



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)
Comissão de Direito Digital

Indicação n.º 11/2020

Indicantes:

Dra. Rita Cortez

Dra. Fernanda Sauer

Relator:

Dr. Jorge Eduardo Braz de Amorim

(URGÊNCIA NA TRAMITAÇÃO)

Ementa: Proposta de Emenda à Constituição n.º 17/2019 - Iniciativa dos Senadores Eduardo Gomes (MDB/TO) [et. al.] – 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.

Palavras-chave: Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019; Proteção dos Dados Pessoais; Direito Fundamental; Competência Privativa da União.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

1. Introdução

É escusado descrever aqui todos os avanços tecnológicos que nos últimos tempos têm posto em risco o controle dos cidadãos quanto ao uso e a disponibilidade de seus dados pessoais. Estes mesmos avanços, que ganharam força exponencial a partir do aparecimento da internet e dos computadores pessoais, foram a gênese dos meios tecnológicos de alta complexidade que permitem a recolha e o tratamento de dados, sobretudo de dados pessoais, muitas das vezes sem o consentimento, ou mesmo o conhecimento, de seus proprietários.

De igual forma, dispensam-se longos comentários para alertar que os dados pessoais, atualmente, como consequência do aumento do volume e da velocidade de sua recolha e tratamento, formam os principais ativos de empresas ligadas à economia digital, pois permitem o conhecimento pormenorizado e quase individualizado das necessidades dos consumidores.

Em suma, nos últimos anos, os dados pessoais assumiram grande relevância como ativo econômico, cobiçado por instituições públicas e privadas e sendo objeto de um mercado lícito e ilícito.

Esta mudança de panoramachamou à atenção de autoridades governamentais e instituições internacionais para à necessidade de se resguardar o controle do uso e de regular o fluxo dos dados pessoais acedidos, recolhidos e transmitidos por via de instrumentos tecnológicos. Neste sentido a regulação da recolha e uso dos dados pessoais, a partir da década de 70 do século passado, passou a ganhar agenda em políticas públicas e marcos legislativos em diversos Estados.

Ao nível internacional a OCDE em 1978 foi pioneira no intento de harmonizar as diversas normas implementadas para garantir a proteção dos dados pessoais. Trabalho que culminou com a edição das “Diretrizes sobre proteção da



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

privacidade e fluxo transfronteiriços de dados pessoais” em setembro de 1980. De igual forma, ao nível europeu também se buscou uma harmonização para as normas de proteção de dados pessoais através da Diretiva 95/46/CE, publicada em 24 de outubro de 1995¹, relativa à proteção das pessoas físicas no que respeita ao tratamento dos dados pessoais e a livre circulação destes dados. Atualmente no seio da União Europeia (doravante EU), a proteção dos dados pessoais está regulada pelo Regulamento (UE) 2016/679 – Regulamento Geral e Proteção de Dados (doravante RGPD), que revogou a diretiva de 1995.

Todas as normas de proteção de dados pessoais desenvolvidas ao nível europeu, seja por normas internas dos Estados Membros, sejam por normas comunitárias, estão pautadas no direito a autodeterminação informativa, direito que, em realidade, não visa proteger a privacidade ou a intimidade, mas sim, o controle do uso e destino dos dados que o próprio proprietário disponibilizou a terceiros. Portanto, poderia ser entendido como um desdobramento do direito à privacidade que, ante aos desenvolvimentos tecnológicos e a crescente valorização do dado como ativo, ganhou elevada relevância e autonomia.

No Brasil, consoante doutrina majoritária, a proteção dos dados pessoais esteve sempre garantida pela interpretação estendida do direito fundamental à privacidade e à intimidade, previstos no art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal (doravante CF).

Assim, por falta de norma específica, a norma constitucional supra referida era o que de mais considerável havia quanto à proteção dos dados pessoais. Cenário que começou a alterar-se a partir da edição do Marco Civil da Internet –

¹ Cabe frisar que mesmo antes da OCDE, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, ainda em 1970, editou a Resolução n.º 428, com o objetivo de regular o tipo e a quantidade de informação dos cidadãos que os Estados poderiam armazenar, bem como, regulava a proteção destes bancos de dados. Porém, a proteção estava mais enfocada no banco de dado mantido pelo Estado que no controle do uso e destino do dado como direito do afetado a ser protegido.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

Lei 12.965/2014, cambio que se logrou completo com a Lei Geral de Proteção de Dados (doravante LGPD) - Lei 13.709/2018 (alterada pela Lei 13.853/2019)²

Entendemos que a partir da LGPD o Brasil passou a reconhecer o direito a proteção dos dados pessoais como um direito autônomo em relação ao direito à privacidade e à intimidade. Direito autônomo fundamentado no direito à autodeterminação informativa, seguindo, portanto, a mesma evolução normativa europeia.

2. Das razões que justificam a PEC

Segundo a clássica doutrina, o direito a proteção dos dados pessoais sempre esteve amparado pelo direito fundamental de proteção à intimidade e à privacidade. A noção do privado e do íntimo estão ligados à teoria dos círculos ou teoria das esferas, onde a borda do círculo delimitam no interior da esfera mais restrita o que é íntimo e na esfera mais abrangente, mas externa, o que é privado (FONSECA MENDOZA; ROCHA BRANDÃO, 2016, p. 228–229).

Nesta senda doutrinária o direito à privacidade tem por objetivo blindar dados privados (esfera mais abrangente), que saíam do círculo da intimidade (esfera mais restrita). Utilizando-se da jurisprudência de Espanha, complementados que quem decide o que é íntimo e o que é privado é o próprio indivíduo ao dispor por sua própria vontade quem está autorizado a conhecer uma informação íntima revelada (Sentença do Tribunal Constitucional nº 144/1999).

Assim, o direito à intimidade blinda o dado íntimo nunca revelado pelo afetado; e o direito à privacidade blinda dados privados, ou seja, dados extraídos

² A análise do avanço normativo da proteção dos dados pessoais que faço no presente trabalho centra-se no campo teórico e, portanto, desconsidero a efetiva entrada em vigor na LGPD como critério.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

por vontade do próprio afetado de sua esfera de intimidade, e revelados a um terceiro.

Como advento de toda a tecnologia da informação e comunicação e suas respectivas consequências já referidas, a rigidez da divisão bipartida da teoria dos círculos peca por não proteger a autodeterminação informativa, bem como, por desconsiderar a possibilidade de contextualizar dados que quando isolados são irrelevantes, mas quando contextualizados podem revelar informações íntimas ou privadas.

Da necessidade de complementar a proteção do indivíduo contra a contextualização de seus dados e contra o abuso de agentes que entram legalmente em sua esfera privada mas que põe em risco o controle quanto aos dados fornecidos, surge o direito a proteção de dados pessoais com o objetivo de garantir o poder de controle permanente do afetado quanto aos seus dados, ou seja, é autónomo porque não pretende blindar os dados³, mas sim garantir a manutenção permanente do controle do uso e destino dos dados revelados pelo próprio (FONSECA MENDOZA; ROCHA BRANDÃO, 2016)⁴.

Desta forma, do direito a autodeterminação informativa surge o direito à proteção dos dados pessoais como um direito autónomo em relação ao direito à privacidade e a intimidade, que deixaram de possuir garantias legais eficientes em face da especificidade das novas formas de relacionamento e comunicação proporcionadas pelas novas tecnologias.

Como já referimos anteriormente, o caminho do Brasil na direção de normatização do direito a autodeterminação informativa ganhou reforço a partir

³Objetivo do direito à privacidade.

⁴ No mesmo sentido o Tribunal Constitucional de Espanha, através da sentença nº 292/2000, de 30 de novembro.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

do Marco Civil da Internet (Lei 12.956/2014), culminando com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018).

A Lei Geral de Proteção de Dados, editada nos moldes do RGPD, reforça o entendimento de que o legislador brasileiro reconhece a autonomia do direito a proteção dos dados pessoais, seguindo, portanto, o modelo do conjunto normativo europeu.

Porém, o direito a proteção dos dados pessoais como direito autônomo no Brasil, ao contrário de muitos países como, Grécia (art. 9º), Espanha (art. 18.4) e Portugal (art. 35.º), não possui, expressamente⁵, lugar no texto constitucional.

Reconhecida a autonomia deste direito, sem desprezar a importância da norma infraconstitucional, a elevação do direito a proteção dos dados pessoais ao status de direito fundamental autônomo, através da previsão expressa na CF, certamente contribuirá posto que poderá sanar qualquer dúvida quanto ao seu status, garantindo assim de forma incontestável o recurso a todos os remédios constitucionais que possam garantir seu efetivo cumprimento.

Um outro ponto de extrema importância e que justifica a PEC se refere à necessidade de harmonizar as normas de proteção dos dados pessoais. Neste sentido é de se destacar a pertinência da proposta de criar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

No mister de proteger os dados pessoais através da efetivação do direito à autodeterminação informativa não se pode esquecer o valor econômico dos dados pessoais como importante ativo para os novos modelos de negócios ligados à economia digital. Garantir o desenvolvimento deste mercado é o objetivo mais

⁵ Ressalva-se para considerar o entendimento de parte da doutrina de que o rol de direitos fundamentais não é taxativo e, portanto, se admitem status constitucional a direitos não previsto no rol do art. 5 da CF (conforme interpretação dada ao parágrafo 2º do próprio art. 5º.)



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

coerente para se promover o crescimento econômico de qualquer país⁶. Neste sentido, aUE, reconhecendo a importância da economia baseada em dados como um instrumento fundamental para o crescimento econômico, em 2018 lançou o programa “*Hacia un espaciocomúneuropeo de datos*”⁷, onde estabelece algumas iniciativa para criar um mercado de dados pautado sobretudo na harmonização de normas internas dos seus Estados Membros.

Está claro que o caminho deve ser o da proteção incondicional dos dados pessoais, advogando-se inclusive uma elevação deste direito ao status de direito fundamental de forma expressa, porém, as normas que efetivam esta proteção, se forem harmônicas ao nível nacional e internacional, certamente reduzirão custos de *compliance* e promoverão um aumento da segurança jurídica, diminuindo assim eventuais impactos negativos na atração de investimento para o setor tecnológico.

Desta forma, em nosso entender, a PEC 17/2019 justifica-se também por inovar na criação da competência privativa da União sobre matéria de proteção e tratamento de dados pessoais, evitando assim normas conflitantes entre os entes da federação, bem como, evitando uma fragmentação da atividade fiscalizadora. Competência privativa que estaria totalmente em linha com o princípio da predominância do interesse (princípio norteador da repartição da competência legislativa).

⁶ Vide: KUNEVA, Meglena, *Keynote Speech Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, Brussels, (2009). Disponível em https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm - (último acesso em 05.10.2019).

⁷ Bruxelas, 25.04.2018 – COM (2018) 232 final.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

3. Das alterações à redação original, proposta pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados

No texto inicial do Senado Federal se propôs a elevação expressa do direito a proteção dos dados pessoais ao status de direito fundamental, por via da criação de um novo inciso no artigo 5.º da CF. Dispondo da seguinte forma:

Art. 1º Inclua-se no art. 5º, da Constituição Federal, o seguinte inciso XII-A:

"Art. 5º.....,

XII-A - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

....."

Redação que no decorrer da tramitação, ainda no Senado, sofreu alteração para que a previsão expressa do direito a proteção dos dados pessoais se efetive por via do alargamento do já existente inciso XII. Forma que ao final foi aprovada por aquela casa e encaminhada à Câmara dos Deputados com a seguinte redação:

"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



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

ou instrução processual penal, **bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais;** (grifo nosso)

.....
.....”

Nos parece errônea, sob o ponto de vista técnico, a redação final aprovada pelo Senado, posto que, como já nos manifestamos nos parágrafos anteriores, o fundamento para a inclusão do direito a proteção dos dados pessoais no rol dos direitos fundamentais, como direito autónomo em relação aos direitos à privacidade e à intimidade, reside exatamente no surgimento daquele como forma de assegurar a autodeterminação informativa, que é uma derivação que complementa o direito a privacidade. Ou seja, é exatamente a autonomia do direito a proteção dos dados pessoais que fundamenta a necessidade de sua previsão expressa no rol do art. 5º.

Logo, entendemos que, sob o ponto de vista técnico, a inclusão expressa do direito a proteção dos dados pessoais dentre os direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição, como direito autónomo, deveria realizar-se por via da inclusão de um novo inciso ao art. 5º da CF, igualmente autónomo. Entendimento que como veremos parece estar em linha com a Comissão Especial criada pela Câmara dos Deputados para análise da PEC 17/2019.

Para a tramitação da PEC na Câmara dos Deputados, criou-se uma comissão especial que após ouvir especialista e entidades vinculadas à matéria, emitiu parecer que coincide com nosso entendimento quanto a forma ideal para inclusão expressa do direito à proteção dos dados pessoais no rol de direitos fundamentais.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

Neste sentido a Comissão Especial da Câmara propôs nova alteração à redação da PEC aproximando-se a versão original, onde o direito a proteção dos dados pessoais passa a figurar expressamente na CF por via de um novo inciso LXXIX do art. 5º. Assim proposto:

“Art.

5º.....

LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

.....
.....”

O substitutivo apresentado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados carece de uma abordagem mais completa pois, para além da criação do novo inciso ao art. 5º, inova em outras questões não menos importantes.

Desta forma, inicialmente transcreverei de forma completa as alterações à redação da PEC 17/2019 proposta pelo substitutivo apresentado relator da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, para a continuação, comentar os pontos relevantes.

Assim propôs-se a nova redação para a PEC 17/2019:

Art. 1º- O art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido com o seguinte inciso:

“Art. 5º
.....



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

..... (NR) ”

Art. 2º - O art. 21 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXVI:

““Art. 21.

.....

XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente.”

Art. 3º - O art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX:

“Art. 22.

.....

XXX – proteção e tratamento de dados pessoais.

..... (NR) ”

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.



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

Art. 5º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Como podemos observar, o substitutivo aprovado pela comissão especial⁸ inova também ao propor um novo art. 2º à PEC 17/2019 com objetivo de alterar o art. 21 da CF.

Neste sentido, propõe a Comissão Especial da Câmara a inclusão do inciso XXVI ao art. 21 da CF promovendo assim não só uma alteração da competência legislativa da União (projeto inicial), mas também, uma alteração na competência material da União, para assegurar que caberá a União criar um órgão regulador responsável por organizar e fiscalizar a proteção dos dados pessoais, inclusive incluindo na própria redação do texto constitucional a necessidade de que tal órgão tenha independência.

Ainda quanto a criação do órgão regulador, o substitutivo proposto pela Comissão Especial propõe também a inclusão de um novo art. 4º à PEC para vincular desde logo as características do órgão regulador como sendo um órgão “independente, integrante da administração pública federal indireta” e submetido ao regime autárquico especial.

Quanto à importância e pertinência da criação da competência legislativa privativa da União⁹ já tivemos oportunidade de discorrer. Cabe-nos agora algumas breves linhas quanto a inclusão desta matéria entre a competência administrativa da União (art. 21 da CF). Nesse mister, pelos mesmos argumentos que utilizamos para ressaltar a importância da competência legislativa privativa

⁸ Em realidade foi apresentado um substitutivo inicial da Comissão Especial, que recebeu imediata alteração, ainda na própria comissão, através de um substitutivo do próprio relator. Desta forma ressaltamos que enfocaremos nossa análise somente no substitutivo “final” aprovado pela Comissão Especial e enviado para o plenário onde aguarda votação.

⁹ Que segue mantida no texto substitutivo proposto pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

(art. 22 da CF), defendemos aqui a importância e sobretudo a pertinência do substitutivo que inclui a proteção dos dados pessoais no rol de competência material (administrativa) da União, principalmente pelo fato de incluir no próprio texto constitucional a natureza jurídica do órgão regulador.

A criação do órgão regulador desde sempre foi um ponto controvertido. A referida matéria foi objeto de veto¹⁰ ao ser sancionada a LGPD. Posteriormente, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD¹¹ (doravante somente ANPD), inicialmente pela MP Nº 869/2019 e posteriormente convertida pela Lei 13.853/2019.

Conforme o art. 55-A da LGPD a ANPD foi instituída como órgão da Administração Pública Federal integrante da Presidência da República. Natureza jurídica que, consoante o parágrafo primeiro do mesmo artigo, será transitória podendo ser alterada pelo Poder Executivo para que passe a fazer parte da Administração Federal Indireta, não mais integrante, mas ainda sim, vinculada à Presidência da República.

Desta forma, muito embora o art. 55-B da LGPD assegure uma autonomia técnica à ANPD, ainda sim, estaríamos longe de um órgão independente, que possa garantir uma regulação eficiente¹².

Certamente a intenção da Comissão Especial da Câmara dos Deputados ao propor as alterações aos arts 21 e 22, ambos da CF, foi assegurar, para além da competência legislativa privativa da União (art. 22), também a competência material da União para a criação de um órgão regulador (art. 21), determinando

¹⁰ Vid art. 55 da LGPD.

¹¹ Cfr. o art. 55-A e seguintes à LGPD

¹² Quanto a importância da independência do órgão regulador não seria demais destacar que o RGPD destina, por exemplo, dois artigos (art. 51 e 52) para assegurar a independência dos órgãos de regulação dos Estados Membros da UE (Autoridades de Controle).



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

desde logo sua natureza jurídica no próprio texto constitucional, garantindo assim a necessária independência do mesmo.

Portanto, a aprovação da PEC 17/2019 com a redação dada pelos respectivos substitutivos propostos pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados estaria muito mais próximo do ideal para o cumprimento de sua função de incluir de forma expressa o direito a proteção dos dados pessoais, como direito autônomo, no rol do art. 5º da CF, bem como, para garantir tanto a competência material da União para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, como para garantir a competência legislativa privativa da União sobre a matéria, harmonizando assim de uma forma mais integral o marco legislativo que será necessário implementar.

4. Conclusão

Em vista das considerações acima, sou pela aprovação na íntegra do substitutivo proposto pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados e que aguarda votação em plenário da Câmara; bem como, posterior APROVAÇÃO da PEC nº 17/2019 com a redação dada pelo substitutivo da referida Comissão Especial.

Proponho que o presente parecer seja encaminhado, para ciência e providências, às autoridades dos Poderes Legislativo, quais sejam, os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, além de ser dirigido, por óbvio, aos autores da PEC e, ainda, ao Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

Justifica-se a urgência no encaminhamento do presente parecer tendo em vista o número de iniciativas legislativas em nível estadual e municipal que visam regular a matéria, bem como de iniciativas dos Poderes Executivos em nível estadual e nacional de utilização de dados pessoais cedidos às operadoras



Instituto dos Advogados Brasileiros

Av. Marechal Câmara, 240, 5º andar - 20020-080

Tels.: (21) 2240-3921/2240-3173

www.iabnacional.org.br

de telefonia por seus titulares sob pretexto de monitorar a expansão da pandemia da COVID-19, o que pode resultar na lesão aos direitos de privacidade dos titulares de dados pessoais, a tornar mais evidente e urgente a aprovação da proposta de emenda constitucional.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 06 de junho de 2020.

Jorge Eduardo Braz de Amorim
Comissão de Direito Digital

Fernanda MaibonSauer
Presidente da Comissão de Direito Digital