

nas relações que envolvem o tratamento de dados de particulares (MALDONADO; BLUM, 2020). Mas, ainda que versem sobre o mesmo tema em concreto, a GDPR em nada se assemelha com a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, que visa a enunciação de um direito fundamental através da criação de uma norma constitucional.

Nada obstante, em alguns documentos do processo de tramitação da PEC é possível observar breves menções à constitucionalização da proteção dos dados pessoais em outros países da América Latina, indicando um sentimento de adequação e pertencimento³¹. Concomitantemente, todavia, notamos que a comparação entre o Brasil e seus vizinhos latino americanos segue uma linguagem autodepreciativa, argumentando acerca de como “o Brasil está na contramão do mundo” (BRASIL, 2019b). Esse discurso pode indicar que o Brasil ainda não se sente integrante do processo “novo-constitucionalista”, representando uma possível tendência de colocar a si mesmo simbolicamente abaixo dos avanços de outra nação, um comportamento culturalmente vinculado à perpetuação da colonialidade.

Com relação à legitimação democrática por iniciativas atreladas ao exercício da soberania popular, é adequado mencionar a incorporação da participação da sociedade no trâmite legislativo pela ferramenta batizada “e-Cidadania” e pela realização de audiências públicas. O Portal e-Cidadania foi implementado na página eletrônica do Senado Federal em 2012, e tem como objetivo “estimular e possibilitar maior participação dos cidadãos nas atividades legislativas, orçamentárias, de fiscalização e de representação do Senado” (BRASIL, [2012]). O usuário cadastrado no portal tem acesso às ferramentas de “envio e apoio de ideias legislativas”, “participação em eventos abertos”, e espaço para registro de “opiniões sobre proposições em tramitação no Senado Federal” (BRASIL, [2012]).

Ainda no tocante ao modelo neoconstitucionalista brasileiro, a proposta de constitucionalização da proteção dos dados pessoais evidencia um reconhecimento da Constituição como orientadora do ordenamento subjacente, demonstrando sua função primordial na positivação de direitos. Nesse sentido, recordamos a existência

31 A carência de familiaridade entre o Brasil e seus vizinhos latino americanos pode ser constatada em leituras que se propõem ao cotejo entre os países. Nesse sentido, colocando em comparação o Brasil e o México, “*They are far removed from one another in popular imagination, and even geographically, and both enjoy a tradition of thinking of themselves as self-standing societies —as almost separated “continents” within a wider Latin American space they are largely unaware of in daily life*” (GIMÉNEZ, 2018).

do recorrente argumento de que o direito à proteção dos dados pessoais é importante demais para não estar na Constituição, ou relevante demais para permanecer vinculado ao direito à privacidade (BRASIL, 2019a, 2019b, 2019c).

Teimamos em combater a superficialidade destes argumentos, vislumbrando que a relevância de um direito fundamental não reside apenas em sua posição formal na “pirâmide normativa”³², mas também e principalmente nos esforços empreendidos para garantir sua efetividade. Nesse enquadramento, já debatemos que a concretização do direito fundamental à proteção dos dados pessoais não está necessariamente conectada ao reconhecimento de um direito “novo”, mas sim à adaptação e renovação dos mecanismos de efetividade aplicados ao direito “antigo” (direito à privacidade).

A constitucionalização efetivada pela inserção de normas infraconstitucionais no texto da Constituição acompanha uma série de vantagens, que passam a caracterizar o novo dispositivo constitucional, e diferenciá-lo dos mandamentos contidos apenas na legislação infraconstitucional. Para além da imediata condição de superioridade em face de todo o ordenamento, a norma constitucionalizada sofre alterações importantes tanto em sua capacidade de resistir às tentativas de deturpação do seu conteúdo literal e valorativo, como na leitura de sua eficácia no contexto da prática jurídica e social.

Com isso em mente, pretendemos neste capítulo estudar a promessa de constitucionalização do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, sob o enfoque de sua posição de vantagem em relação às normas positivadas em nível inferior. Caso seja aprovada, a PEC nº 17/2019 trará mudanças sensíveis no tratamento do direito à proteção dos dados pessoais por todo o sistema jurídico brasileiro, desde a atividade dos três Poderes, até as relações entre particulares, passando pela imagem político-econômica do país perante as demais nações. Por isso, antes que essas mudanças se concretizem com a aprovação final da proposta de emenda, reputamos essencial trazer um estudo panorâmico de alguns elementos determinantes, com base em leituras basilares no ramo do Direito Constitucional.

Nossos objetivos incluem descrever os limites impostos pela rigidez constitucional à modificação do texto que se pretende positivar, e também avaliar a

32 Termo usualmente utilizado para referenciar a teoria kelseniana de organização escalonada do ordenamento jurídico positivo.

existência de uma relação intrínseca entre a limitação e positividade, questionando sobre a possibilidade de a rigidez ultrapassar as barreiras legalistas do direito positivado. Pretendemos, ainda, estudar as definições doutrinárias acerca das questões de aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, averiguando se a gramaticalidade da norma proposta possui influência em sua potencial efetivação.

Não planejamos, todavia, criar somente um resumo de conceitos doutrinários, mas também aplicá-los ao conteúdo que a PEC nº 17/2019 visa trazer ao ordenamento, observando detalhadamente a sobreposição entre teoria e realidade. Sendo assim, em um primeiro momento estudaremos a concepção de cláusulas pétreas como limite material atinente às Constituições rígidas³³. Em sequência, pesquisaremos sobre os significados de eficácia e aplicabilidade da norma constitucional. Em ambos os tópicos, o método de pesquisa de maior significância será a leitura bibliográfica, em paralelo com a análise documental.

3.1 LIMITAÇÃO MATERIAL AO PODER DE REFORMA

Iniciamos o presente trabalho afirmando que o reconhecimento da força normativa da Constituição influenciou o surgimento de Constituições rígidas. Mas o estudo da rigidez constitucional pode ser conduzido também à luz da dicotomia entre constitucionalismo e democracia. Este, como ideal emancipatório fundado na legitimação do poder através da soberania popular, respeitando as modulações da vontade social como força dinâmica e de contornos variáveis no tempo e no espaço (MAGALHÃES, 2010; PASTOR; DALMAU, 2019). Aquele, como modelo de estabilidade normativa voltado à limitação do poder. No campo do neoconstitucionalismo, entende-se que a Constituição não pode mais ser documento estático perdido em sua supremacia e solenidade, mas precisa adequar-se à natureza do ser humano, “transformador e em permanente transformação” (ROCHA, 1993).

O “equilíbrio entre segurança e risco” que se materializa no modelo do constitucionalismo democrático requer um constante esforço do Direito Constitucional no intuito de manter “o movimento mais harmonioso e coerente entre

³³ Desde logo, cabe pontuar que alguns autores compreendem que a positividade de cláusulas pétreas transforma a Constituição rígida em “super-rígida” (CUNHA JR., 2016). Contrariamente, o ponto de vista adotado por este trabalho ratifica que “toda constituição rígida é em parte, por definição, também uma constituição fixa”, caso contrário seriam dissipadas as fronteiras que separam o Poder Constituinte originário e o derivado (SAMPAIO, 1994).

o impulso social e a manutenção da estabilidade nas relações humanas” (MAGALHÃES, 2010; ROCHA, 1993). Essa harmonia é alcançada pela determinação, típica das Constituições rígidas, de procedimentos especiais para a alteração posterior do conteúdo constitucional. De um lado, previne-se a reunião de um poder constituinte originário, disfarçado de poder reformador e descompassado com as “regras do jogo democrático” (BARROSO; OSORIO, 2019; ROCHA, 1993). De outro, é oportunizada a adaptação constitucional à mudança dos tempos, pela atuação do “poder constituinte derivado de reforma” (ROCHA, 1993).

O poder para implementar transformações no texto da Constituição advém de mecanismos de legitimação, elaborados pelo poder constituinte originário mirando, simultaneamente, o passado e o futuro da nação, a fim de garantir vida longa ao “sistema constitucional” (ROCHA, 1993). Dentre esses mecanismos de legitimação há a restrição do rol de agentes a quem é autorizada a iniciativa da proposta de reforma; o processo legislativo mais trabalhoso em relação aos demais; e as limitações quanto a aspectos essenciais da proposta de emenda (BARROSO; OSORIO, 2019). O poder constituinte derivado é legítimo na mesma medida de sua reverência às limitações impostas pela própria Constituição.

As limitações materiais ao poder de reforma dizem respeito a “conteúdos essencialmente constitucionais”, que não podem ser alterados substancialmente sem que haja ruptura com o sistema de Direito vigente (ROCHA, 1993). Dessa forma, nem mesmo um “procedimento legislativo qualificado” é suficiente para provocar sua transformação (BRANDÃO, 2007). São as chamadas “cláusulas pétreas”, que no Brasil foram inseridas no artigo 60, §4º, da Constituição de 1988.

Por excelência, as cláusulas pétreas servem para abrigar o “núcleo essencial” da Constituição, guardando-o contra iniciativas – ordinárias ou qualificadas – de alteração (BARROSO; OSORIO, 2019). Mas as cláusulas pétreas também podem atender a outras funções, a exemplo de firmar o interesse de ruptura definitiva com o sistema constitucional anterior, ou de organizar a distribuição do poder entre os atores estatais (BARROSO; OSORIO, 2019). Podem, ainda, ser utilizadas no intuito de garantir a perpetuação do processo democrático, sendo compreendidas neste sentido como uma “reserva de justiça” (NERY, 2015).

Apesar do aumento da quantidade de Estados Democráticos de Direito que preveem cláusulas de intangibilidade em suas Constituições (BARROSO; OSORIO, 2019), a cogitação de uma parcela imutável da Constituição não coaduna tão

facilmente com os padrões impostos pela Teoria da Democracia. Nessa senda, podemos mencionar que as cláusulas pétreas, ao criarem restrições à edição constitucional no futuro, “limitam o espaço de autogoverno das novas gerações” (BARROSO; OSORIO, 2019). Esta crítica, todavia, pode ser contornada pela priorização de cláusulas pétreas de natureza principiológica, em virtude de seu grau de indeterminação (BARROSO; OSORIO, 2019).

Outra adaptação democrática às cláusulas de eternidade é a sua “abertura semântica”, tolerando a interpretação do teor das cláusulas e de seu impacto na atividade de reforma nos casos concretos (NERY, 2015; SAMPAIO, 1994). Significa dizer que a existência de cláusulas pétreas não implica na imutabilidade absoluta da norma constitucional, de modo que até essas amarras estão sujeitas às modulações interpretativas da realidade social, não estando vinculadas a um conceito único advindo da literalidade (NERY, 2015).

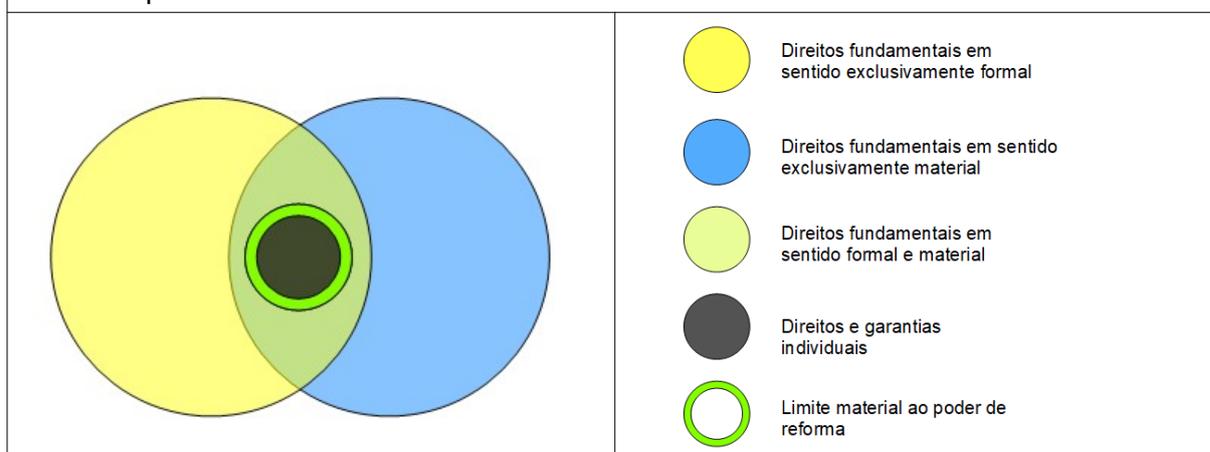
Reunir conhecimentos acerca das cláusulas pétreas é primordial ao estudo da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, visto que uma de suas reformas constitucionais consiste na enunciação expressa de um direito fundamental. Existe correlação entre os objetos de pesquisa, visto que o inciso IV do artigo 60, §4º, encobre com o manto da imutabilidade os “direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988). Portanto, a aprovação da PEC nº 17/2019 implicará na vedação de qualquer iniciativa legiferante posterior que seja “tendente a abolir” o direito à proteção dos dados pessoais (BRASIL, 1988). Vale questionar, contudo, se a petrificação dos direitos e garantias individuais, conforme mencionado no dispositivo normativo, depende da positivação expressa de tais direitos no texto constitucional. Em outras palavras, caso a PEC nº 17/2019 não seja aprovada, o direito à proteção dos dados pessoais ainda disporá da máxima proteção constitucional?

Para assimilar os diferentes posicionamentos sobre o tema, será preciso retornar ao conceito de direito fundamental em sentido material. A Constituição de 1988 – seguindo o modelo pioneiro dos Estados Unidos – incluiu em seu texto uma cláusula de abertura material, reconhecendo de maneira explícita a possibilidade de existirem direitos fundamentais não inclusos expressamente em seus artigos. Com base nisso, é possível compreender que existem direitos cujo “conteúdo e importância” possuem tamanha correlação com o princípio-base da dignidade humana, que são revestidos de “fundamentalidade material”, sendo congruentes

com o conceito de direitos fundamentais ainda que não estejam expressamente reconhecidos como tal (SARLET, 2015).

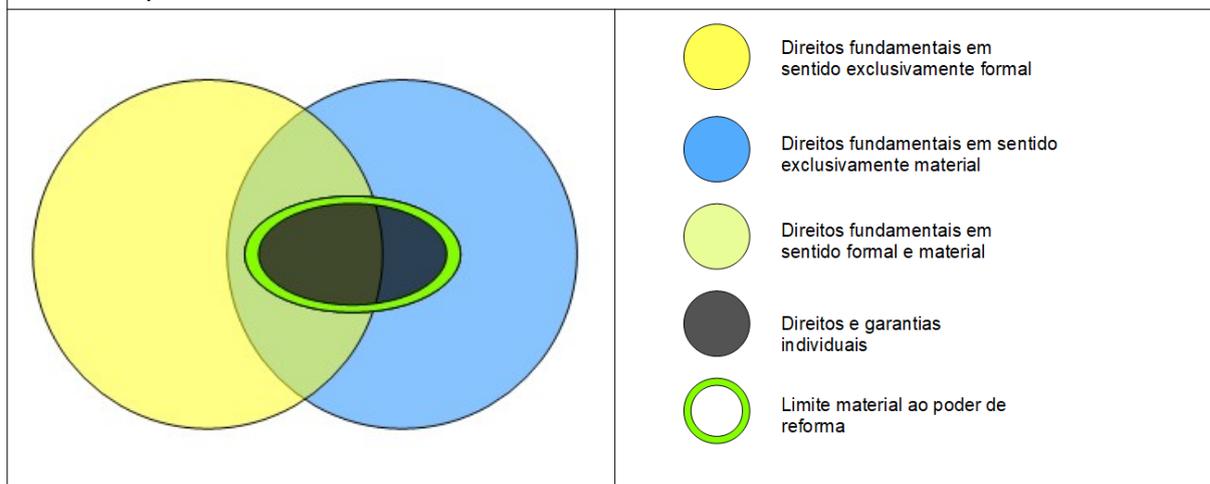
Acerca do regime jurídico dos direitos materialmente fundamentais, tema que abrange também sua aceção como cláusulas pétreas constitucionais, não há consenso doutrinário (SARLET, 2015). Um posicionamento mais radical, prezando pela interpretação gramatical do texto normativo, defende que a imutabilidade constitucional abrange somente os direitos e garantias individuais propriamente ditos. Esse entendimento atribui intangibilidade apenas aos direitos expressamente positivados no artigo 5º da Constituição Federal, sob o fundamento de que é “inconcebível[,] relativamente a normas de ordem pública”, que o constituinte tenha dito menos com a intenção de dizer mais (MAGANO, 1996). Nesse sentido, nem mesmo os direitos fundamentais sociais estariam no rol de limitações materiais ao poder de reforma, menos ainda direitos fundamentais não descritos explicitamente.

Figura 1 – Somente os direitos e garantias individuais em sentido literal e formal são cláusulas pétreas.



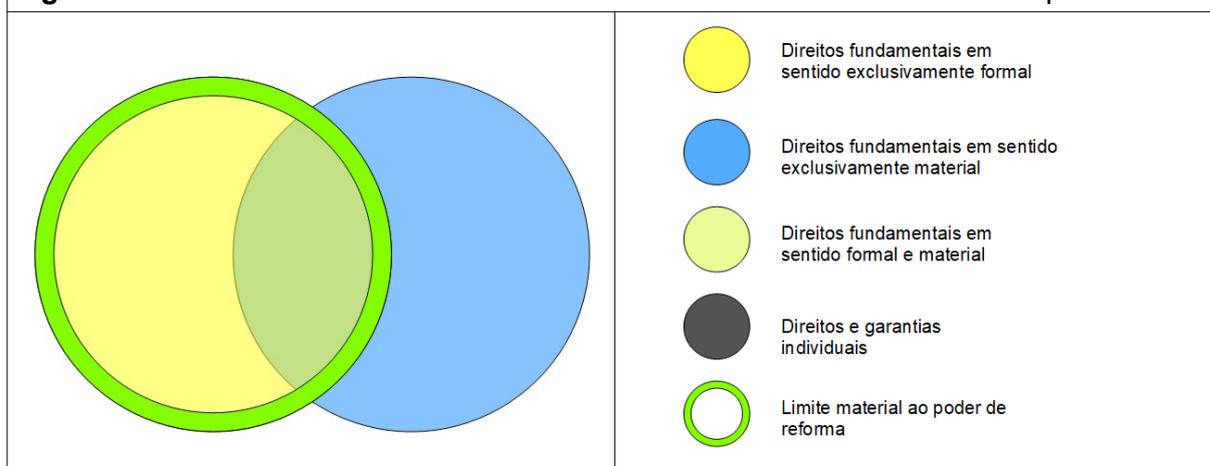
Ampliando lentamente o espectro, é possível vislumbrar como cláusulas pétreas todos os direitos e garantias individuais, formal ou materialmente considerados. Trata-se de visão que não encontra alento na teoria que enxerga os direitos fundamentais como um “sistema” marcado pela “unicidade e indivisibilidade” (CUNHA JR., 2016). Limitar a intangibilidade aos direitos e garantias individuais seria ignorar que os direitos fundamentais existem em um conjunto indivisível, de modo que “o exercício pleno de um deles somente é possível por meio da garantia e efetividade dos demais” (CUNHA JR., 2016).

Figura 2 – Somente os direitos e garantias individuais (em sentido formal ou material) são cláusulas pétreas.



É possível cogitarmos, também, a ideia de que as cláusulas pétreas abraçam todas as categorias de direitos fundamentais quanto ao conteúdo, mas apenas aquelas inseridas expressamente na Constituição. Essa leitura pode encontrar arrimo na necessidade de cautela ao interpretar as cláusulas de eternidade, em vista principalmente do seu “potencial antidemocrático” (BARROSO; OSORIO, 2019). Nesse contexto, uma abertura muito ampla do significado normativo poderia engessar irremediavelmente o texto constitucional. Inobstante, reiteramos que é justamente a abertura semântica das cláusulas pétreas que permite uma certa flexibilidade em sua interpretação conforme a realidade social, favorecendo a democracia (NERY, 2015).

Figura 3 – Somente os direitos fundamentais em sentido formal são cláusulas pétreas.

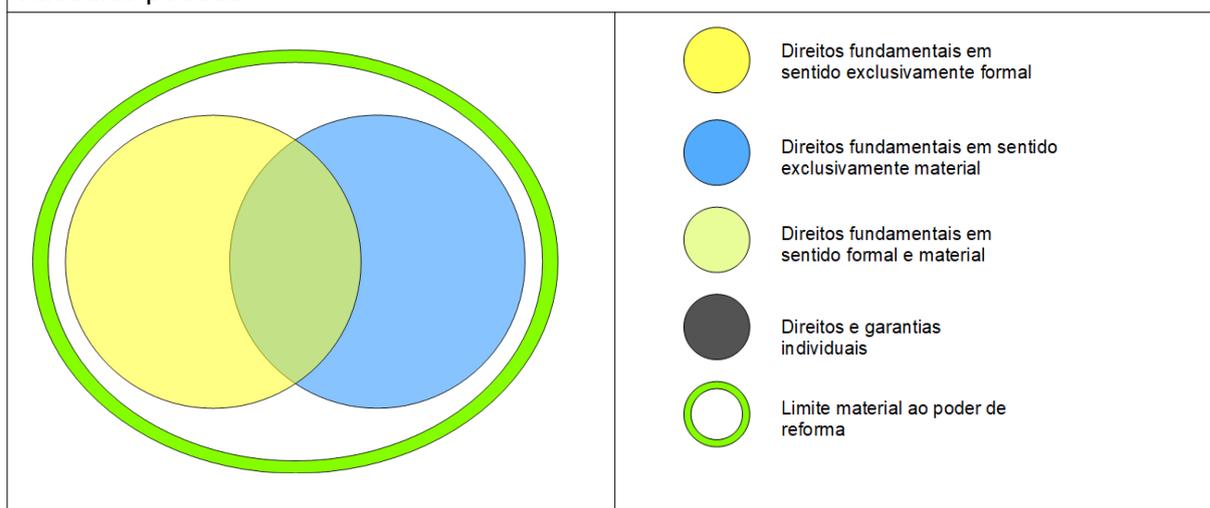


Dilatando exponencialmente o sentido da norma, encontramos o entendimento segundo o qual todo o sistema de direitos fundamentais, todas as normas dotadas

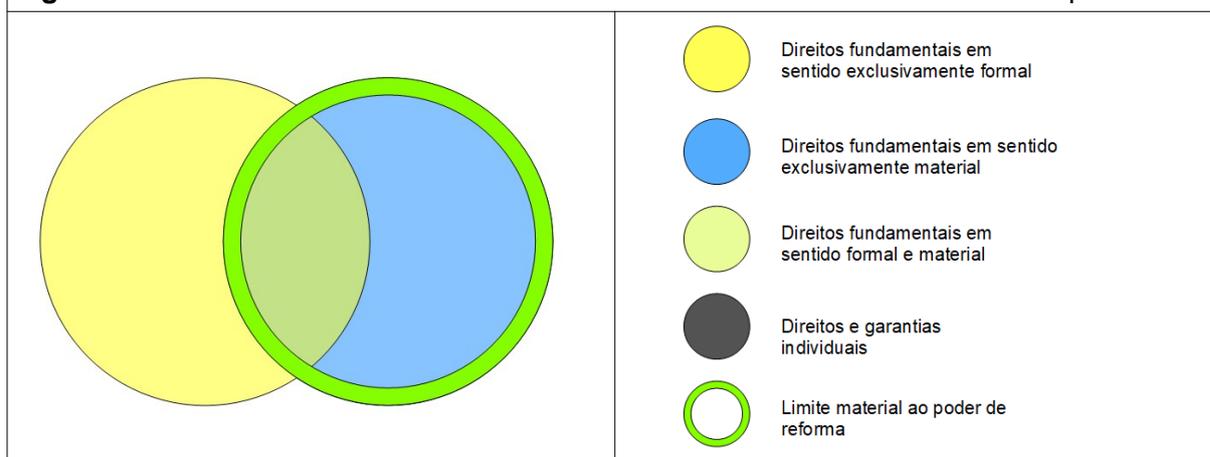
de algum grau de fundamentalidade, podem ser abrigadas pela imutabilidade. Há, nessa hipótese, uma inversão dos parâmetros de importância. Não é a iniciativa de positividade formal que concede aos direitos fundamentais a magnitude que os transforma em cláusulas pétreas. Mas é a fundamentalidade material, traduzida como conteúdo e importância, que transforma um direito em fundamental, que justifica a petrificação.

O fato de os direitos fundamentais constituírem “cláusulas pétreas”, revela que a fundamentalidade formal, neste contexto, assume uma dimensão simultaneamente material. Com efeito, o aspecto formal diz com a proteção do texto constitucional (onde se encontram positivadas os direitos) contra uma supressão pelo poder reformador. A proteção contudo, é outorgada em virtude da fundamentalidade material dos bens e valores protegidos (SARLET, 2015).

Figura 4 – Todos os direitos componentes do sistema de direitos fundamentais são cláusulas pétreas.



Por fim, há o entendimento que pode ser considerado o extremo oposto da visão radical e literalmente formal dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas. Recusando uma ampliação excessiva do sentido da norma, é possível defender que somente os direitos materialmente fundamentais são tocados pela imutabilidade (BRANDÃO, 2007). Segundo este pensamento, independentemente das formalidades pertinentes à positividade constitucional dos direitos fundamentais, somente aqueles caracterizados por sua “especial dignidade normativa” seriam intangíveis pelo poder de reforma (BRANDÃO, 2007).

Figura 5 – Somente os direitos fundamentais em sentido material são cláusulas pétreas.

Importa notar que esse raciocínio pressupõe a existência de direitos fundamentais exclusivamente em sentido formal, ou seja, direitos que foram inseridos no texto constitucional sob o abrigo do regime jurídico de direitos fundamentais, mas que em realidade não correspondem à concretização da dignidade humana (CUNHA JR., 2016). Trata-se, todavia, de entendimento não uniformizado na doutrina. Quanto a este ponto, sem firmar posicionamento definitivo, mas somente a fim de facilitar a didática da visualização, optamos por manter os direitos fundamentais em sentido formal e material em representações gráficas de conjuntos próprios, com área de intersecção, ao invés de circunscrever os direitos fundamentais formais como um subconjunto contido nos direitos fundamentais materiais.

No Brasil, a defesa jurídica de direitos materialmente fundamentais não positivados expressamente não é matéria simplória. Especificamente quanto à proteção dos dados pessoais, destacam-se iniciativas de alteração constitucional e infraconstitucional com potencial de reverberar negativamente no resguardo dos cidadãos. À guisa de exemplo, mencionando brevemente as movimentações institucionais potencialmente antidemocráticas adotadas no combate à propagação da Covid-19, podemos evidenciar a lei nº 13.979/2020, cuja redação determinava que “o compartilhamento de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção” seria mandatório (BRASIL, 2020b; REQUIÃO, 2020).

Verificadas essas questões, concluímos que o reconhecimento de um direito fundamental em sentido material como cláusula pétreia dependerá, a cada caso, da interpretação doutrinária adotada. Com relação ao direito à proteção dos dados pessoais, sua aceção como direito fundamental encontra amplo respaldo

acadêmico, quer como expansão do direito à privacidade, quer como direito autônomo. Todavia, conforme exposto, ainda verificamos atividades legiferantes que ameaçam comprometer a autodeterminação informativa e o tratamento adequado dos dados pessoais dos cidadãos.

3.2 EFICÁCIA E APLICABILIDADE

Compreender as normas jurídicas como “discurso normativo” – ou seja, como mensagens que prescrevem ações e estabelecem relações entre orador e ouvinte, fazendo com que aquele procure endereçar as reações deste – impõe a investigação acerca da “validade” e da “eficácia” normativas (FERRAZ JR., 2016)³⁴. A primeira como complexo de atributos formais (relativos ao processo legislativo adequado) e materiais (conteúdo normativo compatível com a “relação de supra-infra ordenação normativa”) que conferem imperatividade à norma no ordenamento jurídico (LEITE, 2020). A segunda como “a relação entre a ocorrência (concreta) dos fatos estabelecidos pela norma superior, que condicionam a produção do efeito, e a possibilidade de produzi-lo” (FERRAZ JR., 2016).

O atributo da eficácia pode ser subdividido em eficácia jurídica e eficácia social. A eficácia jurídica está presente em todas as normas válidas, porque diz respeito à possibilidade de produção do efeito jurídico prescrito, através da atuação das autoridades estatais (LEITE, 2020). Já a eficácia social “consiste na espontaneidade dos indivíduos em agir conforme o disposto na norma” (LEITE, 2020). Quanto ao estudo das normas jurídicas constitucionais, dada sua diversidade e complexidade axiológica, é possível traçar diferentes classificações, de acordo com o grau de eficácia jurídica. O ponto de partida para essa classificação é a consciência de que determinadas normas constitucionais precisam ser complementadas ou regulamentadas por outras normas, para verem garantida sua aplicabilidade (LEITE, 2020). Essa complementação entre normas com o intuito de assegurar a aplicabilidade é técnica jurídica denominada “integração normativa” (LEITE, 2020).

A teoria de classificação das normas constitucionais quanto à eficácia jurídica de maior disseminação em solo brasileiro é de autoria de José Afonso da Silva. Seus

34 Trazemos algumas noções superficiais sobre a teoria da norma jurídica de Tércio Sampaio Ferraz Júnior – muito embora os aprofundamentos acerca da pragmática da comunicação normativa não façam parte da delimitação do tema deste trabalho – apenas como uma introdução acerca da relevância do estudo da eficácia como propriedade da norma jurídica.

ensinamentos partem da relação bastante íntima existente entre os conceitos de eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2015), e separa as normas constitucionais em três categorias: “i) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; ii) normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata; iii) normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata” (LEITE, 2020; SARLET, 2015).

O destaque oferecido pela “Constituição Cidadã”³⁵ aos direitos e garantias fundamentais, inclusive com a determinação expressa de sua “aplicação imediata”³⁶, faz emergir a relevância de uma análise da eficácia jurídica com enfoque nas “normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais” (BRASIL, 1988; SARLET, 2015). Sendo assim, aos estudiosos da teoria dos direitos fundamentais não basta apenas averiguar elementos atinentes à mensagem transmitida pela norma, mas concatenar esses atributos linguísticos com características próprias aos direitos fundamentais, inclusive sua aplicação imediata por expressa determinação constitucional.

Consciente da existência de “cargas eficaciais” variáveis entre as normas definidoras de direitos fundamentais, a doutrina questiona qual o verdadeiro “sentido e alcance” do artigo 5º, §1º, da Constituição (SARLET, 2015). Se igualar a eficácia dos direitos fundamentais às demais normas constitucionais aniquila por completo o dispositivo supracitado, igualmente conferir o mesmo grau de eficácia a todos os direitos fundamentais significaria forçar uma situação irrealizável na prática (SARLET, 2015). Então, a interpretação mais adequada consiste em vislumbrar o artigo 5º, §1º, como uma norma de natureza eminentemente principiológica (SARLET, 2015).

Assim, ainda que a mera declaração normativa não possa contrariar a “natureza das coisas”, sua positivação expressa tem a função de fortalecer e incentivar o empenho pela concretização dos direitos (SARLET, 2015). Em outras palavras, ainda que simplesmente dizer que “as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata” não seja suficiente para conferir aplicação imediata aos dispositivos que inevitavelmente demandam integração normativa, positivar esse discurso na Constituição atende ao objetivo muito mais

35 A denominação foi concedida por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Constituinte, em discurso veiculado em defesa da Constituição em desenvolvimento, considerado um dos momentos marcantes do processo constituinte (BRASIL, [2013b]).

36 “Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

amplo e metafísico de “evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015).

As normas definidoras de direitos fundamentais, diversificadas como são nos sistemas jurídicos construídos sob o fundamento da dignidade humana, dificilmente poderiam ser acomodadas em apenas um grau de eficácia jurídica, independente dos métodos e categorias com as quais se trabalhe. Pensando nisso, é possível distribuir diferentes cargas eficaciais às normas constitucionais, tendo como parâmetros as “técnicas de positivação”, entendidas como a escolha legislativa de redação do dispositivo com maior ou menor grau de “densidade normativa”, e as “funções exercidas pelos direitos fundamentais”, diferenciando entre “direitos de defesa” ou “direitos a prestações” (SARLET, 2015).

Delimitando de maneira mais precisa nosso enquadramento temático, passamos a pesquisar as técnicas de positivação aplicadas ao longo do trâmite da PEC nº 17/2019 até o momento. A proposição inicial assinada pelo Senado Federal propõe a inclusão de um inciso XII-A ao artigo 5º da Constituição, e foi redigida determinando que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 2019a). De acordo com as categorias de José Afonso da Silva, o uso da expressão “nos termos da lei” tem o potencial de condicionar o pleno exercício do direito positivado à regulamentação por legislação integradora (LEITE, 2020). Com base nisso, a eventual ausência de uma lei responsável por esmiuçar o conceito de dados pessoais, o perímetro de sua proteção, e os meios para alcançá-la, poderia justificar uma redução de eficácia.

A aprovação da proposta pela CCJ do Senado implicou nova redação do dispositivo, que passou a constar na parte final do artigo 5º, inciso XII³⁷, ao invés de ostentar inciso próprio (BRASIL, 2019b). A promulgação da emenda constitucional nesses moldes também poderia ser utilizada como argumento à supressão de sua aplicabilidade. Dessa vez, não pela questão da necessidade de integração normativa, mas pela vinculação do direito fundamental às hipóteses que guardassem pertinência temática com a parte anterior do inciso. Essa hipótese arriscaria, inclusive, a “justiciabilidade” do direito à proteção dos dados pessoais, aqui entendida como a “exigibilidade do direito em Juízo” (SARLET, 2015). Isso

³⁷ “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 para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 2019b).

porque o direito à inviolabilidade do sigilo das correspondências e comunicações pode ser interpretado de maneira deveras restritiva, como “liberdade de troca privativa de informações” (FERRAZ JR., 1993).

A redação que prevalece atualmente foi elaborada pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, e se diferencia das demais por alocar o novo inciso ao final no catálogo constante no artigo 5º, excluindo qualquer possibilidade de vinculação ao direito fundamental à inviolabilidade do sigilo das correspondências e comunicações. O argumento para a nova redação tem base na autonomia do direito à proteção dos dados pessoais em face dos demais direitos já formalmente positivados (BRASIL, 2019c).

Permaneceu, em todas as versões redigidas até hoje, a expressão “nos termos da lei”, o que poderia gerar certa ambiguidade com relação à classificação da futura norma quanto à sua eficácia, se plena ou contida³⁸. Ainda assim, seguindo a classificação doutrinária proposta por José Afonso da Silva, e visualizando a aplicabilidade conforme o artigo 5º, §1º, há que se concluir pela não interferência do uso da referida expressão no entendimento de que a aplicabilidade do direito à proteção dos dados pessoais será inquestionavelmente imediata, ainda que aberta a integração normativa infraconstitucional.

Partindo para o estudo da classificação do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, adequando-a à concepção de direitos de defesa ou direitos a prestações, precisamos analisar o conceito deste direito, seu âmbito de proteção, e as características que o diferenciam como um direito autônomo. À guisa de introdução, precisamos compreender que a urgência pela proteção dos dados pessoais parte da reunião de fenômenos que compõem a era da “pós-modernidade”, notadamente o “individualismo exacerbado” e a mercantilização da “cultura de massas” como paradigmas sociais, e o “mercado em rede” como paradigma econômico (TRINDADE, 2015). No tocante ao uso das mídias sociais como expressão da computação ubíqua, “inaugura-se uma época onde as informações se tornam imediatas, intensificadas e enérgicas”, em que “tudo é dotado de finitude em brevidades” (TRINDADE, 2015).

O Eu imbrica-se em uma trama de re-colocamento da esfera íntima, depois de devidamente reinventada e legitimada pelo olhar dos outros. O “outro” ganha papel de destaque, pois sem ele a condição

38 “Saliente-se que, ao utilizar expressões como ‘quando a lei estabelecer’ ou ‘nos termos da lei’, a própria Constituição já define hipóteses de necessária integração normativa” (LEITE, 2020).

de espectadores ativos, 24 horas, não se efetivaria. Os usuários são forçados ao consenso da partilha de experiências cotidianas, sob pena de se tornarem desinteressantes. Mesmo que o ambiente permita que a mensagem seja escrita *in box* as pessoas não se conformam, querem mesmo é publicitar (TRINDADE, 2015, grifos no original).

Diante desse contexto, o direito à privacidade deixa de estar limitado à sua concepção clássica relacionada ao “direito de estar só”, ao mesmo tempo em que deixa de ter como principal destinatário o Estado, visto que sua violação atualmente está majoritariamente relacionada às “práticas de mercado” (HENRIQUE, 2016). Torna-se necessário, portanto, uma regulamentação estatal suficientemente forte para combater a supressão do direito à privacidade como prática mercantil associada não a um modelo econômico isolado, mas sim a uma era que impõe determinantes a todos os aspectos da vida humana.

A consolidação desse capitalismo de vigilância dependeu em grande parte da evolução nas chamadas tecnologias da informação, oportunizando não só a coleta e o tratamento de dados em volume e velocidade incomensuráveis, mas também o retorno dessas operações ao consumidor, na forma de “serviços personalizados” elaborados a partir do perfilamento dos usuários (HENRIQUE, 2016). Em termos técnicos, os dados, como fragmentos menores de aparente insignificância ao usuário comum, são transformados por operações tecnológicas em informações, que por sua vez são exploradas para a criação de elementos visando “influenciar” e, ao extremo, “manipular” o indivíduo (FRAZÃO; SANTOS, 2020; HENRIQUE, 2016).

Considerando a consolidação da violação ao direito à privacidade como estratégia de mercado preponderante, bem como a computação ubíqua que insere maquinários especializados em tecnologia da informação em todos os cantos da vida individual e social, a manifestação digital do ser humano passou a ser observada sob o prisma da proteção à personalidade (PASSOS, 2017). Com isso, os dados pessoais se transformam em bens jurídicos passíveis de tutela, e mais, bens jurídicos componentes da personalidade humana, cuja proteção consubstancia a concretização da dignidade humana (PASSOS, 2017). Surgem, então, as teorias que defendem a existência da proteção dos dados pessoais como direito autônomo, que não se restringe à esfera negativa do direito à privacidade, mas que alcança também a autodeterminação informativa.

Diante desses delineamentos, identificamos o direito à proteção dos dados pessoais como um direito de defesa, porque seu enfoque central reside na conduta

absenteísta, no sentido de exigir que o Estado e os particulares deixem de coletar, tratar e armazenar indevidamente o bem jurídico protegido (SARLET, 2015). Os questionamentos sobre sua eficácia, portanto, são aparentemente dirimidos de plano, porque os direitos de defesa por essência transcrevem normas cuja aplicabilidade independe de qualquer movimentação legislativa posterior (SARLET, 2015). Entretanto, ao adotar essa definição isoladamente, ignoramos a possibilidade de uma esfera positiva do direito à proteção dos dados pessoais, ocasionando uma tutela ineficiente.

A visualização da natureza do direito à proteção dos dados pessoais perpassa também uma compreensão das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Diante da já mencionada característica da historicidade³⁹, “é natural que o conteúdo ético dos direitos fundamentais também se modifique ao longo do tempo” (MARMELSTEIN, 2019). Com base nisso, é comum o estudo dos direitos fundamentais a partir de sua classificação “histórico-evolutiva” em gerações de direitos, concebida inicialmente por Karel Vasak (MARMELSTEIN, 2019).

De acordo com Vasak, os primeiros direitos fundamentais a serem constitucionalizados foram os “direitos de liberdade”, que traziam uma demanda predominantemente negativa do Estado com base na proteção de aspectos individuais do cidadão, acerca dos quais poderia decidir sem a intervenção do poder público (CUNHA JR., 2016; MARMELSTEIN, 2019). Não tardou a transparecer que a completa omissão estatal fortalecia as disparidades socioeconômicas entre as classes sociais, visto que importante parcela dos cidadãos não dispunha dos meios para usufruir de maneira plena as benesses de sua liberdade (CUNHA JR., 2016; MARMELSTEIN, 2019).

Emergem então os “direitos de igualdade”, que exigem do Estado a adoção de medidas capazes de “alavancar” os seres humanos a “um nível razoável de dignidade” compatível com a noção de “igualdade material” (MARMELSTEIN, 2019). As categorias criadas por Vasak – mas não a evolução histórica dos direitos fundamentais – terminam com o surgimento dos “direitos de fraternidade ou solidariedade”, fundados no interesse pela “construção de um padrão ético global”, que proporcionasse o desenvolvimento sadio de toda a humanidade em seus mais variados aspectos (MARMELSTEIN, 2019).

39 Os direitos fundamentais se desenvolvem como resposta à evolução das sociedades, estando em uma eterna dinâmica que lhes confere “inesgotabilidade” material (SANTOS, 2015).

Sem ignorar que a teoria criada por Karel Vasak proporciona um entendimento didático e coerente com a historicidade dos direitos fundamentais, existe contundente crítica à divisão destes direitos em gerações ou dimensões, porque tende a obscurecer outras importantes características decorrentes da fundamentalidade (CUNHA JR., 2016; MARMELSTEIN, 2019). Por isso, acreditamos que a compreensão dos direitos fundamentais como integrantes de um sistema interdependente exige um movimento inverso àquele proposto na teoria das gerações ou dimensões. É dizer, ao invés de tentar encaixar cada direito fundamental em categorias de liberdade, igualdade, e solidariedade, faz-se necessário um estudo multidimensional, enxergando dentro de cada direito fundamental a existência de “múltiplas dimensões” (MARMELSTEIN, 2019).

No tocante ao direito fundamental à proteção dos dados pessoais, a compreensão de sua multidimensionalidade é essencial à sua aplicabilidade integral. Seu núcleo vital recorre à dimensão dos direitos de liberdade, fundada na omissão do Estado, que evita coletar, tratar e manter indevidamente ou desnecessariamente dados pessoais dos cidadãos, bem como garantir meios para que as pessoas exijam essa conduta negativa dos entes públicos e privados.

Mas também envolve uma dimensão de igualdade, carecendo da intervenção estatal para alavancar os cidadãos a uma posição de controle dos seus dados pessoais, na chamada autodeterminação informativa. Abrange, ainda, a solidariedade, especialmente em virtude da quebra de barreiras espaciais alcançada pela democratização do acesso à *internet*, exigindo uma atuação harmoniosa entre as nações no sentido de regular o trânsito internacional de dados, esfera de aparência ainda franzina. Além de todas essas, ainda é possível conceber a proteção dos dados pessoais como direito de uma geração ou dimensão inteiramente nova, relacionada à “tecnologia da informação” (MARMELSTEIN, 2019).

A conglomeração destes entendimentos nos direciona no caminho para a compreensão da aplicabilidade do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, como direito fundamental material ou formalmente positivado. Nossa conclusão é que, não obstante a natureza do referido direito esteja intimamente vinculada à exigência de uma conduta de abstenção, acreditar que existe a aplicabilidade imediata independente da existência de normas integradoras significaria uma desvalorização de outra parte igualmente importante. Assim, para

assegurar a tutela plena do direito à proteção dos dados pessoais, é indispensável que o sistema jurídico considere tanto a dimensão negativa, relacionada à preservação da privacidade contra investidas externas, quanto a dimensão positiva, relacionada ao desenvolvimento dos meios essenciais à concessão de autodeterminação informativa aos cidadãos.

4 A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E A REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

A constitucionalização da proteção dos dados pessoais, na forma projetada pela Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, envolve não apenas o reconhecimento formal do direito fundamental à proteção dos dados pessoais como direito autônomo, mas também a transformação do arranjo de competências constitucionais relacionadas à matéria. Por isso, o estudo da PEC supracitada requer deste trabalho a estruturação de noções basilares acerca da repartição de competências constitucionais, começando pela sua relação nuclear com a construção do pacto federativo no Brasil.

A Constituição de 1988 determina que o Brasil é um Estado Federal composto por União, Estados federados, Distrito Federal, e Municípios, todos igualmente reconhecidos como “organizações políticas” dotadas de “autonomia”, enquanto simultaneamente unidos por um vínculo “incindível, indissolúvel e permanente” (CUNHA JR., 2016). Significa que o Brasil é regido pelo princípio do federalismo como opção ideológica de formação estatal, fundamentada na escolha pelo “compartilhamento do poder do Estado” entre diferentes “governos politicamente autônomos” (CUNHA JR., 2016). Esse poder do Estado, quando traduzido em “campos de atuação governamental” distribuídos entre os integrantes da Federação, é denominado competência (SILVA, 2018).

Dentre as características do Estado Federal, considerando as discussões já traçadas no presente trabalho, merece destaque a exigência de uma Constituição escrita e rígida, que contenha a proteção do pacto federativo por cláusula de imutabilidade (CUNHA JR., 2016). Trata-se de elemento interessante, quando consideramos que não são todos os países que atualmente adotam cláusulas pétreas em seu conteúdo constitucional (BARROSO; OSORIO, 2019). É dizer, não basta que o Poder Constituinte originário, dotado de ampla capacidade deliberativa resultante do exercício da soberania popular, decida conferir intangibilidade ao princípio federativo. A própria existência do Estado Federal depende e obriga a formulação de cláusulas pétreas em uma Constituição rígida e escrita.

A doutrina propõe classificações dos diferentes modelos de federalismo observados no mundo contemporâneo, separando categorias sob parâmetros que vão desde a formação do pacto federativo, até os métodos de equacionamento das

desigualdades, passando pelos graus de concentração do poder estatal e pelas técnicas de repartição de competências (CUNHA JR., 2016). Para a análise da repartição de competências em matéria de proteção dos dados pessoais segundo a PEC nº 17/2019, importa registrarmos que a Constituição de 1988 busca efetivar no Brasil um modelo de federalismo “cooperativo”, priorizando a atuação conjunta dos entes federados, e “de equilíbrio”, em oposição a uma histórica configuração “centrípeta” que colocava a União em posição de destaque (CUNHA JR., 2016).

O federalismo cooperativo ou neoclássico representa um movimento de superação do federalismo dual ou clássico, que vigorou nos Estados Unidos até a década de 1930 (ZAGO, 2016). A diferença entre ambos reside na perspectiva da cooperação como modelo de atuação viável entre os integrantes do Estado Federal⁴⁰, visto que o federalismo dualista prezava pela repartição minuciosa e inflexível dos poderes, engessando as relações federativas (ZAGO, 2016). Em contrapartida, o federalismo cooperativo persegue o compartilhamento de decisões que são relevantes tanto a nível nacional quanto a nível regional (ZAGO, 2016).

O grau de cooperação do federalismo vigente pode ser aferido pela análise de como as competências são repartidas entre as unidades federativas. Não é tema de menor importância, visto que a distribuição dos poderes governamentais constitui a essência da forma de Estado Federal (CUNHA JR., 2016). O resultado deste estudo pode determinar se o arquétipo federativo inclina-se à “centralização” ou “descentralização” dos poderes, com base no cotejo entre o rol de competências abraçado pela União e aquele designado aos Estados federados⁴¹ (ZAGO, 2016). Em termos modestos, o Estado Federal é mais centralizado na medida em que concentra maior abrangência de poderes no perímetro da União, em detrimento da mobilidade da autonomia dos Estados federados.

A relação cooperativa entre a União e os demais entes federativos depende da compreensão dos atributos que os aproximam e os diferenciam. Isso porque a União é o ente que representa a comunhão das “comunidades regionais autônomas”, mas

40 Trazendo como referências Gilberto Bercovici e Joseph Zimmermann, a autora ressalta a existência de entendimentos doutrinários que visualizam algum nível de cooperação em todos os federalismos (ZAGO, 2016).

41 Neste tópico, optamos por limitar como objetos de estudo a União e os Estados federados. Primeiro, porque o estudo da competência dos Municípios exigiria que nos afastássemos do tema central para tratarmos sobre a tortuosa definição de “interesse local” (BRASIL, 1988). Segundo, porque o Distrito Federal acumula competências semelhantes às dos Estados federados, de modo que é possível trazermos uma análise concentrada nestes entes, sem desvirtuar o rigor científico do trabalho.

que com elas não se confunde (SILVA, 2018). Sua presença é essencial para a Federação, pois caracteriza o “elemento unitário” que, em congruência com os “elementos disjuntivos” que são os Estados federados, formam o Estado Federal (SILVA, 2018). Sendo assim, na ausência do elemento unitário da União, os elementos disjuntivos formariam um conjunto de Estados soberanos, ao invés de um conjunto de entes federados autônomos (SILVA, 2018). Ainda assim, a União não se confunde com a República Federativa, porque enquanto esta detém a “soberania” estatal, aquela consiste tão somente em um ente federativo autônomo (CUNHA JR., 2016).

Ciente do conceito de União em comparação com os demais integrantes do pacto federativo, podemos avançar para a compreensão de que o federalismo como forma de Estado é protegido pelo manto da imutabilidade, e as competências constitucionais dele decorrentes exigem procedimento especial para sua alteração. Ambas as noções de imutabilidade e rigidez constitucional já foram amplamente estudadas no decurso deste trabalho. Neste momento, importa percebermos que os contornos do princípio federativo podem ser vistos com certo grau de plasticidade, o que influencia diretamente a percepção do Estado Federal como centralizado ou descentralizado (ZAGO, 2016). No Brasil regido pela Constituição de 1988, todavia, não alcançamos uma resposta exata, porque subordinada ao ponto de vista histórico.

O processo de redemocratização, liderado pela Assembleia Constituinte de 1987, enraizou, no trabalho de suas variadas Subcomissões, o interesse pela descentralização do pacto federativo brasileiro (LIZIERO, 2017). O esforço partiu do sentimento de repulsa em relação à configuração estatal anterior, que concentrava expressiva área de atuação e capacidade de intervenção da União sobre os Estados federados, oportunizando questionamentos acerca do real cumprimento do pacto federativo firmado à época (LIZIERO, 2017).

Acontece que o federalismo, como “tipologia idealizada” pelo Estado Federal quando da sua formação, é diferente da federação, enquanto “arranjo institucional de fato” que pode ser visualizado no cotidiano do Estado Federal (ZAGO, 2016). Sendo assim, o ideal descentralizador, almejado pelo federalismo como vertente defendida no processo constituinte, não necessariamente corresponde à realidade concreta da distribuição de competências no Brasil pós-1988.

Sob o olhar que valoriza os avanços diante do passado extremamente centralizado, podemos observar indícios de uma “acanhada descentralização política” (PIRES, 2011). Inobstante, as intenções descentralizadoras da ideologia federalista não foram plenamente alcançadas na prática, uma disparidade que se manifesta desde a Constituição, na qual a simples análise quantitativa dos artigos 21 a 24 evidencia uma forte concentração de poderes no perímetro de exclusividade da União (BRASIL, 1988; LIZIERO, 2017).

Reconhecendo a repartição de competências como ponto central do federalismo, e sabendo identificar a distribuição de poderes segundo o nivelamento de sua natureza (des)centralizadora tanto no ideário federalista como na realidade estatal, podemos estudar as competências constitucionais brasileiras segundo a classificação de José Afonso da Silva, que propôs a estrutura adotada pela Constituição de 1988 (SILVA, 2018). Seguindo um “complexo sistema” que adapta as “técnicas tradicionais de distribuição”, e prioriza o “equilíbrio federativo” com base no “princípio geral da predominância do interesse”, a repartição de competências no Brasil abrange dois ângulos de observação (CUNHA JR., 2016; SILVA, 2018).

“Horizontalmente”, os entes federativos atuam de maneira “separada e independente”, com “competências enumeradas” à União, “competências remanescentes” aos Estados federados, e “competências indicadas” aos Municípios com base no “interesse local” (BRASIL, 1988; CUNHA JR., 2016; SILVA, 2018). “Verticalmente”, os entes federativos atuam de maneira “coordenada”⁴², com a edição de “normas gerais” pela União, que são “suplementadas” pelos Estados federados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1988; CUNHA JR., 2016; SILVA, 2018). Assim, os artigos 21 a 24 da Constituição distribuem o poder estatal em competências materiais (exclusivas ou comuns), e competências legislativas (privativas ou concorrentes).

A competência material diz respeito ao poder de executar os atos administrativos relacionados a determinada matéria. O artigo 21 descreve as competências materiais que podem ser executadas exclusivamente pela União, sendo vedada a delegação a outros entes federativos (BRASIL, 1988; SILVA, 2018).

42 O funcionamento do federalismo cooperativo pode ser entendido pela divisão dos conceitos de coordenação e cooperação (em sentido estrito). Fazendo referência a Gilberto Bercovici e Enoch Rovira, a coordenação consiste na atuação comum derivada do interesse voluntário dos entes federativos, inobstante sua capacidade de atuação isolada (ZAGO, 2016). Já a cooperação (em sentido estrito) decorre da impossibilidade de decisões isoladas entre os entes federativos, que são levados pela norma a atuarem em conjunto (ZAGO, 2016).

São temas de repercussão internacional, ou de interesse predominantemente nacional (CUNHA JR., 2016). Já o artigo 23 discrimina as competências materiais comuns, relacionadas à perpetuação do bem-estar social, e cuja responsabilidade é atribuída a todos os entes federativos em situação de igualdade (BRASIL, 1988; CUNHA JR., 2016).

A competência legislativa autoriza a elaboração de atos normativos dotados de validade constitucional. O artigo 22 traz as competências legislativas privativas da União, mas cuja atuação legiferante quanto a “questões específicas” pode ser delegada aos Estados federados mediante aprovação de lei complementar⁴³ (BRASIL, 1988). O artigo 24 pormenoriza as competências legislativas concorrentes, acerca das quais cabe à União editar normas gerais, e aos demais entes federativos adaptar a matéria às especificidades regionais, pela criação de normas específicas em exercício de competência suplementar⁴⁴ (BRASIL, 1988). Registre-se que a competência suplementar dos Estados federados pode tornar-se plena na ausência de lei federal sobre a matéria. Mas a investigação deste assunto não corresponde à nossa delimitação temática, visto que independente do futuro da PEC nº 17/2019, a lei federal sobre proteção dos dados pessoais já está em vigor.

Diante dessas noções iniciais, e vislumbrando a possibilidade de aplicação dos conhecimentos já consolidados à norma constitucional ainda em fase de elaboração, alguns aspectos pertinentes à repartição de competências constitucionais podem ser objeto de estudo sob o enfoque específico da PEC nº 17/2019. Quanto a isso, pretendemos questionar o que a concentração das competências legislativa e, mais recentemente, material quanto à proteção dos dados pessoais pode indicar em relação à natureza centralizadora do federalismo brasileiro. Para realizar esse estudo, pretendemos prosseguir com os métodos de análise documental e textos acadêmicos. Além desses, serão novamente analisados os argumentos ventilados nos documentos que compõem o processo de tramitação da PEC, em conjunto com a legislação constitucional e infraconstitucional vigente.

43 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (BRASIL, 1988).

44 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.” (BRASIL, 1988).

4.1 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA PEC Nº 17/2019

A Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019 previa a delimitação da competência legislativa acerca da proteção dos dados pessoais desde sua primeira versão, assinada pelo Senado Federal. Seu texto prometia inserir, ao final do artigo 22 da Constituição, o inciso “XXX – proteção e tratamento de dados pessoais” como competência legislativa privativa da União (BRASIL, 2019a). Dentre os argumentos veiculados, verifica-se a possibilidade de repercussão negativa nas relações políticas e econômicas a nível internacional, em face de uma presumida “impossibilidade” de adaptação a “normas específicas de cada localidade” (BRASIL, 2019a). Também consta como justificativa um provável embaraço na “adequação dos dados”, considerando que a globalização das relações cotidianas promovida pela internet ocasiona desafios diários às delimitações territoriais (BRASIL, 2019a).

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, responsável pela aferição da admissibilidade e do mérito das propostas de emenda, não alterou o texto da PEC quanto à competência constitucional. Em parecer, a CCJ aduziu resumidamente que a competência legislativa privativa condiz, no caso concreto, com a adequada aplicação do princípio da predominância do interesse, visto que “a matéria é de interesse de toda a sociedade brasileira”. Ademais, a delimitação da competência estaria em consonância com o inciso I do artigo 22 da Constituição Federal, que já confere à União os poderes legiferantes privativos quanto a normas de direito civil (BRASIL, 1988, 2019b).

Na Câmara dos Deputados, a Comissão Especial designada para a análise do mérito da PEC nº 17/2019, reforça as justificativas já apresentadas no tocante ao princípio da predominância do interesse e dos riscos de fragmentação normativa (BRASIL, 2019c). Acrescenta que a uniformização legislativa proporcionada pelas leis federais ensejaria uma harmonização jurisprudencial, e que a concentração da competência específica quanto à proteção dos dados pessoais não impediria determinações normativas estaduais e municipais correlatas, porém pertencentes a outras temáticas do Direito, a exemplo das “relações consumeristas” e de “transporte coletivo” (BRASIL, 2019c).

A anuência com relação à competência legislativa privativa da União veio acompanhada por uma alteração substancial no conteúdo da PEC. O substitutivo apresentado pela Comissão Especial da Câmara inseriu, para além das

determinações advindas do Senado Federal, o inciso “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” ao artigo 21 da Constituição Federal, criando uma competência material exclusiva da União (BRASIL, 2019c). O órgão regulador, cuja natureza e regime jurídico também serão objeto de proteção constitucional⁴⁵, é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), idealizada pela LGPD e definida como “órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional” (BRASIL, 2018).

Corroborando a variedade dos argumentos utilizados para racionalizar a repartição de competências constitucionais quanto à proteção dos dados pessoais, é inegável a inclinação da matéria no sentido da predominância do interesse nacional. Sob o ponto de vista legislativo, a concentração em leis federais é estratégia apta a assegurar a uniformização de conceitos, princípios, direitos básicos, e limites de atuação. Observando a competência material, a aglutinação de atividades essenciais sob a responsabilidade da ANPD pode auxiliar na interpretação dos dispositivos normativos quando aplicados a casos concretos, garantia de segurança jurídica quanto ao arbitramento de sanções, padronização de técnicas administrativas, e fiscalização panorâmica do cumprimento da lei (MALDONADO; BLUM, 2020).

No entanto, em uma Constituição que se predispõe ao federalismo de equilíbrio, devemos questionar se a eliminação da atuação estadual, ou sua limitação a questões específicas previamente autorizadas em lei complementar, é compatível com a concretização do pacto federativo. Com efeito, por mais que o interesse temático recaia primordialmente na esfera nacional, o anseio pela constitucionalização das competências exclusiva e privativa da União, no tocante à proteção e tratamento dos dados pessoais, reflete as inclinações centralizadoras do arranjo institucional federalista brasileiro.

A construção de um Estado Federal pressupõe o funcionamento de “duas vontades contraditórias”, que ora atraem a “coesão” da regência do governo federal sobre todo o território nacional, ora se aproximam do “particularismo” da autonomia dos governos dos estados federados sobre seus territórios parciais (HORTA, 1986,

45 “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” (BRASIL, 2019c).

1991). A tendência do Estado Federal a uma ou outra dessas atrações determinará, na prática, o “modelo real de federalismo” (HORTA, 1986). Considerando a posição nuclear que a repartição de competências ocupa na determinação da “fisionomia do Estado Federal”, a opção por um federalismo cooperativo de equilíbrio requer a adoção de estratégias constitucionais formais e concretas, capazes de assegurar o “enriquecimento” da autonomia dos Estados federados (HORTA, 1986).

Uma das principais soluções para a conquista do equilíbrio do pacto federativo é a repartição de competências legislativas concorrentes, de modo a exigir a cooperação entre as unidades federativas (HORTA, 1986, 1991). A “dupla atividade legislativa”, concretizada pela edição de normas gerais de natureza federal posteriormente complementadas por normas estaduais, é especialmente adequada para países de dimensão continental como o Brasil, marcado pelas disparidades “econômicas, sociais, financeiras e administrativas” entre os Estados federados (HORTA, 1986).

A definição de competências concorrentes, e também a possibilidade de delegação de competências inicialmente privativas da União aos Estados federados, são hipóteses de materialização do “princípio da subsidiariedade” (BARACHO, 1995). Trata-se de princípio não apenas ligado à ideia de repartição constitucional de campos de atuação no Estado Federal, mas também ao ideal descentralizador que caracteriza os pactos federativos de natureza cooperativa de equilíbrio (BARACHO, 1995). Nesse contexto, a descentralização é vislumbrada como “estímulo [...] ao novo tipo de crescimento e melhorias sociais”, porque incentiva a redução do âmbito de atuação à menor unidade federativa possível, “facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas” (BARACHO, 1995).

Porém, aplicar o princípio da subsidiariedade no caso concreto do direito à proteção dos dados pessoais não é tarefa simplória. Isso porque a atuação em subsidiariedade, bem como a ideia de delegação das competências legislativas, comumente aparecem atreladas a um sentido de “transferência” de campos de operação governamental (BARACHO, 1995; HORTA, 1991). Essa transferência, entendida como uma abdicação do poder de legislar da União em favor dos Estados federados, pode realmente trazer uma fragmentação de aspectos técnicos essenciais à proteção e tratamento dos dados pessoais, prejudicando a concretização do direito fundamental.

Ou seja, não há solução perfeita e acabada, pois o assunto tratado consubstanciava outrora uma lacuna constitucional. Com efeito, ainda que o direito à privacidade integre a Constituição desde sua elaboração originária, e não obstante as relações jurídicas efetivadas em ambiente virtual tenham sido objeto de apreciação do Direito desde os anos 1980, a parcela majoritária dos elementos que compõem o direito à proteção dos dados pessoais constitui uma fronteira inteiramente nova.

Ciente de que a completude do ordenamento jurídico foi hipótese superada com o declínio do positivismo legalista, é inevitável que o Direito eventualmente encontre circunstâncias fáticas para as quais o texto normativo não está adequadamente preparado. É certamente um vazio constitucional, passível de preenchimento – seja por inclinações centralizadoras fundadas na relevância do tema a nível nacional, seja por iniciativas descentralizadoras voltadas ao atendimento de demandas regionais e locais –, de modo que a pesquisa não pode repousar sobre uma perspectiva maniqueísta.

Não há posicionamento inteiramente certo ou completamente equivocado, porque a dinamicidade do fenômeno jurídico implica a construção do Direito de acordo com os desafios que diante dele se apresentam. Por isso, acreditamos que os argumentos pela centralização das competências constitucionais em matéria de proteção e tratamento de dados pessoais não está isenta de questionamentos e críticas, pelo que passamos a observar alternativas atípicas para acobertar pelo manto do Direito um quadro até então excêntrico e imprevisível, que é o capitalismo de vigilância.

4.2 PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE COMO JUSTIFICATIVA CENTRALIZADORA

A Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019 indica caracteres centralizadores da competência federal desde sua origem no Senado. Segundo a justificção da proposta, a existência de leis estaduais e municipais sobre o tema conduziria a uma “irracional fragmentação e pulverização”, circunstância em razão da qual (já mencionamos neste trabalho) a questão da competência constitucional foi encarada como “tormentosa” (BRASIL, 2019a). Ademais, a dispersão normativa entre as unidades da Federação traria “o risco de, inclusive de forma

inconstitucional, haver dezenas – talvez milhares – de conceitos legais sobre o que é ‘dado pessoal’ ou sobre quem são os ‘agentes de tratamento’ sujeitos à norma legal” (BRASIL, 2019a).

Contrariamos as alegações supracitadas sob o suporte conceitual das competências legislativas concorrentes, previamente apresentadas como alternativa de cooperação federal compatível com as características do federalismo brasileiro. A fragmentação normativa mencionada pelo Senado corresponde justamente à necessidade de adaptação do regramento federal às diversas realidades regionais, de modo que relegar essa ferramenta ao plano da “irracionalidade” implica uma negação à própria essência do federalismo cooperativo e de equilíbrio. A criação de “milhares de conceitos legais” distintos igualmente não encontra alicerce no arquétipo federal adotado, já que cabe à União a elaboração de normas gerais responsáveis pela uniformização de conceitos de abrangência nacional, sem que isso automaticamente exclua qualquer oportunidade de participação legislativa estadual.

O parecer da CCJ do Senado cria um paralelo entre a competência privativa para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais, projetada pela PEC nº 17/2019, e a competência privativa para legislar sobre direito material e direito processual (BRASIL, 2019b). No entanto, forçoso notar que o artigo 22, inciso I, da Constituição de 1988, traz uma descrição genérica de praticamente todos os ramos da ciência jurídica⁴⁶. Nesse enquadramento, novamente arriscamos constitucionalizar um Estado Federal que não almeja a própria essência do federalismo, porque submete ao controle privativo da União todo o universo normativo.

Além de listar resumidamente os argumentos veiculados durante as audiências públicas, o parecer da Câmara dos Deputados que culminou com a elaboração da proposta substitutiva trouxe motivações para a delimitação da competência, fundadas na predominância do interesse. De acordo com o documento, a competência privativa garantiria segurança jurídica através da “uniformidade do tratamento normativo”, em oposição aos “conflitos legais no ecossistema de dados

46 Chama a atenção que o referido dispositivo não menciona o Direito Tributário como competência privativa da União. Ainda assim, as competências tributárias constitucionais e o federalismo fiscal são questões de incalculável celeuma doutrinária, que por diversas vezes despontaram ao longo da atividade da pesquisa, mas que não correspondem ao objeto deste trabalho. É correto afirmar, portanto, que os ramos do Direito como configurações genéricas de competência privativa federal não devem ser utilizados como justificativa para o abandono do modelo cooperativo.

peçoais” possibilitada pela fragmentação do poder legiferante (BRASIL, 2019c). Analisando a questão sob outro ângulo, a uniformização do tratamento normativo pode gerar um risco em si mesma, porque limita excessivamente a possibilidade de os Estados federados exercerem a autonomia de aperfeiçoarem a prática legislativa a nível regional.

O voto do relator, combatendo as críticas enumeradas em audiência, argumenta que a restrição da competência legislativa não eliminará por completo a atuação estadual, visto que ainda será viabilizado aos entes federativos a abordagem do tema de maneira subsidiária e indireta, desde que o ato normativo subnacional não tenha como “objeto principal a matéria da competência legislativa privativa” (BRASIL, 2019c). Certamente, o raciocínio legislativo indireto é uma possibilidade razoável. Mas impor aos Estados federados que empreendam esforços no sentido de constantemente manobrar no entorno da competência privativa, tende a engessar os demais entes federativos em torno das determinações centralizadoras da União, em detrimento das demandas locais.

Por último, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados menciona a possibilidade de delegação das competências privativas no tocante a questões específicas mediante aprovação de lei complementar. De fato, essa hipótese constrói um ideário de “saudável prática de descentralização legislativa”, cuja aplicação “caracterizará o amadurecimento do federalismo brasileiro” (HORTA, 1991). Porém, ainda se trata de uma possibilidade distante, em razão de seus requisitos constrictivos, além de não ser prática corriqueira no Brasil atual⁴⁷. Sendo assim, no tocante à proteção dos dados pessoais, acreditamos que há um conflito entre a restrição da competência legislativa privativamente à União, e sua ampliação de maneira concorrente entre União e Estados federados.

Uma solução possível a este conflito é oferecida por José Afonso da Silva, que propôs o atual sistema de repartição de competências constitucionais. O autor ensina que normas federais de natureza marcadamente generalista precisam ser complementadas pela legislação subnacional, independente de sua posição no texto constitucional (SILVA, 2018). Nesse sentido, ainda que o poder de legislar sobre “normas gerais de licitação” seja atribuído privativamente à União⁴⁸, o uso da

47 A determinação normativa usufrui de “pouco prestígio real”, face o “grande desinteresse da União Federal em ceder competências legislativas” (PIRES, 2011).

48 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37,

expressão “normas gerais” faz com que a legislação cogitada no inciso XXVII do artigo 22 esteja sujeita a complementação pelo exercício da competência estadual suplementar. O fato de esta competência estar geograficamente vinculada ao dispositivo constitucional que enumera as competências legislativas privativas não pode impedir o exercício da cooperação no âmbito do federalismo de equilíbrio.

[...] nos termos do §2º do art. 24, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados (e também do Distrito Federal, embora não se diga aí), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no §1º desse mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados (SILVA, 2018).

No caso do direito à proteção dos dados pessoais, a viabilidade desta interpretação emerge inclusive da leitura do artigo 1º, parágrafo único, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, segundo o qual “as normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (BRASIL, 2018). Ora, em respeito ao federalismo cooperativo, não é recomendável que a “observância” a uma norma federal implique fatalmente na amputação da capacidade normativa dos entes subnacionais.

É também imprescindível notar que a denominação escolhida para a lei federal em comento foi “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”. Seu próprio nome, e mais, seu conteúdo dedicado à afirmação de princípios, conceitos, e parâmetros de concretização, a caracterizam como uma lei que implementa normas gerais. É possível e, segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, desejável que as legislações de normas gerais e diretrizes sejam complementadas pelos Estados federados, respeitados os limites conceituais descritos precisamente nas referidas diretrizes federais (SILVA, 2018). Reitere-se, a necessidade de homogeneização advinda do predominante interesse nacional não pode justificar o aniquilamento do elemento cooperativo.

Naturalmente, o presente trabalho não teria o aprofundamento adequado se ignorasse os contornos maleáveis da definição do termo “normas gerais”, conceito que limita a atuação legislativa concorrente da União (BRASIL, 1988). Já assinalamos que as normas gerais podem ser definidas pelo seu conteúdo

XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;” (BRASIL, 1988).

principiológico (SILVA, 2018). Em sequência, podemos traçar um conceito com base na própria noção de federalismo cooperativo, compreendendo que toda matéria cuja necessidade de uniformização “extravase o interesse circunscrito de uma unidade” – seja por congregar um interesse comum, seja por exigir uma homogeneização de tipologias – pode ser entendida como norma geral (FERRAZ JR., 1995).

As normas gerais podem também ser definidas por negação, e assim compreendidas como normas que não são capazes de esgotar as determinações acerca da matéria legislada (HORTA, 1991). São “molduras legislativas”, a serem preenchidas pela concretização da autonomia dos Estados federados (HORTA, 1991). Este significado das normas gerais impõe um problema à aplicação da solução cooperativa na interpretação da LGPD, visto que a lei certamente se propõe a estabelecer de maneira conclusiva alguns assuntos relacionados à proteção e tratamento dos dados pessoais. Surge, então, a necessidade de conciliar os limites da edição de normas gerais e as demandas de uniformização pertinentes ao tema de abrangência nacional.

Pensando em uma solução que alcance o meio-termo entre a competência privativa – decorrente do predominante interesse nacional – e a competência concorrente – compatível como o modelo federalista brasileiro – podemos racionalizar uma gradação dos níveis de especificidade das leis federais criadoras de diretrizes e normas gerais. Na prática legislativa, seria possível autorizar diferentes graus de homogeneização normativa das matérias individualmente consideradas.

Primeiro, porque a existência do interesse nacional indica que a matéria debatida atinge todos os entes integrantes da Federação, indiscriminadamente e em planos equiparáveis de importância. Segundo, porque tal interesse não pode justificar uma uniformização excessiva do conteúdo normativo, pois engessaria a atuação diante das peculiaridades regionais e, considerando que o território da União corresponde exatamente à soma dos territórios dos Estados federados, passaria a tutelar o nada ao invés do tudo. Terceiro, porque determinados assuntos, essencialmente em virtude de seu interesse geral e inescapável impacto internacional, exigem medidas elevadas de homogeneização.

Assim, admitindo que algumas normas federais de abrangência nacional se inclinam a uma posição exauriente acerca de determinados objetos, avaliando no caso concreto o grau de homogeneização demandado pelo tema, talvez poderíamos

imaginar um equilíbrio dinâmico entre as atuações das unidades federativas. De um lado, evitaríamos a perda da essência cooperativa do federalismo, causado pela excessiva centralização de competências no perímetro de exclusividade da União. De outro, facilitaríamos a uniformização não apenas de conceitos, princípios e diretrizes, mas também de determinações jurídicas concretas, por aceitar a possibilidade de abrangência nacional de normas específicas previstas em lei federal.

5 CONCLUSÃO

O trabalho que ora se encerra procurou realizar uma análise panorâmica acerca da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, tendo como diretrizes elementos essenciais do Direito Constitucional. Considerando a diversidade dos assuntos tratados, acreditamos ter conseguido comprovar com sucesso a hipótese de que é possível analisar o fenômeno jurídico sob uma perspectiva global, sem nos limitarmos ao conteúdo básico da proposta normativa estudada. Ainda sobre este aspecto, alcançamos nosso objetivo geral, de pesquisar as maneiras pelas quais a PEC nº 17/2019 reflete a cultura e o sistema jurídico brasileiro.

Estudando a sintonia entre mutabilidade e estabilidade das Constituições rígidas, concluímos que a reforma constitucional para elucidação de direito fundamental em sentido formal não é a única solução para assegurar a tutela deste direito. Do contrário, é possível que a prática de interpretação constitucional adapte ferramentas concretas a fim de adaptar direitos já consolidados no texto normativo às modificações do contexto social, econômico e, no presente caso, tecnológico. Entretanto, considerando a relevância da temática da proteção dos dados pessoais, bem assim sua inserção cada vez mais contundente na vida dos cidadãos, o esforço de formalizar este direito fundamental ainda pode ser considerado louvável.

Para além da constitucionalização formal, todavia, é necessário igualmente reconhecer a fundamentalidade material que irradia do direito à proteção dos dados pessoais, seja para aceitá-lo como extensão do direito à privacidade, seja para concebê-lo como direito autônomo. Nesse sentido, a cláusula de abertura material prevista na Constituição de 1988 precisa conferir aos direitos fundamentais em sentido material a garantia de que sua efetivação não será apenas uma questão teórica. Por isso, concluímos que alinhar a positivação formal ao argumento da relevância do direito em questão pode implicar uma desvalorização dos direitos fundamentais materialmente considerados.

Ainda averiguando os paralelos entre a PEC nº 17/2019 e o Direito Constitucional no Brasil, constatamos que a proposta de emenda reflete o modelo neoconstitucionalista adotado pela Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que pode indicar uma paulatina incorporação dos valores pertencentes ao novo constitucionalismo latino americano. Dessa forma, em que pese a proposta de emenda mencione extensivamente a GDPR europeia, as ferramentas incorporadas

ao trâmite legislativo e as comparações com países vizinhos ratificam a posição da Constituição de 1988 na área de transição entre o mimetismo eurocêntrico e o giro decolonial.

Quanto ao direito fundamental à proteção dos dados pessoais, adotamos como parâmetro a análise de dois elementos típicos da teoria geral dos direitos fundamentais, e que correspondem a vantagens adquiridas através da constitucionalização formal. Ao longo do trabalho, não foi possível concluir com precisão acerca da extensão das cláusulas pétreas a direitos fundamentais em sentido exclusivamente material, tendo em vista a complexidade dos posicionamentos doutrinários, bem como a dificuldade em refrear investidas legislativas contra normas não positivadas solenemente. Descobrimos, todavia, que a aplicabilidade do direito fundamental à proteção dos dados pessoais é imediata, mas isso não significa que são despiciendos os esforços regulatórios, especialmente no tocante à definição de meios para garantir a autodeterminação informativa.

Mudando o enfoque, atestamos que a PEC nº 17/2019 revela características interessantes quando observada de acordo com o arquétipo federativo proposto e efetivado pela Constituição de 1988. Nesse contexto, a inclinação centralizadora da proposta de emenda pode ser solucionada por uma interpretação que assegure a competência da União para a construção de normas uniformizadoras, mas que simultaneamente não limite a atuação dos demais entes federados a questões específicas subordinadas a lei complementar, sob o risco de constranger a efetivação do pacto federativo de equilíbrio.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e revolução. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 200, p. 21-54, abr.-jun. 1995. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46525> Acesso em 13 nov. 2021.

BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1113-1142, 2017. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23083/20602> Acesso em 13 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. As constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 19-52, ago. 2019. Disponível em <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6147/pdf> Acesso em 10 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2005. Disponível em <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2881/925> Acesso em 23 out. 2021.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, §4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 10, abr.-jun. 2007. Disponível em <https://rbrandao.adv.br/publicacoes/> Acesso em 18 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. Arquivo Sonoro. **Evento: Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 17-A, de 2019, do Senado Federal, que "altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais" - Reunião Deliberativa "O Papel de Estados e Municípios na Proteção dos Dados Pessoais" Marcel Mascarenhas dos Santos, Procurador-Geral Adjunto do Banco Central (confirmado); Adriele Ayres Britto, Representante da Federação das Associações das Empresas Brasileir....** Brasília, DF: [2019f]. Disponível em <https://imagem.camara.leg.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=273998> Acesso em 03 out. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. **Atividade legislativa: PEC 17/2019 (proposta de emenda à constituição)**. Brasília, DF: [2019e]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757> Acesso em 09 ago. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. **Atividade legislativa: PEC 34/2015 (proposta de emenda à constituição)**. Brasília, DF: [2015a]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1229535> Acesso em 10 nov. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. **Atividade legislativa: PEC 501/2010 (proposta de emenda à constituição)**. Brasília, DF: [2010]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483492> Acesso em 10 nov. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. Atividade legislativa: **PEC 72/2015 (proposta de emenda à constituição)**. Brasília, DF: [2015b]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1518512> Acesso em 10 nov. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. **Atividade legislativa: PEC 86/2015 (proposta de emenda à constituição)**. Brasília, DF: [2015c]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555497> Acesso em 09 ago. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. **Momentos marcantes da constituinte**. A Constituição Cidadã - Discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, em 27 de julho de 1988, em defesa do Projeto de Constituição, em segundo turno de apreciação, das críticas de que o País seria ingovernável, caso o texto fosse aprovado. Brasília, DF: [2013b]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/Ulysses-Guimaraes-constituicao-cidada.pdf> Acesso em 24 out. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Anteprojeto da Subcomissão**. Brasília, DF: 1987b. Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf> Acesso em 21 jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Anteprojeto do Relator**. Brasília, DF: 1987a. Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf> Acesso em 21 jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 17-B, de 2019 (do Senado Federal). Publicação do parecer da Comissão Especial. **Diário da Câmara dos Deputados**: Brasília, DF, ano LXXIV, n. 222, p. 175-189, 11 dez. 2019c.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 ago. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 fev. 2020b.

BRASIL. Congresso Nacional. Resolução nº 17/1989. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/regimento-do-congresso-nacional> Acesso em 29 jun. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Resolução nº 93/1970. **Regimento Interno do Senado Federal**. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/regimento-do-congresso-nacional> Acesso em 29 jun. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Atividade legislativa: proposta de emenda à constituição nº 17/2019 (proteção de dados pessoais)**. Brasília, DF: [2019d]. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594> Acesso em 09 ago. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Parecer (SF) nº 45/2019-CCJ sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019. **Diário do Senado Federal**: parte II, Brasília, DF, ano LXXIV, n. 73, p. 487-497, 23 maio 2019b.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão eixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. **Diário do Senado Federal**: parte II, Brasília, DF, ano LXXIV, n. 25, p. 282-291, 13 mar. 2019a.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Sobre o portal e-cidadania**. Brasília, DF: [2012]. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/sobre> Acesso em 24 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Em razão de ataque cibernético, STJ funcionará em regime de plantão até o dia 9**. 04 nov. 2020a. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/04112020-Em-razao-de-ataque-cibernetico--STJ-funcionara-em-regime-de-plantao-ate-o-dia-9.aspx> Acesso em 03 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425. DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE “SUPERPREFERÊNCIA” A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À**

PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. 1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira. 2. O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº 62/2009. 3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, §2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, caput) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento. 4. O regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, caput), cãnone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º,

caput). 5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. 8. O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte. Tribunal Pleno. Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux. Data do julgamento 14 mar. 2013a. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur252204/false>. Acesso em 06 jul. 2021.

CANELLO, Júlio. A Revisão constitucional e a PEC 157-A/03: (in)constitucionalidade e manobra política. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, v. 1, n. 2, p. 31-50, jul. 2006. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6768> Acesso em 29 jun. 2021.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Ricarlos Almagro; JORIO, Israel Domingos. Neoconstitucionalismo em tempos de crise: avançar ou retroceder? **Revista Direito Público**. Porto Alegre, v. 15, n. 82, p. 71-95, jul.-ago. 2018. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2776/pdf> Acesso em 21 jul. 2021.

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

<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315> Acesso em 03 jun. 2021.

EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goytacazes, ano VII, n. 8, p. 123-170, jun. 2006. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24654> Acesso em 17 set. 2021.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. [S. l.], v. 15, n. 2, p. 288-305, maio-ago. 2010. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2599/1801> Acesso em 13 out. 2021.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da constituição federal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. [S. l.], v. 90, p. 245-251, 1995. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296> Acesso em 05 nov. 2021.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. [S.l.], v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231> Acesso em 12 jun. 2021.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 5ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2016.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **Revista Direito Público**. Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, maio/jun. 2020. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695> Acesso em 27 maio 2021.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. Constitutionalism and rights protection in Mexico and Brazil: comparative remarks. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 5, n. 3, p. 233-255, set.-dez. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60972> Acesso em 01 jul. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010.

HENRIQUE, Lygia Maria Moreno Molina. **Proteção de dados pessoais: um direito relevante no mundo digital**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP: 2016. Disponível em https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3617540 Acesso em 25 maio 2021.

HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 30, n. 28-29, p. 09-32, maio-out. 1985-1986. Disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/980> Acesso em 05 nov. 2021.

HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 33, n. 33, p. 249-274, out. 1991. Disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1431> Acesso em 25 out. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARA, José de Mesquita. Do processo legislativo: emenda à constituição, leis, medida provisória, decreto legislativo e resolução. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 33, n. 33, p. 487-504, out. 1991. Disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1442>. Acesso em 05 jul. 2021.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020. Disponível em <https://livraria.senado.leg.br/livros-digitais-gratuitos/eficacia-e-aplicabilidade-das-normas-constitucionais-vol-275?limit=100> Acesso em 02 out. 2021.

LIZIERO, Leonam Baesso Da Silva. **Estado federal assimétrico no Brasil: o sentido de federalismo revelado na constituinte e a descentralização pela assimetria**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: 2017. Disponível em <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9330> Acesso em 27 out. 2021.

LÓPEZ, Luisa Fernanda García. Constitutional interpretation and Constitution substitution: oscillating between the juridical and the political. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 7, n. 3, p. 755-771, set.-dez. 2020. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/74332/41999> Acesso em 01 jul. 2021.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 83-98, jul.-dez. 2010. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2010v13n26p83> Acesso em 13 out. 2021.

MAGANO, Octavio Bueno. Flexibilização constitucional. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, v. 21, n. 1, p. 55-57, jan.-jul. 1996. Disponível em https://www.trt9.jus.br/portal/pagina.xhtml?secao=31&pagina=Revista_21_n_1_1996 Acesso em 22 out. 2021.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada [livro eletrônico]**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARCOS, Edgar Carpio. El significado de la cláusula de los derechos no enumerados. **Cuestiones Constitucionales**. Ciudad de México, n. 3, p. 03-25, jul.-dez. 2000. Disponível em <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5595/7274> Acesso em 05 jul. 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2019.

MARTINS, Evilhane Jum; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; MORELLO, Giane da Silva Ritter. As amarras do neoconstitucionalismo e as perspectivas do novo constitucionalismo latino americano: elementos paradigmáticos para a efetivação dos direitos humanos dos povos da América do Sul. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 17, n. 7, p. 90-107, maio-ago. 2017. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3175/2833> Acesso em 13 out. 2021.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 13, n. 101, p. 489-517, out. 2011-jan. 2012. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/147> Acesso em 19 jul. 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out.-dez. 2020. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828/pdf> Acesso em 24 out. 2021.

NASCIMENTO, Assis José Couto do. **A Proposta de Emenda Constitucional n.º 157/2003 A convocação de Assembleia de Revisão Constitucional e a análise do discurso sobre a tese da obesidade da Constituição Federal**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, DF: 2017. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2365> Acesso em 19 jul. 2021.

NERY, Bárbara Brum. **Rigidez constitucional no estado democrático de direito: um debate acerca dos limites formais e materiais à reforma constitucional**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG: 2015. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NeryBB_1.pdf Acesso em 18 out. 2021.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, n. 132, p. 321-330, out.-dez. 1996. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176514> Acesso em 14 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em 12 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm Acesso em 12 jun. 2021.

PASSOS, Bruno Ricardo dos santos. **O direito à privacidade e a proteção aos dados pessoais na sociedade da informação: uma abordagem acerca de um novo direito fundamental**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, BA: 2017. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/22478> Acesso em 13 out. 2021.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, ago. 2019. Disponível em <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6079/pdf> Acesso em 21 jul. 2021.

PIRES, Thiago Magalhães. **As competências legislativas na constituição de 1988: parâmetros para sua interpretação e para a solução de seus conflitos**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: 2011. Disponível em <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9532> Acesso em 27 out. 2021.

PRIVACIDADE Hackeada. Direção de Jehane Noujaim e Karim Amer. Missouri: The Othrs, 2019. Documentário (113 min).

RADAELLI, Samuel Mânica; WOLKMER, Antonio Carlos. Análise crítica do ideário liberal na trajetória do constitucionalismo latino americano. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, v. 15, n. 1, p. 1-919, jan.-abr. 2020. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32879/pdf> Acesso em 12 out. 2021. Paginação irregular.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo, SP: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

REQUIÃO, Maurício. Covid-19 e as entranhas do capitalismo de vigilância. In: BIONI, Bruno *et al.* **Os dados e o vírus: pandemia, proteção de dados e democracia** [livro eletrônico]. São Paulo, SP: Reticências Creative Design Studio, 2020. Disponível em <https://www.dataprivacybr.org/ebook-os-dados-e-o-virus/>. Acesso em 24 maio 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. **Revista de Informação Legislativa**.

Brasília, ano 30, n. 120, p. 159-186, out.-dez. 1993. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496852> Acesso em 18 out. 2021.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. 3ª ed. rev. atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos: uma análise do §2º do art. 5º, da Constituição Brasileira de 1988**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia MG, 2015. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13233> Acesso em 17 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista Direito Público**. Brasília, v. 17, n. 93, p. 33-57, maio/jun. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315> Acesso em 27 maio 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 12, p. 29-58, jan. 2013. Disponível em <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/411>. Acesso em 21 set. 2021.

SARTORI, Ellen Carina Mattias; BAHIA, Cláudio José Amaral. Big brother is watching you: da distopia orwelliana ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 20, n. 3, p. 225-248, set.-dez. 2019. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1785> Acesso em 12 jun. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **PEC 17/19: Uma análise crítica**. São Paulo: GEN Jurídico, 19 de jul. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/19/analise-critica-pec-17-2019/>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

SILVA, Jailce Campos e; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. A criação de um novo direito a partir da interpretação constitucional para a efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Seara Jurídica**. [S. l.], ano 11, v. 1, n. 17, jan.-dez. 2019. Disponível em <http://web.unijorge.edu.br/sites/searajuridica/#works> Acesso em 22 nov. 2021. Não paginado.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41ª ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2018.

TRINDADE, Liane Ferreira da. **Vida Privada E Mídias Sociais: Impressões Da Pós-Modernidade**. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande Do Norte. Natal, 2015. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/>

[viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3381114](#) Acesso em 25 maio 2021.

ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo de repartição de competências legislativas e de execução.** 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, SP: 2016. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-04102016-181431/pt-br.php> Acesso em 27 out. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder.** 1ª ed. digital. Rio de Janeiro, RJ: Intrínseca, 2021.

APÊNDICE A

Relação das Propostas de Emenda à Constituição, pertinentes ao tema da privacidade na era digital, apresentadas entre 2010 e 2020 pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, organizadas em ordem decrescente pelo ano de apresentação.

PEC nº 35/2020 – Altera os art. 5º, 6º e 215 da Constituição para assegurar a todos os residentes no País o acesso à Internet.

AUTORIA – Senado Federal

SITUAÇÃO – Recebida pelo Plenário

PEC nº 08/2020 – Altera o art. 5º da Constituição Federal, para incluir o acesso à internet entre os direitos fundamentais.

AUTORIA – Senado Federal

SITUAÇÃO – Aguardando designação de relator na CCJ

PEC nº 17/2019 – Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

AUTORIA – Senado Federal

SITUAÇÃO – Aguardando apreciação do Senado

PEC nº 367/2017 – Dá nova redação ao art. 21 da Constituição, estendendo a classificação indicativa ao conteúdo veiculado na internet.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Arquivada

PEC nº 359/2017 – Acrescenta parágrafos ao artigo 218 da Constituição Federal, para garantir recursos mínimos à ciência, tecnologia e inovação.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)

PEC nº 347/2017 – Acresce inciso IV ao artigo 102 da Constituição Federal para conferir apenas ao Supremo Tribunal Federal a suspensão de aplicativos de troca de informações via internet.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Arquivada

PEC nº 185/2015 – Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal a Internet entre os direitos fundamentais do cidadão.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Aguardando Criação de Comissão Temporária pela MESA

PEC nº 86/2015 – Acresce o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para incluir entre as garantias fundamentais do cidadão o acesso à internet e a inviolabilidade do sigilo das comunicações realizadas por meio digital.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Aguardando Designação – Aguardando Devolução de Relator que deixou de ser Membro

PEC nº 72/2015 – Retira a inviolabilidade do sigilo de correspondência e comunicação telegráfica, de dados e das comunicações telefônicas das operações do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Aguardando Criação de Comissão Temporária pela MESA

PEC nº 34/2015 – Acrescenta a alínea “a” ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, vedando a concessão de sigilo de justiça nas ações judiciais que versarem sobre lesões contra o patrimônio público de natureza cível ou criminal.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Tramitando em conjunto

PEC nº 316/2013 – Dá nova redação à alínea “d” do Inciso VI do art. 150 para isentar impostos sobre jornais, revistas e livros digitais.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Tramitando em conjunto

PEC nº 137/2012 – Altera a redação do art. 150 da Constituição Federal, para conceder imunidade tributária à produção e comercialização de programas de computador.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Arquivada

PEC nº 67/2012 – Insere o Capítulo IV ao Título V da Constituição Federal referente à atividade de inteligência e seus mecanismos de controle.

AUTORIA – Senado Federal

SITUAÇÃO – Arquivada

PEC nº 06/2011 – Altera o art. 6.º da Constituição Federal para introduzir, no rol dos direitos sociais, o direito ao acesso à Rede Mundial de Computadores (Internet).

AUTORIA – Senado Federal

SITUAÇÃO – Arquivada

PEC nº 501/2010 – Acrescenta o § 2º ao art. 84 da Constituição Federal, proibindo qualquer entrave à liberdade de expressão.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Arquivada

PEC nº 479/2010 – Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para incluir o acesso à Internet em alta velocidade entre os direitos fundamentais do cidadão.

AUTORIA – Câmara dos Deputados

SITUAÇÃO – Arquivada