

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO - UNDB
CURSO DE DIREITO

BRENDA SAPHIRA LOPES CANTANHEDE COSTA

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO CLÁUSULA PÉTREA: a atuação do
Poder Constituinte Reformador

São Luís

2022

BRENDA SAPHIRA LOPES CANTANHEDE COSTA

**A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO CLÁUSULA PÉTREA: a atuação do
Poder Constituinte Reformador**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino
Superior Dom Bosco - UNDB como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Manuela Ithamar Lima

São Luís

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Costa, Brenda Saphira Lopes Cantanhede

A proteção de dados pessoais como cláusula pétrea: a atuação do poder constituinte reformador. / Brenda Saphira Lopes Cantanhede Costa. __ São Luís, 2022.

65 f.

Orientador: Profa. Ma. Manuela Ithamar Lima

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2022.

1. Direitos fundamentais. 2. Limites materiais. 3. Poder constituinte reformador. 4. Proteção de dados pessoais. I. Título.

CDU 342.7:007

BRENDA SAPHIRA LOPES CANTANHEDE COSTA

**A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO CLÁUSULA PÉTREA: a atuação do
Poder Constituinte Reformador**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino
Superior Dom Bosco - UNDB como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovada em 23 / 06 / 2022.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Manuela Ithamar Lima (Orientadora)

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Prof. Ma. Alyne Mendes Caldas

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Pesp. Me. Lourival Ferreira de Carvalho Neto

Universidade de Brasília

Ao meu Deus, à minha família, aos meus amigos e à minha orientadora. Essa monografia foi feita a muitas mãos, obrigada a cada um por contribuírem para que esse momento chegasse. Conseguimos!

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, toda honra e toda glória pelas minhas pequenas conquistas. Aos meus pais, Graciela Pires e Valberto Costa, obrigada por sonharem comigo, por priorizarem minhas escolhas e por trabalharem diariamente para que eu pudesse estudar. Aqui se concretiza um sonho e vocês continuam sendo a razão de tudo.

Às minhas avós, Joana Pires Lopes e Maria do Carmo Cantanhede Costa que construíram minha família com valores basilares para a minha formação ética, moral e, agora, profissional.

As minhas tias Wellinghda Pires, Wylma Pires, Emanuelle Pires, Valdilene Costa, Vanilde Costa e Verônica Costa, mulheres fortes e determinadas que me apoiaram, compreenderam e motivaram durante toda a minha vida. Obrigada por serem referenciais.

A minha orientadora, Manuela Lima, obrigada pelo olhar crítico, honesto e sempre assertivo no desenvolvimento dessa pesquisa e acima de tudo, por ter aceito me auxiliar quando tudo isso ainda estava no plano das ideias.

Aos meus amigos de jornada Amanda Souza, Maria Vitória Soeiro, Yasmin Silva e Luís Fernando Castro, vocês são peças fundamentais em cada passo dessa trajetória. Obrigada por me abraçarem, encorajarem e acreditarem na minha capacidade e por sonharem junto comigo todos esses anos. Sem perceber, vocês me impediram muitas vezes de desistir dessa caminhada quando tinham sempre palavras carinhosas e de incentivo nos momentos difíceis.

Aos amigos José Ivo Vieira e Carlos Eduardo Gehlen, companheiros de curso, minhas duplas de *case* e de *paper* que não continuaram nesta área, mas que me marcaram profundamente. Vê-los encontrarem seus caminhos também faz parte dos meus sonhos, obrigada pela amizade de vocês.

Aos amigos de turma Giovanna Gonçalves, Reniel Trindade, Ydssa Nunes, Maria Clara Nunes e Laís Mendes, pelos anos de convivência, suporte e parceria neste ciclo tão importante que é a graduação.

À minha célula, por todas as orações, estímulos e companheirismo, juntos vamos mais longe. Destaco aqui, a minha discipuladora Cíntia Rodrigues, pelo tempo de escuta sincera e olhar sempre positivo perante os meus anseios e inseguranças. Obrigada por nunca duvidar que esse momento chegaria.

Aos amigos Gabriela Moura, Érika Araújo e Mateus Fogolin, pelo companheirismo que faz com que momentos difíceis sejam vividos com uma leveza necessária e pela certeza de que pude contar com vocês a qualquer tempo. Estendo aqui, a minha gratidão a Juliana Pereira,

Camila Pontes e Samantha Pinto, por serem inspirações e por todo incentivo. Assim como Maryana Praseres e Maria Luiza Oliveira, pela torcida e por se alegrarem com cada degrau subido nesta fase.

Aos que estiveram envolvidos, direta ou indiretamente, dentro desse processo: meu muito obrigada! Os levo em meu coração.

"Consagre ao Senhor tudo o que você faz, e os seus planos serão bem-sucedidos."

Provérbios 16:03

RESUMO

Ao longo desta monografia serão tratadas as questões sobre a inclusão da proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais e a ampliação da proteção conferida pela Constituição Federal à privacidade, à intimidade e ao sigilo de dados, para concluir de que forma o surgimento de novos direitos fundamentais se estabelecem como novos limites ao poder constituinte reformador. Em face disso, estabelece-se como problema de pesquisa: qual o alcance da limitação material do poder de reforma contido no surgimento de novos direitos fundamentais, como o direito à proteção de dados pessoais? Em resposta a ele, a presente pesquisa levanta a seguinte hipótese: o poder constituinte reformador atua, a partir do procedimento específico de alteração ou ampliação do texto constitucional, sendo possível afirmar que o reconhecimento como direito fundamental à proteção de dados pessoais se configura como uma nova espécie do rol exemplificativo dos direitos de personalidade, ampliando a tutela geral da proteção da pessoa humana. O objetivo central, portanto, é analisar se, e em caso positivo, em que medida, a redação dada pela EC 115/22, a qual deixa claro que o direito fundamental à proteção de dados pessoais passa a estar submetido a uma expressa reserva legal simples, traz autonomia ao legislador infraconstitucional para efeito de estabelecer intervenções restritivas no âmbito de proteção do direito, implicando, por outro lado, a observância das exigências da reserva de lei. Ademais, é estudado o direito à proteção de dados pessoais como cláusula pétrea para então abordar como funcionam os limites ao poder constituinte reformador. Concluindo-se assim, que na condição de direito fundamental, o direito à proteção de dados pessoais, assume a condição de limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os assim chamados limites formais, circunstanciais e materiais, nos termos do artigo 60, parágrafos 1 a 4º, da CRFB/88. Para desenvolver de forma aprofundada e detalhada a presente pesquisa fora utilizado o método hipotético-dedutivo, a pesquisa partiu-se de uma análise bibliográfica sobre o tema na literatura nacional, com natureza exploratória e de cunho documental.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Limites materiais; Poder Constituinte Reformador; Proteção de dados pessoais.

ABSTRACT

Throughout this monograph, it will be questioned the inclusion of the protection of personal data in the list of fundamental rights and the expansion of the protection conferred by the Brazilian Federal Constitution on privacy, intimacy and data secrecy, in order to conclude how the emergence of new fundamental rights are established as new limits to the power of constitutional amendment. In view of this, it is established as a research problem: what is the scope of the material limitation of the amendment power contained in the emergence of new fundamental rights, such as the right to protection of personal data? In response to it, the present research raises the following hypothesis: the power of constitutional amendment acts in the specific procedure of alteration or expansion of the constitutional text, thus being possible to affirm that the recognition as a fundamental right to the protection of personal data is configured as a new species of the exemplary list of personality rights, expanding the general protection of the human person. Thereafter, the wording given by EC 115/22 will be addressed, which makes it clear that the fundamental right to the protection of personal data becomes submitted to an express and simple legal reservation, which gives autonomy to the infraconstitucional legislator for the purpose of establishing restrictive interventions. within the scope of protection of the right, besides implying, on the other hand, the observance of the requirements of the reservation of law. In addition, the right to protection of personal data is studied as a petro clause in order to address how the limits to the power of constitutional amendment work. It is thus concluded that, as a fundamental right, the right to the protection of personal data, assumes the condition of material limit to the constitutional reform, and that, in addition, the so-called formal, circumstantial and material limits must be observed, under the terms of the article 60, paragraphs 1 to 4, of CRFB/88. To develop this research in depth and detail, it was used the hypothetical-deductive method, likewise having the nature of an exploratory, bibliographic and documentary study.

Keywords: Fundamental rights; Materials limits, Power of constitutional amendment; Protection of personal data.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
LAI	Lei de Acesso à Informação
MCI	Marco Civil da Internet
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O PODER CONSTITUINTE REFORMADOR: DEFINIÇÕES E PRESSUPOSTOS	15
2.1	Conceituações, criação e características do Poder Reformador	15
2.2	Interpretação e discussão acerca da sua atuação	28
2.3	Legitimidade e limites quanto ao seu procedimento	22
3	A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL	28
3.1	O Direito à proteção de dados pessoais: evolução e fundamentalidade	28
3.2	A legislação brasileira frente à proteção de dados	31
3.3	A proteção de dados pessoais como Emenda Constitucional	36
4	O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENQUANTO NOVO LIMITE AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR	40
4.1	A abertura do catálogo de direitos fundamentais na CRFB/88	40
4.2	Proteção de dados pessoais e as cláusulas pétreas	45
4.3	O direito à proteção de dados pessoais e os limites ao poder constituinte reformador: possibilidades e limitações	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
	REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais se instauram como normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos. Assim, a interpretação faz-se necessária porque transforma textos normativos em normas jurídicas, viabilizando sua aplicação em casos concretos, pois toda norma jurídica expõe um conteúdo do qual quer tratar, logo, toda representação possui uma finalidade. Segundo Gilmar Mendes (2010), a interpretação constitucional fixa os sentidos das normas da lei fundamental, sejam elas regras ou princípios, tendo como objetivo solucionar problemas práticos, mas quando a simples leitura dos textos não permitir, que haja pelo menos, a compreensão do seu significado e alcance.

Outrossim, a Constituição de 88, representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia. Assim, fora possível promulgar um texto que tem como marcas distintas o profundo compromisso com os direitos fundamentais, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido de construir uma sociedade mais inclusiva, fundamentada na dignidade humana. (SARMENTO, 2010). Desse modo, é necessário que haja a compreensão da construção constitucional, em que a Constituição é a norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico, sendo considerada também como marco de parametricidade, em que pondera a validade das normas.

Assim, observa-se que as ferramentas tecnológicas se desenvolvem de forma acelerada e desta forma, ocasionam uma exposição de forma crescente das informações particulares dos indivíduos. Sendo assim, é necessário que haja a compreensão da regulamentação do direito à proteção de dados pessoais.

Segundo Bernardo Gonçalves (2017, p. 322), a constitucionalização dos direitos, tornando-os direitos fundamentais, implica reconhecer as pessoas como sujeitos de direito frente aos Estados, com poder para se opor a abusos e buscar a satisfação de suas necessidades. Nesse ínterim, o direito à proteção de dados pessoais se apresenta na condição de direito fundamental na CRFB/88, tendo em vista que é um instrumento essencial para a proteção da dignidade da pessoa humana, direito primordial para a manutenção da cidadania no regime democrático.

Tendo-se em vista a Constituição de 1988 que voltou os seus olhos para o fomento de garantias fundamentais dos sujeitos, instituindo normas voltadas à defesa desses grupos, a promover a limitação jurídica do poder político em prol da proteção do indivíduo, a instabilidade decisória nos tribunais se prova como uma das que não o faz. Sabendo disto, a interpretação da lei sobre a conjugação da letra do texto considerando as características

históricas, políticas, ideológicas do momento, a fim de encontrar o melhor sentido da norma jurídica, em contraponto com a realidade socio político-econômica, nesse caso concreto, tornam-se necessárias. Pela pluralidade de condicionantes, é importante saber até onde chega o alcance da limitação material do poder de reforma contido no surgimento de novos direitos fundamentais, como o direito à proteção de dados pessoais.

A hipótese central deste trabalho aponta para o poder constituinte reformador como um instituto que se revela como uma questão de “poder” e de “força” ou de até mesmo, de “autoridade” que está em condições para concretizar, criar, garantir ou delimitar uma Constituição entendida como uma norma fundamental para a comunidade política. Nesse ínterim, o reconhecimento do direito à proteção de dados como um novo direito fundamental se configura como uma nova espécie do rol exemplificativo dos direitos de personalidade, ampliando a tutela geral da proteção da pessoa humana. Seguem-se a esse pressuposto as consecutivas hipóteses secundárias: o tempo que se situa entre a ruptura constitucional e a reconstitucionalização, período este que costuma ser designado hiato constitucional. Sendo assim, em tempos de crises constitucionais, a sociedade civil deve atentar-se em proteger a solidez democrática. Desta maneira, a resolução do hiato pode ocorrer por mutação constitucional mediante uma revolução ou via de reforma constituinte; o avanço tecnológico e, principalmente, o progresso qualitativo na organização das informações impactaram significativamente as liberdades individuais, uma vez que a determinação informativa é justamente garantir ao cidadão a palavra final no controle de seus dados.

A metodologia proposta inicia-se com o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa. Quanto aos seus objetivos, a pesquisa foi exploratória e descritiva. Já quanto aos procedimentos técnicos, o adotado foi a pesquisa bibliográfica (GIL, 2010), constituída pelo uso de livros, artigos científicos, obras já publicadas, trabalhos acadêmicos, entre outros, como suporte para construção do conteúdo apresentado.

Por oportuno, para que haja a compreensão de forma coesa e coerente das ideias apresentadas, o trabalho divide-se da seguinte forma: no primeiro capítulo, será abordado o poder constituinte reformador: definições e pressupostos, juntamente com suas características e interpretações; o segundo capítulo trará a proteção de dados pessoais como direito fundamental e a legislação brasileira frente a essa proteção; por fim, o terceiro capítulo apreciará o direito fundamental à proteção de dados pessoais enquanto novo limite ao poder constituinte reformador.

2 O PODER CONSTITUINTE REFORMADOR: DEFINIÇÕES E PRESSUPOSTOS

O presente capítulo tem como objetivo demonstrar um breve panorama sobre o processo de construção constitucional e o alcance normativo do Poder Constituinte Derivado Reformador, demonstrando a natureza jurídica do Poder Constituinte, com base na interpretação por meio da hermenêutica jurídica, além de apontar os motivos que possivelmente poderão acarretar a limitação da interpretação dos dispositivos criados a partir dele. Deste modo, abordam-se as definições das categorias de poderes, assim como, os pressupostos necessários para as suas validações.

Dessa maneira, deseja-se, na primeira seção, apontar os conceitos, a criação e destacar as características do Poder Reformador, a partir da Constituição de 1988 e sua evolução temporal. Além disso, pretende-se debater sobre a interpretação e a discussão acerca da sua atuação. Por último, apresentam-se quais são os requisitos para a sua legitimidade e seus limites quanto ao procedimento, perpassando sob sua independência a partir de sua aplicação e, seguindo pela possibilidade de haver uma sistematização dos processos utilizáveis na produção de sentido.

2.1 Conceituações, criação e características do Poder Reformador

Em geral, costuma-se entender que no ordenamento jurídico, a Constituição é a norma fundamental e basilar do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a criação desta, deve observar os princípios e as normas constitucionais, possibilitando uma maior segurança jurídica na qualidade, eficácia e eficiência das normas. Assim, faz-se necessário a compreensão da valoração dotada aos Poderes Constituintes, em especial, ao Poder Constituinte Derivado Reformador.

Pondera-se que o objetivo de se reformular o texto constitucional está fundamentado na mudança contínua das relações sociais. Sendo assim, o conteúdo de uma norma constitucional não poderá, assim, afrontar, com as injunções sociais, vindas daqueles que detêm o poder constituinte do Estado. Portanto, a sociedade possui o direito de reavaliar e modificar as diretrizes presentes na Lei Suprema que a rege (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

Logo, a Constituição é parte fundamental na formação do ordenamento jurídico de um Estado, pois é esta que confere sentido e base para todo o sistema, visto que são as suas

normas traçadas pelos princípios do Direito que configuram segurança, eficácia e eficiência para toda e qualquer regulamentação, possibilitando que todas as outras normas, estejam submetidas à observância dos preceitos da Constituição, na qual existe um procedimento complexo para a alteração, fazendo com que o Poder legiferante não a altere conforme sua livre vontade.

Nesse quesito, é demonstrado que Poder Constituinte é a força propulsora que faz surgir a Constituição como também é o que a modifica (BULOS, 2015), fornecendo diretrizes fundamentais do Estado e a energia vital das Constituições, ou seja, o Poder Constituinte é a manifestação soberana da vontade de um povo, organizado política e juridicamente (BULOS, 2015).

O Poder Constituinte Derivado Reformador, desta maneira, se concretiza na alteração do texto constitucional, observadas as restrições impostas na própria Carta. Assim, cabe ao Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal, representante dos estados-membros, a modificação da Carta Maior.

Nesse condão, o Poder Constituinte Derivado Reformador, chamado por alguns de competência reformadora, tem a capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução (BULOS, 2015). Ademais, segundo Luís Roberto Barroso (2020, p. 116), poder constituinte é o poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição. Dessa maneira, é através do poder originário que dá início a um novo Estado, com suas características de Soberania, Território e Povo.

Logo, o Poder Constituinte Derivado pode ser comparado aos seus diversos sinônimos, quais sejam constituídos, remanescente, de segundo grau, instituído e secundário. Em uma comparação de Zulmar Fachin (2012, p.61), apresentam distinções entre o Constituinte Originário e o Derivado, “a) o primeiro tem legitimidade para fazer uma nova Constituição; o segundo não pode elaborar uma nova Constituição, mas apenas alterá-la; b) o primeiro não está submetido a vínculos jurídicos; o segundo está vinculado às normas constitucionais; c) o primeiro é livre para tratar de qualquer matéria, inclusive revogar, sem limites, a ordem jurídico constitucional em vigor; o segundo está impedido de abolir certas matérias (cláusulas pétreas) explícitas e implícitas”.

Sendo assim, o Poder Constituinte Derivado não tem o poder de criar uma Constituição, apenas tenta acompanhar a evolução da sociedade, sem romper com o Estado Democrático de Direito, dando continuidade aos preceitos estabelecidos pelo Poder Originário.

Logo, como poder que tem origem na própria Constituição, o poder de reforma é um poder derivado, jurídico e limitado. Derivado porque decorre do poder constituinte originário; Jurídico porque está contido na Constituição; e limitado porque um “corpo submetido a formas constitutivas só pode decidir algumas coisas segundo a Constituição” (SIEYÈS, 1988, p. 124).

Outrossim, o exercício do poder constituinte derivado é verificado por meio das emendas constitucionais, pelo qual modifica gramaticalmente o Texto Supremo. Contudo, o procedimento de reforma da Constituição através de emenda é um processo moroso, pois o legislativo precisa respeitar o poder de iniciativa (art. 60, I, II e III) e o Quórum de aprovação (art. 60, § 2.º).

Ressalta-se, ainda, que as principais características do Poder Constituinte Derivado de Reforma são: a) Derivação: Por ser um poder secundário, retira-se o seu fundamento de validade na CRFB/88 (arts. 60 da CR e 3.º do ADCT), derivando então, da Lei Maior; b) Limitação: Há entendimento firmado, pelo Supremo Tribunal Federal-STF, que não admite que haja prevalência de direito adquirido ante a Constituição, seja perante o poder constituinte originário, seja perante o poder constituinte derivado. Em contrapartida, a única possibilidade é de que essa garantia só é invocável diante do legislador ordinário, não do constituinte. Para o STF, a emenda constitucional possui retroatividade mínima, podendo o poder constituinte originário impor retroatividade máxima ou média. Na verdade, não se trata de um verdadeiro poder constituinte, mas de um poder constituído ou instituído, que tem como características a derivação, a subordinação e o condicionamento (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

Não obstante, é considerado um Poder subordinado, condicionado, limitado e jurídico. É subordinado porque está, a partir do Poder Constituinte Originário, obedecendo aos princípios e limites por estes determinados, que estão expressos na Constituição Federal. É considerado condicionado porque a sua obra só é tida como válida se o seu exercício observar os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal. Destaca-se que a sua limitação se dá porque a sua atuação é limitada, restrita, tendo, portanto, que observar os limites materiais, temporais e circunstanciais, constantes em dispositivos da própria Lei Maior (TARJINO, 2007).

Portanto, com as constantes evoluções da sociedade, não se pode limitar a Constituição a um único texto, é necessário que este seja sujeito a alterações após a sua promulgação. Nesse sentido, em concordância com José Elaeres Marques Teixeira, em seu artigo denominado “O poder constituinte originário e o poder constituinte reformador”, extrai-se a ideia de que a imutabilidade da Constituição foi defendida por alguns iluministas do século XVIII, que imaginaram possível uma Carta de princípios debaixo da qual a sociedade viveria

para sempre. Para o autor, se a Constituição é o resultado da vontade comum de um determinado grupo social e se houver mudança dessa vontade, há necessidade de reforma do texto constitucional. Caso contrário, o caminho que restaria para os momentos de crise seria o da força e da violência. Nesse contexto, “o poder de reforma da Constituição tem caráter instrumental, no sentido de que a ele incumbe a defesa da Constituição, proporcionando os acertos e as acomodações necessárias em razão das crises políticas que invariavelmente ocorrem” (TEIXEIRA, 2003, p. 205).

2.2 Interpretação e discussão acerca da sua atuação

Na presente seção, buscou-se apresentar a importância na interpretação dos direitos fundamentais ao se observar a inclusão de novos direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas. Considerando que, nessa perspectiva, os direitos fundamentais são concebidos em diferentes contextos históricos cujas circunstâncias sociais, econômicas, políticas, jurídicas, religiosas, filosóficas e tantas outras, apresentam-se como principais requisitos para a sua criação, evolução e mutabilidade de conteúdo.

Num primeiro momento, indaga-se sobre a complexidade de se interpretar uma norma e da importância de se estabelecer parâmetros para a sua execução. Nesse contexto, tendo em vista os métodos de interpretação, J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 151), considera:

Para se captar o sentido da lei constitucional devem utilizar-se os cânones ou regras tradicionais da hermenêutica. O sentido desvenda-se através da utilização como elementos interpretativos: (i) do elemento filológico (=literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (=elemento sistemático); (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico (=elemento racional); (v) do elemento genético.

Desse modo, é necessário destacar o conceito do método gramatical, pois este é o princípio de qualquer interpretação. Assim como, o método literal ou textual, que consiste na verificação do sentido das palavras, da maneira como foi escrita, ou seja, corresponde a uma compreensão literal. Todavia, nem sempre, a utilização somente desse método, possibilita uma interpretação adequada da norma (SAVIGNY, 1933).

Também, é um método de interpretação, o método histórico. Visto que, considera-se que é feita uma análise mais detalhada da norma, averiguando todo o processo de aprovação, desde a sua origem até a promulgação, ou veto, se houver, buscando por meio dos fatos a sua explicação (SAVIGNY, 1933).

Diante disso, com a operacionalização não existe atributo para se resolver os conflitos transindividuais emergentes, pois há uma compatibilidade deles a uma lógica individualista, estimulada pela averiguação da verdade nos processos judiciais. Nesse sentido, expressa:

Crer que há uma essência verdadeira em si mesma do Direito - como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é, as chamadas leis da natureza, sejam apreendidas como autênticos corolários a que se acenderia pelo raciocínio a partir de princípios auto evidentes estabelecidos a priori; seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável (STRECK, 2000, p. 65).

Visto que a interpretação clássica das normas está alicerçada em uma aplicação tradicional, que vincula o Direito sob um ângulo dogmático que revela a interpretação gramatical restrita, com prioridades específicas que conduz o intérprete à superficialidade, em que seu raciocínio será, de forma ingênua, lógico, preciso e cômodo. Desse modo, deve-se pela subsunção da norma geral ao caso concreto ser superada em favor de uma complexidade hermenêutica, precisa e necessária.

Bem como, menciona Habermas (1997, p. 247), que a hermenêutica jurídica teve o mérito de contestar o modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, sendo assim, esta pretende estabelecer um modelo processual de interpretação. Este fato faz com que o objeto da hermenêutica jurídica seja a sistematização dos processos utilizáveis na produção de sentido e no alcance das expressões.

Cumprido salientar, ainda que, as normas estabelecidas pelo Poder Constituinte Derivado de Reforma não se esgotam numa mera interpretação, mas sim, numa concretização. Daí a impossibilidade da interpretação tradicional, isoladamente, contribuir para uma efetivação destes direitos. Por isso, é necessário se utilizar os métodos tradicionais e os novos, sem esquecer que interpretar a Constituição é concretizá-la.

Ademais, para Paulo Bonavides (2011, p. 585), uma nova interpretação tem a finalidade de concretizar o preceito constitucional, de tal forma que concretizar é algo mais do que interpretar, é aperfeiçoar e conferir sentido à norma, ou seja, é interpretar com criatividade, seguindo princípios que direcionam a atividade e enfatizam a ponderação nas situações conflituosas, inclusive aquelas que envolvem problemas relativos aos direitos fundamentais.

É indubitável que há controvérsias doutrinárias no que diz respeito à interpretação da atuação do Poder Reformar ao constituir novos direitos fundamentais ao longo dos anos.

Tendo em vista que, ao se fazer uma interpretação literal da posição de tais direitos dentro da Constituição, poder-se-ia considerar cláusulas intangíveis todos os direitos elencados nos incisos do art. 5, e mais nenhum, visto que estão vinculados na forma do capítulo I do Título II, da Constituição de 1988, o rol de direitos e garantias individuais eleito pelo constituinte, não cabendo aos poderes constituídos o prolongamento do dispositivo. Como afirma Luís Roberto Barroso (1999), em que a atribuição de um peso definitivo ao elemento gramatical esbarra na insuficiência do seu uso exclusivo no âmbito da moderna hermenêutica jurídica.

Por isso, entende-se que a interpretação do art. 60, § 4º, IV, deve ser realizada compreendendo todos os direitos fundamentais do ser humano, e não apenas restringindo-a a uma única espécie: os direitos individuais. Trata-se, portanto, de uma atecnia cometida pelo legislador constituinte, que utilizou a expressão direitos individuais no lugar de direitos fundamentais. Admitir a abolição dos direitos sociais, dos direitos coletivos, dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos ocasionaria a destruição da identidade do sistema constitucional imposto pela Assembleia Constituinte ao promover o texto da Constituição (JANINI, 2018).

Outro ponto que ainda encontra divergência na doutrina é de que quanto a saber se além dos direitos individuais, expressamente referidos no art. 60, § 4º, da CRFB/88, também os direitos sociais estariam protegidos como cláusula pétrea. De um lado, nega-se que os direitos sociais participem do rol dos limites materiais ao poder de reforma, argumentando-se que aquele dispositivo da Lei Maior fala em “direitos e garantias individuais” e não em direitos fundamentais, gênero de que tanto os direitos individuais como os sociais seriam espécies. Se o inciso IV do § 4º do art. 60 não aludiu a direitos sociais, não os terá tomado como especialmente protegidos. Diz-se, ainda, que essa teria sido uma opção do constituinte, atenta à diferenciada estrutura entre direitos individuais e direitos sociais. Como estes últimos, por serem direitos à prestação, estão na dependência de condições variadas no tempo dos recursos disponíveis, não poderiam ser afirmados como imodificáveis (MENDES, 2017).

De outro lado, argui-se que os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No Título I da Constituição, proclama-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título, em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente,

em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado Democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do §4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma “lacuna de formulação”, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos (MENDES, 2017).

Ex positis, é sabido que a interpretação das normas envolve uma série de particularidades inerentes à ordem constitucional, tais como o caráter inicial das normas constitucionais, a sua abertura que permite e requerem atualizações, a linguagem sintética e algumas vezes lacunosa, além da amplitude dos termos empregados e a presença de princípios. Assim, estas peculiaridades ensejam uma hermenêutica constitucional amparada em técnicas que não desprezem o seu efeito sobre a sociedade e não tornem a interpretação de uma norma constitucional uma mera interpretação legal sem maiores repercussões. Neste ponto, a hermenêutica deve ser um instrumento de promoção de uma interpretação dinâmica do texto constitucional, capaz de se adequar a uma teoria constitucional cada vez mais relevante num contexto de Estado Democrático de Direito.

O que se instaura é a necessidade de uma interpretação em que considera a realidade social e torna-se menos mecânica e formal, exercendo uma influência positiva para a interpretação dos direitos fundamentais à medida que toma em consideração a realidade social evidenciada pelo âmbito normativo, restando aos intérpretes técnicos a ponderação, o bom-senso e o cuidado no momento de proceder à interpretação das normas jurídicas.

Portanto, essa interpretação permite uma maior transparência nos critérios de decisão, maior clareza nas sentenças, possibilitando um compromisso ético e recíproco entre as partes, no sentido de respeitar o que foi conciliado, arbitrado, ou mediado, e, fortalecendo o processo decisório, explicita o potencial transformador da sociedade inerente à aplicação da lei em face das inúmeras contradições existentes (MARIN, 2012).

Segundo a Constituição Federal, no seu artigo 102 caput, ao Supremo Tribunal Federal compete à guarda da Constituição, assim, protegendo a constituição e todo o ordenamento jurídico, tem o poder de interpretar leis conforme a constituição, e declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de Leis, ou Emendas Constitucionais, só não podendo declarar a inconstitucionalidade de normas originariamente constitucional, mas podendo mudar o entendimento do texto constitucional, realizando o fenômeno da mutação constitucional (JÚNIOR, 2020).

Em conformidade com este pensamento, a doutrinadora Samantha Ribeiro destaca:

A interpretação da Constituição consiste na interpretação de seu próprio texto em relação aos seus princípios e regras, da busca do significado e sentido de suas normas, tendo em vista a harmonização do sistema, bem como à sua aplicação no plano fático. Ela auxilia na manutenção do ordenamento jurídico, pois é com fundamento na Constituição que os demais atos normativos são editados. A interpretação torna o direito constitucional operativo dinâmico (RIBEIRO, 2015, p. 2).

Dessa forma, por ser o “protetor” da Constituição, o STF tem o condão de dar à Constituição uma interpretação diversa, sem a alteração do seu texto. Assim, os doutrinadores chamam essa mudança de alteração informal da Constituição, visto que com essa mudança o texto constitucional segue o mesmo, não se valendo do poder legislativo para tal mudança, altera-se somente o sentido, a interpretação que é dada ao texto constitucional.

2.3 Legitimidade e limites quanto ao seu procedimento

O Estado Democrático de Direito é formado por normas constitucionais que são elaboradas, a princípio, pelo Poder Constituinte Originário. Assim, na presente seção, o objetivo é explicar os limites que são atribuídos ao Poder Constituinte Reformador, espécie do Poder Constituinte Derivado, que é o responsável pela atualização das normas constitucionais, bem como especificar o seu conceito, evolução histórica e características.

Observa-se que o Poder Constituinte não é um poder soberano, logo, leva-se em consideração princípios, valores e condições. Sendo assim, está sujeito a limites transcendentais. Dessa forma, como o poder de reforma constitucional é instituído na Constituição, ele sofre limitações de ordem temporal, circunstancial, material e procedimental, sobre as quais passemos a analisar.

Assim, são fixadas como restrições específicas ao Poder Constituinte Derivado Reformador, as limitações de ordem temporal, não podendo ocorrer modificação em determinado lapso de tempo; limitações circunstanciais, impedindo-se a alteração do texto de normas em circunstâncias nas quais o Estado esteja enfrentando problemas e excepcionalidades no setor político-jurídico; limitações materiais, desviando-se determinadas matérias do alcance do poder reformador e limitações formais ou procedimentais, devendo-se respeitar ritos estabelecidos para o processo legislativo de alteração constitucional (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

Quanto às limitações formais, Mendes (2017, p. 115) pondera que, “sendo um poder instituído, o poder de reforma está sujeito a limitações de forma e de conteúdo. Entre nós, a liberdade do órgão reformador sofre restrições de ordem procedimental. Assim, exige-se quórum especialmente qualificado para a aprovação de emenda à Constituição”. Por essa razão, o art. 60 da Constituição Federal (BRASIL, 1998), estabelece que só possa haver emendas constitucionais por meio de proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Não apenas, na sequência do rito, deverá haver discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, aprovando-se a proposta de emenda e se obtiver três quintos dos votos dos respectivos membros em ambos os turnos.

Em contrapartida, as limitações circunstanciais estão expressas no art. 60, § 1º, não possibilitando emendas à Constituição na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Dessa maneira, não se altera texto constitucional por meio de emendas na circunstância de decretação de intervenção federal, prevista no art. 34, da CRFB/88. Em regra, é uma medida imposta de forma excepcional, para afastar invasão estrangeira ou de uma Unidade da Federação em outra; de forma que não haja o comprometimento da ordem pública; para assegurar o livre exercício de qualquer dos Poderes; reorganizar as finanças; prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial e assegurar a observância dos chamados princípios constitucionais sensíveis (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

Bem como, não se poderá emendar a Constituição Federal na hipótese de decretação de estado de defesa, observado os requisitos do art. 136 da CRFB/88, a fim de que haja a preservação ou tentativa de restabelecimento da ordem pública e da paz social. Também, não se poderá modificar a Constituição, por meio de emenda, na hipótese de vigência de estado de sítio, conforme o art. 137.

Além disso, as limitações temporais proíbem a alteração de texto constitucional em determinado período de tempo. Esta hipótese, todavia, não possui previsão expressa na CRFB/88. Neste sentido, esclarece Cunha Júnior (2017, p. 219) que “essas limitações não mais subsistem no nosso sistema constitucional, mas teve previsão expressa na Constituição do Império de 1824, que proibiu qualquer reforma em seu texto durante os quatro primeiros anos de promulgada”.

Segundo Paulo Bonavides, a finalidade das limitações temporais é a promoção da consolidação da “ordem jurídica e política recém-estabelecida, cujas instituições ainda expostas

à contestação, carecem de raiz na tradição ou de base no assentimento dos governados” (BONAVIDES, 2006, p. 199).

Por fim, as limitações materiais, afastam do alcance do poder de reforma determinados conteúdos, estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário, para que tais matérias sejam valorizadas e preservadas pela sociedade. Logo, esses temas são denominados de cláusulas pétreas, podendo ser encontrados de forma implícita ou explicitamente no corpo de normas da Constituição Federal. Na Constituição vigente, afere-se petrificadas frente à possibilidade de emendas constitucionais, a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais, tudo conforme determinado pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Desse modo, as cláusulas pétreas podem ser de duas formas: explícitas ou implícitas, como destaca Temer (2005):

São explícitas as que impedem a alteração da Federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Não se permite nem mesmo deliberação sobre proposta de emenda tendente a aboli-las. [...] São implícitas as vedações atinentes à supressão do próprio artigo que impõe expressamente aquelas proibições. [...] Outra vedação implícita é impeditiva de reforma constitucional que reduz as competências dos Estados federados. [...] Também se veda, implicitamente, alteração constitucional que permita a perpetuidade de mandatos. [...] é proibição implícita aquela atinente ao procedimento de criação da norma constitucional (TEMER, 2005, p.36).

Assim, as cláusulas pétreas explícitas estão expressas no rol do artigo 60, § 4º da CRFB, enquanto as implícitas são as que não estão escritas, mas por serem normas fundamentais e de extrema importância para o sistema adotado pela Carta Maior não se pode desampará-las da limitação material. Visto que, tudo que possa ser identificado como uma alternativa central para o projeto do constituinte originário pode ser considerado como imune à ação do poder de reforma, por causa de sua natureza jurídica. Sendo importante, a verificação da constitucionalidade da relativização das cláusulas pétreas perante as emendas constitucionais (SILVA, 2018).

No Brasil, desde a Constituição de 1891, têm sido estabelecidas limitações materiais ao poder de reforma. Verifica-se em seu art. 90, § 4º, que não poderiam “ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 137).

Sabe-se que as limitações materiais ao poder de reforma não estão exaustivamente enumeradas no art. 60, §4º, da Carta da República. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma

evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional. A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional (MENDES, 2017).

Em torno das cláusulas pétreas, limites materiais, há várias discussões, o argumento dos que sustentam serem juridicamente inaceitáveis, apega-se à ideia de que não haveria uma diferença de substância entre o poder constituinte de revisão e o originário, sendo ambas as formas de expressão da soberania do Estado. Ambos são exercidos, num regime democrático, por representantes do povo, por ele eleitos. Não haveria por que considerar o poder constituinte exercido num certo momento como superior à vontade do poder de revisão expressa posteriormente. Diz-se desarrazoado supor a existência de uma autolimitação da vontade nacional operada pelo constituinte originário. A declaração de intangibilidade, por isso, teria uma função política, mas não força jurídica (MENDES, 2017).

Tendo em vista que, mais do que se prender à literalidade do artigo 60, §4º, da Constituição, é possível traçar-se um caminho na hermenêutica constitucional na direção de que há um núcleo, mesmo que não expresso em nenhum artigo, intangível. Assim, movimentos de reforma que vão de encontro com os desígnios constitucionais, extinguindo cláusulas mínimas estarão revestidos de inconstitucionalidade. Como explica Ingo Sarlet (2016), essa imutabilidade da constituição evita uma ruptura constitucional, gerada pelas pressões daqueles grupos detentores de poder.

Ademais, pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal proferiu no julgamento da ADI 939-DF a inconstitucionalidade de dispositivos insertos na emenda constitucional nº 03/1993, que excluía o IPMF da incidência do princípio da anterioridade tributária. Assim, Gilmar Mendes (1997), afirma que o STF entende que os limites materiais ao poder de reforma encerram proibições de ruptura dos princípios nelas contidos, de maneira que, caso as emendas suprimam o núcleo essencial das cláusulas pétreas isoladamente consideradas, elas devem ser declaradas inconstitucionais, ainda que não haja risco de desgaste da Constituição como um todo. Logo, o Judiciário deve restringir o âmbito de proteção do dispositivo a garantia da intangibilidade das condições, apenas procedimentais e não procedimentais, com inauguração

da democracia estabelecida pela Constituição de 1988, e não a paralisação de um projeto específico de desenvolvimento da sociedade definido pelo constituinte de 88.

Sendo assim, entende-se que hodiernamente na hermenêutica jurídica quando o dispositivo é o objeto da interpretação, a norma é o seu resultado, ou seja, o sentido construído pelo intérprete a partir do dispositivo. Dessa forma, não há coincidência entre dispositivo e norma. Portanto, a eficácia na proteção das cláusulas pétreas contra as emendas refere-se, então, à norma de direito fundamental e não ao dispositivo que a prevê, de modo que o simples fato de uma emenda alterar a redação dos respectivos dispositivos não implica a sua inconstitucionalidade. Ao contrário, não há empecilho a que sejam desenvolvidos ou alterados os textos normativos, desde que preservada a essência da norma objeto da proteção.

Em síntese, identificado o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais e que, nessa condição, têm a função essencial de delimitar os campos e possibilidades de interpretação e integração das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, incumbe ao ator jurídico, ao se defrontar com um ou mais direitos fundamentais em conflito na solução de um caso concreto, fazer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar (MARIN, 2012).

Essa postura hermenêutica, com base nos direitos fundamentais enquanto possibilidade de implementação do Estado Democrático de Direito, não pode estar fundada na resolução de antinomias, em que se abraça um exame de cunho intra-sistemático e horizontal, e se abdica de uma análise baseada na Constituição Federal. Ao contrário, o ator jurídico necessita, para complementar os Direitos Humanos, desfrutar de um ponto de vista assentado em uma filtragem hermenêutica, em que se trabalha com uma reflexão vertical, consubstanciada na força normativa da Magna Carta (MARIN, 2012).

Dessa forma, o caminho interpretativo adequado a ser trilhado passa obrigatoriamente por uma filtragem hermenêutica, que trabalhe com uma análise vertical, consubstanciada na parametricidade constitucional. Para tal, necessário que o ator jurídico faça a devida contaminação constitucional (STRECK, 2000, p. 229) (de viés garantista) com o fito de aferir a constitucionalidade material e formal da norma, dando-se a devida força normativa à Constituição Federal (HESSE, 1991, p. 25).

Assim, para caracterizar essa nova conformação, cujos atores jurídicos passam necessariamente a assumir posição diversa, tutelando não apenas a formalidade, mas também o conteúdo constitucional é preciso que eles detenham uma visão clara do paradigma garantista, tomando a Constituição como remédio contra maiorias (STRECK, 2007), devendo estar de olhos abertos à crise pela qual passa a teoria do bem jurídico, face ao pragmatismo

inconsequente do legislador, bem como observar os obstáculos constitucionais à aplicação dos diplomas legislativos em comento, devendo deter conhecimento profundo das novas técnicas de controle de constitucionalidade.

Assim, quando se estuda a relação entre direitos fundamentais e o Poder Constituinte Derivado Reformador, estar-se diante da incontornável discussão sobre o núcleo essencial de qualquer direito fundamental. Como afirma Sarlet, cada direito fundamental positivado, por ser parte integrante da identidade constitucional, mesmo que passível de ajustes ou restrições, não poderá ser suprimido da ordem constitucional, sob pena de desrespeito e ruptura com o Poder Constituinte Originário (SARLET, 2016).

3 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No segundo capítulo, busca-se esclarecer a proteção de dados pessoais como direito fundamental, explicando a sua evolução com base na dimensão subjetiva e objetiva, que envolve a tutela jurídica e o âmbito de incidência específico. Sendo assim, tais direitos são extraídos da interpretação integral da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5, X), do princípio da dignidade humana (art. 1, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5, LXXXII), todos com previsão na Constituição de 88.

A vista disso aspira-se, na primeira seção, apresentar o direito à proteção de dados pessoais, a partir da base axiológica, juntamente com seu plano normativo e a sua fundamentalidade. Outrossim, ponderou-se a importância da segurança jurídica e o favorecimento aos investimentos em tecnologia no Brasil, destacando que os novos mandamentos constitucionais complementam, lastreiam e reforçam dispositivos inseridos recentemente na legislação ordinária, como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Na seção terceira, será analisada a EC 155/22, como um mecanismo para reforçar a proteção individual, com o objetivo de garantir uma limitação na intervenção do Estado.

3.1 O direito à proteção de dados pessoais: evolução e fundamentalidade

A Constituição Federal é de 1988, e pelo avanço da tecnologia e o uso da Internet, o crescimento do fluxo de dados pessoais foi intensificado, de modo que o legislador brasileiro está gradativamente trabalhando para fornecer maior proteção às informações das pessoas (OLIVEIRA, 2020).

Assim, é possível inferir os direitos fundamentais autônomos a partir do princípio da dignidade humana, pois essas pretensões constitucionais reivindicam pelo menos mais ou menos os requisitos e conquistas da dignidade da pessoa humana (GOMES; FREITAS, 2010). Com isso, os direitos fundamentais constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são mero desdobramento (SARLET, 2004).

Sendo assim, considerando o caráter da historicidade dos direitos fundamentais, é possível defender que eles não se esgotam nessa terceira dimensão. Daí já se falar numa quarta dimensão de direitos fundamentais, relacionada à proteção e à garantia de direitos já constituídos em face das repercussões e desafios decorrentes do desenvolvimento tecnológico contemporâneo (BERNARDES; FERREIRA, 2020).

Diante disso, Doneda (2011, p. 104) descreve o cenário brasileiro supramencionado como “um sistema baseado em etiquetas, permissões ou proibições para o uso de informações específicas, sem considerar os riscos objetivos potencializados pelo tratamento informatizado das informações pessoais”. Dessa forma, reitera a insegurança jurídica em relação ao tema, em que se, por um lado, a privacidade é encarada como um direito fundamental, as informações pessoais em si parecem, a uma parte da doutrina, serem protegidas somente em relação à sua “comunicação”, conforme o artigo 5º, XII, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados. Tal interpretação, além de dissonante com a visão segundo a qual privacidade e informações pessoais são temas sempre mais relacionados e, em muitas ocasiões, quase que indistinguíveis entre si – conforme atesta o mencionado desenvolvimento de leis que tratam da proteção de dados pessoais e também os documentos transnacionais que associam o caráter de direito fundamental à proteção de dados pessoais – traz consigo o enorme risco de acabar por se tornar uma norma que sugere uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais (DONEDA, 2011, p. 104).

Outrossim, embora a Lei Geral de Proteção de Dados não reconheça explicitamente a proteção de dados como um direito fundamental autônomo, ela estabeleceu sua relação com outros direitos fundamentais, como a liberdade e privacidade, exposta nos artigos 1 e o 17 da LGPD, em que a Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, incluindo nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com a finalidade de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Assim como, toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade (BRASIL, 2018).

Segundo Bioni (2019), o reconhecimento deste direito como um novo direito fundamental não depende da existência de normas claras, ou seja, o direito à proteção dos dados pessoais deve ser alocado como uma nova espécie do rol aberto dos direitos da personalidade, dando elasticidade à cláusula geral da tutela da pessoa humana. Caso contrário, corre-se o risco de ele não se desprender das amarras conceituais e da dinâmica do direito à privacidade e, em última análise, inviabilizar uma normatização própria para regular o fluxo informacional, como fator promocional da pessoa humana.

Nessa perspectiva, Doneda (2010), leciona o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental, portanto, não deriva de uma dicção explícita e literal, concluem-se da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da

personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade pessoal humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada.

Além do que, é importante tratar dos titulares e destinatários do direito fundamental à proteção de dados, estes são dois polos que se relacionam juridicamente, o titular é aquele que demanda o direito, enquanto o destinatário é quem é demandado. (FERNANDES, 2017) No caso dos seus titulares, vale realizar a leitura do artigo 5º da LGPD (BRASIL, 2018): “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”.

Assim, em primeira linha, os titulares do direito são as pessoas naturais, entretanto isso não significa que são todas as pessoas ou somente estas que podem ser titulares de direitos fundamentais. O artigo 5º da Constituição Federal afirma que são titulares os brasileiros e estrangeiros residentes no país, porém o Supremo Tribunal Federal reconhece desde os anos 90 que os estrangeiros, mesmo não residentes, possuem a condição de titulares. Outra situação acobertada por decisão do STF é a das pessoas jurídicas, estas são igualmente titulares de alguns direitos fundamentais (FERNANDES, 2017).

Quanto às pessoas jurídicas como titulares do direito em discussão, Ingo Wolfgang Sarlet (2020) segue o entendimento majoritário de que o direito à proteção de dados possui apenas pessoas naturais como titulares, isso porque as pessoas jurídicas já seriam protegidas por outros direitos, como pelo sigilo industrial. Mesmo assim, não se nega que as pessoas jurídicas podem ser titulares de direito fundamental quando compatíveis (art. 52, Código Civil), de acordo com cada caso.

Ademais, resta conhecer os destinatários do direito, estes são tanto o Estado como os particulares, já que o acesso e utilização de dados pessoais ocorre nos dois ambientes e decorrem de ações e omissões de qualquer ente. Isso significa que os atores devem concretizar o direito assegurando a condição negativa e positiva do direito, assim como sua dimensão objetiva (SARLET, 2020).

Observa-se que, para que houvesse o desenvolvimento da disciplina jurídica relativa à proteção de dados pessoais no Brasil, foi necessária a concretização da decisão do Supremo Tribunal Federal- STF, em que se ratificou a Medida Cautelar concedida pela Ministra Rosa Weber, relatora das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6387, nº 6388, nº 6389, nº 6390 e nº 6393, reconhecendo um direito fundamental autônomo, diferente da proteção à intimidade e à privacidade, à proteção de dados pessoais, que seria resultante de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força

normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CRFB/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa. (Voto do Min. Gilmar Mendes na ADI n. 6387 MC-Ref/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 7/5/2020, pendente de publicação) (BRASIL, 2020).

Dessa maneira, o Tribunal suspendeu a vigência da Medida Provisória n. 954/2020 que, em seu art. 2º, caput, estabelecia que empresas de telecomunicações compartilhassem dados como o nome, número de telefone e o endereço de seus consumidores de telefonia móvel e fixa com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Por não haver definição de como e para qual finalidade os dados pessoais seriam coletados, ao delinear como objetivo apenas “produção estatística oficial” (BRASIL, 2020), o diploma não seria necessário nem proporcional. Do ponto de vista desta definição de finalidade genérica, não seria possível mensurar os impactos futuros desta coleta de dados, o que poderia gerar repercussões para a democracia, a partir da vigília expressiva do Estado (MENDES, 2020).

3.2 A legislação brasileira frente à Proteção de Dados

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, sobre os direitos e garantias fundamentais, mesmo que de uma forma universal, já abordava questões relativas à privacidade dos brasileiros, em seu inciso 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).

Ademais, com o surgimento da Lei 9.296/96, houve a inclusão do inciso XII, na parte final, do referido artigo da Constituição, que viria a acrescentar que:

[...] 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 (BRASIL, 1988, Art. 5º, Inciso XII).

Ressalta-se, ainda, que a construção da seara constitucional ocorreu em um período anterior à propagação da tecnologia e da internet nas relações sociais, logo o texto não contempla o reconhecimento de forma expressa da proteção da privacidade dos dados pessoais.

Assim, ao se analisar as constituições modernas que versam sobre a matéria de privacidade, Vieira (2007, p. 36) destaca que algumas Cartas trazem a privacidade de uma

maneira genérica, enquanto há outras que abrangem a mesma nos meios de comunicação, e aquelas que protegem a privacidade em ambos, integrando também a privacidade informacional, como por exemplo, as de países como Portugal, Eslovênia e Rússia.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, foi instituído com o objetivo de estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor, aplicadas tanto ao ambiente virtual quanto ao físico, e define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. No seu art. 43, o Código trata do acesso a informações cadastrais nos bancos de dados e no tratamento dos dados pessoais, destacando que os dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão. A abertura de cadastro do consumidor deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. Sendo-lhe reservado o direito de retificação de informações incorretas, todas as informações relativas aos dados deverão ser disponibilizadas em formatos acessíveis, mediante solicitação do consumidor (BRASIL, 1990).

Isto posto, as relações entre consumidor e fornecedor submetem-se à incidência, em comum, do Código de Defesa do Consumidor e da LGPD. Em especial, a LGPD estabelece uma definição ampla de tratamento de dados, conforme o art. 5º, inciso X da lei supramencionada, como:

[...] toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração [...] (BRASIL, 2018).

O princípio do direito à privacidade é tão relevante que, também, foi levado em consideração no Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. O Capítulo II aborda os direitos da personalidade e o art. 21 assegura a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. Ademais, em seu art. 20, explicita que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas a seu requerimento, e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2002).

A Lei de Acesso à informação- LAI, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, garante o direito fundamental de acesso à informação no âmbito da Administração Pública direta e indireta. Em conformidade com o Art. 5º, inciso XXXIII, da CRFB/88, que cita que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de

interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1988).

Logo, o surgimento de novas regras de proteção e tratamento de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, traz um novo desafio para a LAI que é regular as relações jurídicas globalizadas na era da informação. A complementaridade entre a LAI e a LGPD vem reforçar os direitos fundamentais dos cidadãos (WONS, 2020).

Ademais, com a evolução das atividades no ambiente virtual e o grande volume de informações geradas nesse meio, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet- MCI veio para estabelecer os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da Internet no Brasil. Em seu Art. 3º, inciso I, assegura a garantia da liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento que são direitos fundamentais previstos no Art. 5º da Constituição Federal de 1988. Os incisos II e III trazem a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais (BRASIL, 2014). Já no Art. 7º assegura sobre os direitos e garantias dos usuários. Desta forma, o MCI se tornou o meio legal pioneiro não só por causa do seu conteúdo e de seus objetivos, como também do seu processo de deliberação e formulação, que trouxe um novo ordenamento jurídico no ambiente virtual.

Em contrapartida, a LGPD se tornou o primeiro grande instrumento legal complementar do Marco Civil. Assegurando a extensão e incidência dos direitos fundamentais no ambiente virtual na sua totalidade (STRASSER; OLIVEIRA, 2020). Com a criação da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), o ordenamento jurídico pátrio passou a configurar-se como um instrumento de proteção de dados pessoais no Brasil, ao trazer as normas de tratamento de dados, incluindo os meios digitais, é o art. 5 que apresenta uma definição geral de dado pessoal, que é definido de forma clara como a “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018).

Destaca-se que o conceito estabelecido anteriormente é gênero do qual se dividem nas espécies de dados sensíveis, que é todo aquele “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, 2018, art. 5º, inciso II); e os dados anônimos, conceituados como aqueles “relativos a um titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (BRASIL, 2018, art. 5º, inciso III).

Segundo Mendes (2019, p. 02), essa lei instaura um “modelo ex-ante de proteção de dados”, ou seja, baseado em prognóstico e em suposição, sendo fundamentalmente subjetivo e estimativo, visto que perante o processamento de dados na era da informação, todos os dados são relevantes.

Sendo assim, tais dados são uma forma de representação do cidadão no meio em que está inserido, qualquer que seja a operação que manuseie dados pessoais, tem a possibilidade de violar seus direitos fundamentais. Esse é um dos principais motivos pelo qual a proteção jurídica dos dados pessoais na linha da LGPD configura-se de forma horizontal, isto é, tem aplicação tanto no setor econômico quanto no setor público.

Conforme dispõe a autora Laura Schertel Mendes:

Por a LGPD se basear em um conceito amplo de dado pessoal, a princípio todo tratamento de dados – realizado tanto pelo setor público quanto pelo privado – está submetido a ela. Seu âmbito de aplicação abrange também a Internet. As exceções são justificadas de forma particular, seja pelo respaldo em um direito fundamental (por exemplo, a liberdade de informação, no caso da exceção à atividade jornalística) ou no interesse público relevante (como nas exceções à segurança pública e defesa nacional) (MENDES, 2019, p. 02-03).

Deste modo, a lei determina significativamente um entendimento de que o tratamento de dados deve ser firmado em pelo menos uma das bases legais contidas no regulamento. As referidas bases são diversificadas e são constituídas por: a) Consentimento, que é fornecido pelo titular e caracterizado como a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada, conforme expresso no art. 5, XII, da LGPD; b) Legítimo Interesse, expresso no art. 7, IX e art. 10 da LGPD, no qual o tratamento poderá ser baseado para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas; c) Cumprimento de obrigação legal ou regulatória, em que o tratamento de dados para cumprimento de obrigação legal ou regulatória é uma regra de legalidade ampla que busca preservar o interesse público; d) Tratamento de dados pela administração pública, nos termos do art. 7, III, a Administração Pública, poderá fazer o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou previstas em contratos, convênios ou similares, em atenção às disposições previstas na LGPD; e) Realização de estudos e de pesquisas, hipótese válida para as entidades públicas e privadas; f) Execução ou preparação contratual, tendo como finalidade o cumprimento ou realização dos termos ajustados em contrato, o consentimento do titular pode ser inferido pela expressão de vontade no momento da formalização do contrato (BRASIL, 2018).

Assim como, o exercício regular de direitos, no qual estabelece que não cabe oposição ao tratamento de dados pessoais no contexto dos processos judiciais, administrativos e arbitrais; A proteção da vida e da incolumidade física do titular ou terceiro, quando o tratamento de dados pode ser autorizado na hipótese em que for indispensável à proteção da vida ou à segurança física do titular ou de terceiros, ainda que sem o consentimento do titular; A tutela de Saúde do titular, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária, dispensando o consentimento do titular do dado; A proteção de crédito, no que diz respeito ao tratamento de dados em função da proteção de crédito, os serviços de sua manutenção e proteção dispensam consentimento, desde que realize negócio jurídico de interesse do titular (BRASIL, 2018).

Portanto, o tratamento só obterá legitimidade caso se enquadre em pelo menos uma das hipóteses levantadas pelo art. 7 da LGPD e associam-se de forma direta à necessidade do consentimento do indivíduo titular dos dados pessoais. Como também, deve ser observado os princípios de boa-fé livre acesso, segurança, transparência, qualidade e finalidade para que se alcance a finalidade das condições.

No que tange, a norma apresenta aspectos contemporâneos e relevantes para a proteção de dados que reflete o cenário social da atualidade. Para exemplificar a natureza hodierna da lei, tem-se o princípio da não discriminação pelo tratamento de dados, que aduz o potencial discriminatório do uso de dados ou de ferramentas de decisão automatizada que se utiliza de tais dados e, também, tem-se o princípio da prevenção, que se aborda como uma adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em razão do tratamento de dados (MENDES, 2019). Nesse contexto, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais se consolidou como um avanço em direção a um sistema mais efetivo sobre a proteção de dados, regularizando um passo a mais para fortalecer a confiança das pessoas nas demandas constantes do mundo globalizado e também servindo como impulso à inovação constante desses serviços.

Em contrapartida, embora a Lei n. 13.709/2018 (LGPD) tenha se mostrado uma ferramenta que permitiu um notável progresso rumo à construção de um sistema de proteção de dados pessoais no Brasil, o ordenamento pátrio ainda necessita de uma consolidação de forma efetiva a nível constitucional sobre o tema. De um lado, tem-se que o regulamento estabelecido quanto à proteção de dados é fundamental para que seja assegurada a autodeterminação do cidadão no que diz respeito ao tratamento e transferência de seus dados, além da garantia de segurança jurídica para organizações que tratam dados pessoais, por outro lado, nem sempre esse regime legal será o bastante para impedir as violações cometidas pelo próprio legislador.

A Lei Geral de Proteção de Dados não está hábil a proteger o cidadão de outras legislações que venham a ser sancionadas pelo legislador e que possam vir a transgredir sua privacidade. Como exemplificado pela professora Laura Schertel Mendes:

Basta pensar, por exemplo, em uma lei que autorize a utilização de dados raciais como input de um algoritmo criado para a identificação de devedores da Fazenda ou, ainda, uma lei que legitime a vigilância irrestrita da população pelo governo sem qualquer justificativa (MENDES, 2014, p. 233).

Em circunstâncias como essas, tanto a presença de uma autoridade nacional como de uma mera lei geral que trata dos dados pessoais, não seria o bastante para proteger os direitos dos cidadãos, sendo preciso o respeito ao sigilo. A positivação do direito à proteção de dados pessoais na Constituição Federal irá sem dúvida fortalecer a importância do cumprimento da LGPD, contribuindo para a conscientização das instituições privadas e dos entes públicos quanto à necessidade de adequarem as suas operações de tratamento de dados pessoais.

De outro modo, a emenda também valoriza a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) como entidade independente responsável pela uniformização e consistência na aplicação da LGPD. Por isso, o reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental também traz benefícios de ordem econômica, elevando o grau de segurança da informação, conferindo maior visibilidade junto à comunidade internacional, o que fortalece o relacionamento do Brasil com os países que têm alto nível de adequação.

3.3 A Proteção de dados pessoais como Emenda Constitucional

A Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 17/2019, apresentada em julho de 2019 com o advento da LGPD, tem como finalidade a inclusão da proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e, desse modo, consolidar a competência privativa da União para legislar e tratar sobre a matéria. Assim, ao considerar que toda e qualquer atividade de processamento de dados deve ser devidamente acompanhada de amparos adequados, a proteção de dados pessoais foi elevada à condição de direito fundamental, sob pena de interferência desproporcional na esfera pessoal dos brasileiros (BIONI, 2020).

Destarte, a composição da proposta é estabelecida por dois artigos: o primeiro em que se propõe a inclusão do inciso XII-A, no art. 5º, para garantir o direito individual a todos os indivíduos residentes no país, a proteção de seus direitos pessoais, abrangendo o meio digital

e o segundo, por sua vez, sugere o inciso XXX ao art. 22, incluindo a defesa e o manuseio dos dados pessoais no rol dos temas de legislação privativa da União.

Observa-se que os autores da PEC certificam-se da pertinência da existência de uma legislação ordinária que versa sobre esse conteúdo, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a denominada Lei Geral de Proteção de Dados, sendo assim, busca-se garantir a privacidade das informações no âmbito constitucional. Logo, o objetivo da proposta é que seja incorporado à Constituição um direito que é resultado do avanço da tecnologia, de forma predominante no campo digital.

Essa decisão foi ao encontro da Proposta de Emenda à Constituição-PEC, 17/2019, em que se propõe que a proteção de dados pessoais seja incluída nos direitos e garantias fundamentais, e recomenda-se a criação de uma autoridade privada da União para legislar sobre esta questão. Portanto, a PEC não só eleva o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental do texto da constituição, mas também o faz como uma regra com eficácia limitada e, portanto, depende de leis e infraestrutura que possam lhe dar um verdadeiro alcance (BIONI, 2020).

A principal mudança da PEC 17/19 é a inserção de dados pessoais, até mesmo os digitalizados, na lista de garantias individuais da Constituição Federal, onde determina que compete exclusivamente à União legislar sobre esse tema (SOUZA, 2019), como observado:

Ementa: 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 e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Explicação da Ementa: Assegura o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Inclui entre as competências da União legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais (SENADO FEDERAL, 2019).

Portanto, pelo fato que ainda no Brasil inexistente a previsão expressa da proteção de dados como direito fundamental autônomo na Constituição Federal, diante dos avanços na doutrina e jurisprudência, o STF em decisão proferida pelo Plenário da Ministra Rosa Weber no bojo da ADI 6387 MC-Ref/DF reconheceu em sede liminar um direito fundamental autônomo e implicitamente positivado da proteção de dados (SARLET, 2020).

Em conformidade ao que determina Sarlet e Saavedra (2020, p. 44-45), ponderaram-se para a ocorrência de que o reconhecimento e a positivação formal da proteção de dados como um direito fundamental carregam consigo uma carga positiva adicional, acrescentando um valor positivo substancial em relação ao atual panorama jurídico do tema no Brasil.

Além disso, frisam-se outros pontos pertinentes que motivam à necessidade da Emenda em análise: a) a despeito das interseções e articulações com outros direitos, fica assegurada a proteção de dados à condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção próprio; b) ao direito à proteção de dados passa a ser atribuído de modo inquestionável o pleno regime jurídico constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal já consagrado no texto da CF, bem como na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira, ou seja: 1) como parte integrante da constituição formal, os direitos fundamentais possuem status normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional; 2) na condição de direito fundamental, assume a condição de limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os assim chamados limites formais, circunstanciais e temporais, nos termos do art. 60, §§ 1 a 4º, da CF; 3) também as normas relativas ao direito à proteção de dados são – nos termos do art. 5º, § 1º, da CRFB/88 – dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam todos os atores públicos, bem como – sopesadas as devidas ressalvas, consoante será tratado em tópico específico – os atores privados (SARLET e SAAVEDRA, 2020, p. 45). Dessa forma, com os constantes avanços tecnológicos que geram repercussões nas relações sociais, é natural que a legislação se adeque à nova realidade em mutação contínua. Diante disso, o Direito não pode continuar alheio a esse novo paradigma.

Ressalta-se, ainda, que o entendimento da matéria e a abrangência do direito fundamental à proteção de dados a nível constitucional, é necessário para que se observe o diálogo entre a legislação, a jurisprudência e a doutrina quanto ao assunto. Os diplomas legais em vigor já dispõem sobre aspectos relevantes da proteção de dados, destacando-se Lei nº 12.527/2011, a denominada Lei de Acesso à Informação e a Lei nº 12.965/2014, chamada de Marco Civil da Internet, como também, do respectivo decreto que o regulamentou, Decreto nº 8.771/2016, mas especialmente a Lei nº 13.709, de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados, que entrou em vigor em setembro de 2020 (SARLET e SAAVEDRA, 2020).

Dessa maneira, a PEC nº 17, de 2019, ao trazer a inclusão da proteção dos dados pessoais no catálogo das garantias individuais, contíguo aos direitos fundamentais já consagrados, garante a segurança jurídica que se faz imediata em uma coletividade marcada por demandas sociodigitais e por uma legislação ainda inaugural sobre o conteúdo. Destarte, haverá tratamento equitativo entre os demais direitos fundamentais que tenham aplicações direta sobre os dados pessoais. A inclusão deste direito no rol proporciona uma isonomia entre o direito à privacidade e o direito à informação, que convergem para a proteção das liberdades individuais.

Ademais, a Lei 9.507/97 ao trazer a regulamentação do habeas data, um remédio constitucional, pode ser compreendido como o mais próximo à proteção dos dados, uma vez que “assegura o conhecimento de informação relativa à pessoa do impetrante, constante de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (BRASIL,1997). Contudo, este remédio constitucional resguarda somente o acesso às informações por parte de indivíduos a bancos de dados governamentais ou públicos, trazendo uma significativa limitação quanto à proteção no que diz respeito às relações na esfera privada.

O Código Civil, Lei nº 10.406/02, trouxe também uma fundamentação pertinente quanto aos direitos da personalidade na ordem jurídica pátria e abarcou no art. 21, a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, frente ao cenário de insegurança jurídica em relação à proteção de dados e a influência de outros países que passaram a regulamentar de forma mais séria, inclusiva e precisa, houve a edição de uma Lei Geral de Proteção de Dados que trouxe inovações pertinentes quanto à tutela dos dados, como será abordado a seguir.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENQUANTO NOVO LIMITE AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

No terceiro capítulo, explorou-se a dupla dimensão do direito à proteção de dados pessoais, considerando que se apresenta tanto como direito subjetivo individual essencial à proteção das pessoas perante concretas ou potenciais violações, o que caracteriza a dimensão subjetiva, bem como compõe a essência do Estado Democrático de Direito, operando como limite do poder e como diretriz para a ação do Estado, em sua dimensão objetiva.

Diante disso, ponderou-se, na primeira seção, demonstrar a abertura do catálogo de direitos fundamentais, em que há a possibilidade de ampliação do catálogo de direitos fundamentais materiais, que não se encontram topograficamente localizados no Título II, mas que possuem a mesma importância institucional dos direitos ali consagrados, muito embora não ostentem o arcabouço de proteção, no que tange às limitações formais e materiais erigidas contra o Poder de Reforma, dos direitos formalmente fundamentais. Assim como, análise das limitações materiais ao Poder de Reforma da Constituição de um Estado, as denominadas cláusulas pétreas. Desta maneira, são dispositivos que não podem sofrer alterações ao ponto de serem abolidos ou tenderem a abolição e a sua relação com o direito à proteção de dados. Por fim, na última seção, foram esclarecidos os limites ao Poder Constituinte Reformador com base no direito supracitado.

4.1 A abertura do catálogo de direitos fundamentais na CF/88

O conjunto dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal não se esgota naqueles expressamente positivados no Título II é algo que não tem sido contestado em termos gerais, decorrendo, aliás, do próprio texto constitucional, já que o teor do art. 5º, §2º, da CF/88 estabelece: “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, 1998). A partir do enunciado, é possível afirmar não apenas o cunho aberto e inclusivo do catálogo constitucional de direitos, como perceber que tal abertura a outros direitos fundamentais abarca tanto direitos expressamente consagrados em outras partes da Constituição e outros documentos jurídicos, com destaque para os tratados internacionais de direitos humanos, quanto compreende direitos deduzidos a partir do sistema constitucional, ou seja, de direitos que podem ser designados de

implícitos, porquanto não expressa e diretamente positivados pelo constituinte (SARLET, 2015).

Assim, para além dos direitos fundamentais diretamente estatuídos e positivados no catálogo de direitos fundamentais do texto constitucional, existem outros que igualmente integram o “corpo fundamental da Constituição”, mesmo “não constando do catálogo” (SARLET, 2011, p. 84). Esses direitos estatuídos não diretamente e positivados no texto constitucional configuram algo como uma constituição invisível. No texto da disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, está formulado “direitos e garantias expressos” e “que não excluem outros”. Estes, então, constituem os direitos fundamentais estatuídos não diretamente, direitos fundamentais implícitos ou direitos fundamentais não típicos (MIRANDA, 2000, p. 162).

Outrossim, o sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição. Ao lado de um amplo e generoso elenco de direitos civis e políticos, a Carta de 88 também garantiu direitos sociais, tanto trabalhistas como prestacionais em sentido estrito e ainda agregou direitos de terceira dimensão, como o direito ao patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Ela se preocupou sobretudo com a efetivação dos direitos fundamentais, para que não se tornassem letra-morta, como, infelizmente, era costumeiro no constitucionalismo brasileiro. Daí o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), os diversos remédios constitucionais previstos para a sua tutela, e o reforço institucional ao Poder Judiciário, concebido como guardião dos direitos (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

Ademais, o constituinte quis articular a proteção interna dos direitos fundamentais com a internacional. Por isso, a afirmação da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4, inciso II), a abertura do catálogo dos direitos a outros decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º) e a alusão ao apoio brasileiro à criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos (art. 7, ADCT). A Constituição se preocupou ainda em proteger os direitos fundamentais do poder reformador, tratando-os, pela primeira vez na história constitucional brasileira, como cláusulas pétreas explícitas (art. 60, §4) (BRASIL, 1998).

Nesse contexto, a cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais figura nas Constituições brasileiras de longa data, apresentando-se nas Constituições brasileiras desde a Constituição de 1891 que em seu art. 78 previa que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos

princípios que consigna”. (BRASIL, 1998). Este artigo é o que se pode avaliar como o embrião da cláusula de abertura dos direitos fundamentais no direito pátrio, mas era uma consideração dos direitos civis da Constituição Política do Império do Brasil de 1824 como garantias mínimas (EMERIQUE, GOMES, DE SÁ, 2015).

Assim, a cláusula de abertura implica o reconhecimento da coexistência dos conceitos formal e material de direitos fundamentais. Explica-se melhor, recorrendo-se aos argumentos de Andrade (2004, p. 77) que destaca que o critério de fundamentalidade dos direitos não “corresponde à sua previsão ou especificação no texto constitucional e que se torna necessário um critério de substância para determinar o âmbito dessa matéria”.

Em conformidade com Piovesan (2011, p. 104), afirma-se que esse processo de inclusão implica a incorporação de tais direitos pelo texto Constitucional. Vai mais além ao sustentar, por meio de interpretação sistemática e teleológica, que a Constituição atribuiu aos direitos internacionais, aqueles previstos em tratados internacionais de direitos humanos, a natureza de norma constitucional.

Por essa razão Sarlet (2011b, p. 80) afirma que o artigo 5º, § 2º consubstancia o entendimento e que para além de um conceito formal de direitos fundamentais, existe um conceito material, “no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando em seu catálogo” (2011b, p. 80).

Segundo Jorge Miranda (2006), os direitos fundamentais em sentido formal seriam aquelas posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto consagradas na Constituição. Esta primeira categoria está ligada ao direito constitucional positivo e ocupa lugar de destaque na ordem jurídica. São normas constitucionais submetidas aos limites formais e materiais da reforma constitucional. Já o direito materialmente fundamental vem a ser aquele que é parte integrante da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade e que podem estar ou não na Constituição sob a designação de direitos fundamentais (2006, p. 131-132).

Outra questão, que não encontra consenso na doutrina, é se todos os direitos fundamentais formais podem ser considerados também materiais. O doutrinador Andrade (2004, p. 77) alerta que o critério material a ser usado é decisivo, pois poderá haver preceitos incluídos no catálogo que não constituam matéria de direitos fundamentais e até porventura “direitos subjetivos só formalmente fundamentais”. Em sentido contrário, doutrina Jorge Miranda (1998, p. 9), para o qual todos os direitos em sentido formal são também materiais.

Embora exista esse debate na doutrina, como bem define Schier (2005, p. 15), a submissão ao regime especial não gera maiores questionamentos.

Nota-se, então, que esta é justamente a consequência mais evidente do dispositivo ora mencionado que um direito já previsto no ordenamento jurídico interno ou no âmbito internacional seja entendido como direito fundamental. A cláusula de abertura dos direitos fundamentais é de extrema importância por conta do regime jurídico especial de que os direitos fundamentais são dotados. Assim, Sarlet (2011b, p. 60) afirma que os direitos fundamentais integram juntamente com a forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, o elemento nuclear da Constituição material. Dessa maneira, os direitos fundamentais podem ser entendidos como pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático.

Tendo em vista o papel central dos direitos fundamentais, eles são revestidos de proteção máxima pela Constituição, uma vez que são cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, da CF); submetem-se a um regime especial de restrição; são dotados de aplicabilidade imediata às entidades públicas e privadas (artigo 5º, § 1º, da CF); integram o rol de cláusulas constitucionais sensíveis, dentre outras características (SCHIER, 2005, p. 15). O que entra em debate, é qual será o critério para que se possa identificar a materialidade ou fundamentalidade da norma para classificá-la como direito fundamental.

A teoria da equiparação entende que um direito fundamental fora do catálogo alcançaria tal status ao ser “equiparado” a um direito enunciado no Título II da Constituição. Assim, para que uma posição jurídica seja enquadrada como direito fundamental implícito, é necessário que esteja prevista na Constituição, porém fora do Título II ou em tratado internacional de direito humano, e deverá ter conteúdo e dignidade equiparável a algum direito fundamental do catálogo (SARLET, 2011b, p. 92).

Outra teoria muito discutida é a que pauta a fundamentalidade dos direitos no princípio da dignidade humana. Seriam fundamentais aqueles direitos fora do catálogo ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, deve-se demonstrar no caso concreto a conexão entre o direito e a dignidade humana (SCHIER, 2005, p. 16). É o que se chama de exercício de atribuição de fundamentalidade. Por fim, defende-se que além da dignidade humana os princípios fundamentais também justificam a fundamentalidade da norma. Um dos argumentos usados por Sarlet (2011b, p. 94) é que a própria redação do § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal ao falar em princípios, refere-se às disposições encetadas no Título I, artigos 1º a 4º da Carta, em que os Princípios Fundamentais delineiam os contornos básicos do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro. Não há dúvidas que a dignidade humana é

um princípio fundamental elencado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, todavia “não é o único nem, na perspectiva normativa, o mais importante princípio fundamental” (SCHIER, 2005, p. 16).

A expansão de novos direitos fundamentais diz respeito à progressiva revelação de direitos não escritos no texto constitucional. Entretanto, é fácil observar que na medida em que a relativa abertura do sistema de direitos fundamentais, somada à textura aberta das normas constitucionais, propicia uma forte interação com o ambiente, adequada à historicidade dos direitos humanos. Ainda, a maleabilidade das normas de direitos fundamentais e seu caráter eminentemente principiológico podem inclusive causar mutação de outras normas constitucionais, na medida em que servem de vetor interpretativo e exercem função integradora do sistema jurídico (MEINBERG, 2014, p. 101-102).

Observa-se que a cláusula de abertura material é um dispositivo que permite a expansão do catálogo de direitos fundamentais listados no art. 5º da CF/88, em que o constituinte entendeu que os direitos fundamentais não são estáticos, mas variam no espaço e no tempo, uma vez que os anseios e necessidades da sociedade estão em constante discussão e avaliação. Entretanto, surgem novas questões: o procedimento para inserção de novos direitos não é esclarecido, o método que esses futuros direitos são recepcionados no ordenamento jurídico, o que gera dúvidas em que ponto esses novos direitos são inseridos e se possuem força constitucional (HIRSCH, NEVES, 2021).

Dessa maneira, há no Brasil duas formas de inserção de novos direitos fundamentais na Constituição, a primeira pode surgir a partir de dentro do Estado brasileiro e a segunda de forma externa, quando se trata de direitos originados de convenções internacionais. O ingresso interno dá-se através do processo legislativo típico a partir das ferramentas já estabelecidas e disponíveis ao poder constituinte derivado e que se destinam a fazer alterações no texto constitucional: a elaboração de uma proposta de emenda constitucional (PEC) e posterior submissão ao rito específico de envio às comissões adequadas ao objeto da proposta, aprovação dos relatórios das comissões e submissão para votação no plenário da casa iniciadora em dois turnos com aprovação após a contagem de votos a favor de três quintos da casa, seguida de envio para a casa revisora e também submetida às comissões, votação em plenário em dois turnos e necessidade de três quintos de votos a favor. Após esse trâmite, a proposta passa a integrar o texto constitucional, sem necessidade de sanção presidencial (HIRSCH, NEVES, 2021).

Enquanto isso, o processo externo passou a ser possível com a introdução do §3º do art. 5º que foi inserido na Constituição através da emenda constitucional (EC) 45/2004 e

permitiu que fossem recepcionados pela CRFB/88 os tratados e convenções internacionais que o Brasil fosse signatário. Entretanto, esse processo não ocorre de forma automática. Conforme definido no texto do §3º do art. 5º, para que os tratados e convenções internacionais sejam integrados à Constituição, é necessária a aprovação do texto seguindo os mesmos passos da tramitação de uma PEC (HIRSCH, NEVES, 2021).

4.2 Proteção de dados pessoais e as cláusulas pétreas

Em geral, costuma-se entender que no ordenamento jurídico, a Constituição é a norma fundamental e basilar do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a criação desta, deve observar os princípios e as normas constitucionais, possibilitando uma maior segurança jurídica na qualidade, eficácia e eficiência das normas. Assim, faz-se necessária a compreensão da valoração dotada aos direitos fundamentais.

Logo, tem caráter próprio, *sui generis*, em face de sua supremacia sobre as demais fontes normativas, com uma natureza de transição entre o ato político e o ato jurídico, levando a sua interpretação a peculiaridades especiais, como antes observara Carlos Maximiliano (1998, p. 1): “A técnica de interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, redigida de modo sintético, em termos gerais.”.

Tem-se de forma explícita que na Constituição de 1988, há um rol taxativo de matérias que sequer podem ser deliberadas. Busca-se por meio desses direitos estabelecidos uma estabilidade das instituições constitucionais, configurando como basilares para a estrutura constitucional. São estes pilares: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto e universal, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Nessa seção, passa-se a analisar os direitos fundamentais definidos como cláusulas pétreas.

Os direitos fundamentais exercem a incumbência de garantir, com abrangência, generalismo e abstração, as garantias básicas de toda sociedade, os direitos da personalidade que são originados da “captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilística” (TARTUCE, 2019, p.158). Assim, a dignidade da pessoa humana, como um princípio regente da Constituição Federal, efetiva a cláusula geral de tutela da pessoa humana, objetivando a salvaguarda, respeito e incentivo da concretização dos direitos fundamentais, inclusive no que se refere à personalidade do sujeito de direito. Contudo, longe de afirmar-se a igualdade entre os fundamentais direitos e aqueles referentes à personalidade. Mesmo com

tamanhas similitudes, a natureza jurídica dos primeiros remete a uma visão publicista, enquanto que os segundos são tutelados objetivando relações eminentemente particulares. Ainda assim:

[...]em bom número, direitos fundamentais são também direitos da personalidade, conforme se vê da consagração, pela Constituição da República (art. 5º, X), da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, que correspondem também a direitos da personalidade previstos pelo Código Civil (arts. 11 a 21) (GODINHO; GUERRA, 2009, p. 201).

Em consideração a isso, destaca-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais, em que se considera que se caracterizam tanto como direitos subjetivos individuais essenciais à proteção das pessoas diante de existentes ou prováveis violações, que é o que define a dimensão subjetiva, tanto aos que compõem a essência do Estado Democrático de Direito, atuando como limite do poder e como diretriz para a ação do Estado, a sua dimensão objetiva. Nos moldes do que leciona Dirley da Cunha Júnior:

[...] a moderna teoria dos direitos fundamentais vem reconhecendo uma dupla dimensão, ou dupla perspectiva dos direitos fundamentais, na medida em que estes podem ser considerados como posições jurídicas subjetivas essenciais de proteção da pessoa, como valores objetivos básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito, manifestando-se, destarte, ora como carta de concessões subjetivas, ora como limites objetivos de racionalização do poder e como vetor para a sua atuação (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 508).

Nessa lógica, pode-se afirmar que um direito fundamental à proteção de dados proporciona, em sua dimensão subjetiva, um direito subjetivo de defesa do ser humano, como um dever de proteção por parte do Estado, em sua dimensão objetiva (MENDES, 2021). A incumbência de um direito em sua dimensão subjetiva ao indivíduo acaba por delimitar uma esfera de liberdade individual de não vir a receber intervenção injusta do poder privado ou estatal.

A dimensão objetiva expressa a indispensabilidade de materialização desse direito por meio do Estado, a partir da qual manifestam-se deveres de proteção estatal para assegurar as relações privadas, de forma que os atos do Estado passam a ser monitorados tanto por sua ação quanto por sua omissão. De acordo com a aceção da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, todos aqueles direitos e deveres oriundos de qualquer princípio elencado na Constituição Federal, ou até mesmo aqueles que se encontram implícitos, desempenham um papel de salvaguarda, tutela e estímulo do ser humano (TEPEDINO, 2004, p.50).

Nesse sentido, a principal proteção trazida pelas cláusulas pétreas diz respeito à garantia de que determinadas matérias estão em um nível supraconstitucional, incapaz de serem

atingidas pela política ordinária, possibilitando uma segurança jurídica. Assim, Cláudia de Góes Nogueira (2005) explica que elas são espécies de mecanismos de proteção e trazem garantias ao Estado Democrático de Direito, assegurando a identidade ideológica perpetrada na Constituição com o fim de evitar quaisquer violações a sua integridade, a seus fundamentos e a seu núcleo intangível.

A Constituição foi construída em um período de retomada do regime democrático, preocupando-se, em profundidade, por defender o indivíduo do Estado (caráter analítico). Tal meritória acabou por trazer, na seara analisada, a inserção de um vasto grupo de direitos individuais (petrificados) que podem esbarrar na pretensão de consolidação da democracia brasileira. Esta escolha do legislador constituinte originário, apesar de extremamente bem-intencionada é, sem sombras para discussão, pretensiosa (Vital Moreira), podendo acarretar prejuízo para a própria sociedade (QUEIROZ, 2005, p.194).

Logo, ao se analisar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, percebe-se que esta “atua para defender a privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de opinião, como expressa logo no seu art. 2º” (OLIVIERI, 2019). Destaca-se, para fins de melhor compreensão sobre o tema, que dados sensíveis a que a Lei faz referência diz respeito a questões através das quais é possível identificar o indivíduo, direta ou indiretamente, como por exemplo, “origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões políticas, questões genéticas” (ARAÚJO E CALCINI, 2020), bem como questões relacionadas à opção sexual, que possuem “alto poder de causar discriminação” (ARAÚJO E CALCINI, 2020).

O ordenamento jurídico brasileiro, na LGPD, já prevê uma diferenciação entre dados pessoais lato sensu e dados pessoais sensíveis. No inciso II do art. 5º, a legislação define que dado pessoal sensível é todo dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. De forma geral, em concordância com Patrícia Pinheiro (2018), pode-se concluir que os dados pessoais sensíveis estão relacionados a características da personalidade do indivíduo, bem como dizem respeito às suas escolhas e opiniões pessoais.

As cláusulas pétreas recebem o condão no texto constitucional com posição de intocabilidade em comparação com outras normas estabelecidas nesta Lei, pois as cláusulas limitativas de reforma se encontram fora da competência reformadora recebendo assim uma posição hierárquico-formal diferenciada e superior e representam uma decisão fundamental sobre a forma de existir da sociedade e do Estado, fazendo com que seu conteúdo seja

impregnado de valorações jurídico-políticas que estruturam a Constituição e justifiquem sua intangibilidade (BARROSO, 2009).

Percebe-se então, que a CRFB/88 perpassou desde a sua construção, por diversas emendas constitucionais, visando-se a sua modificação do plano original, totalizando atualmente 111 emendas, sendo a última datada de 28 de setembro de 2021. Essas modificações, mesmo que sejam consideradas pelo Poder Constituinte Originário como rígidas, vêm se modificando de forma rápida, ultrapassando para as normas super-rígidas, conhecidas como cláusulas pétreas.

Nesse sentido, há de se evidenciar que essa evolução não pode ser feita de uma forma flexível, tendo em vista a segurança jurídica da CRFB/88 e do ordenamento jurídico, que possuem o objetivo, acima de tudo, de proteger o seu núcleo constitucional. Assim, com as modificações das cláusulas pétreas, é de se perceber que essas alterações são um desrespeito aos direitos estabelecidos pelo constituinte de 1988. Como ensina Sarlet (2011), a vedação de certas alterações da Constituição tem seus olhos voltados para o futuro, pois o núcleo da Constituição atual passa a ser vigente no futuro. Os limites materiais justificam-se em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que reformas destruam a ordem constitucional, de tal sorte que por trás da previsão dos limites se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.

Logo, o reconhecimento de limites de cunho material possibilita que o conteúdo da Constituição não se encontre à disposição plena do legislador constitucional reformador, sendo necessário que se impeça que haja alteração para que não acarrete risco de uma ruptura do sistema, protegendo assim a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias parlamentares.

Em contrapartida, o conteúdo, no sentido do âmbito de proteção normativo, de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, embora fortemente articulado com o princípio da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais, em especial o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e alguns direitos especiais de personalidade, como é o caso, entre outros, do direito à privacidade e do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não se confunde com o do objeto da proteção de tais direitos (SARLET, 2020).

Segundo Mendes e Doneda (2018), são em razão da própria opção terminológica que a proteção de dados pessoais assume uma importância que vai muito além da mera novidade representada pela terminologia em si, porquanto radica numa viragem concepcional, visto que parte do pressuposto de que dados, para efeitos de sua proteção jurídico-constitucional, devem

ser compreendidos em sentido amplo, quando da inexistência de dados pessoais irrelevantes ante o processamento eletrônico na sociedade de informação, notadamente pelo fato de que, sendo os dados projeções da personalidade, o seu tratamento, seja qual for, potencialmente pode violar direitos fundamentais.

Dito de outro modo, “a proteção de dados é, enquanto proteção de direitos fundamentais, espinha dorsal de uma democracia liberal” (SPIECKER, 2018. p. 55-56). Assim como o entendimento de Carlos Alberto Molinaro e Gabrielle Bezerra S. Sarlet (2019), de que a proteção de dados pessoais e o reconhecimento de um direito fundamental correspondente, de certo modo, “confere um novo e atual sentido à proteção da pessoa humana e da dignidade, da autonomia e das esferas de liberdade que lhes são inerentes”.

Entre as razões que podem ser contrapostas, conforme Sarlet e Saavedra (2020) destacam-se a proteção de dados como regime jurídico-constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal já consagrado no texto da Constituição, bem como parte integrante da constituição formal, assumindo a condição de limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os limites formais, circunstanciais e temporais, nos termos do art. 60, § 1 a 4º, da CRFB/88. Também, as normas relativas ao direito à proteção de dados são, nos termos do art. 5º, § 1º, da Carta Magna, dotadas de aplicabilidade imediata e vinculam todos os atores públicos, bem como sopesadas as devidas ressalvas, os atores privados.

Outrossim, o que é de particular relevância no caso concreto, justamente pela existência, além da nova LGPD, de outras leis que versam sobre o tema, é ter sempre presente a necessidade de não apenas zelar pela consistência constitucional do marco normativo infraconstitucional no tocante aos diplomas legais isoladamente considerados, mas também de promover sua integração e harmonização produtiva, de modo a superar eventuais contradições e assegurar ao direito fundamental à proteção de dados, sua máxima eficácia e efetividade (SARLET, SAAVEDRA, 2020).

Destarte, uma compreensão/interpretação/aplicação constitucionalmente adequada do direito fundamental à proteção de dados deverá sempre ser pautada por uma perspectiva sistemática, que, a despeito do caráter autônomo (sempre parcial), desse direito, não pode prescindir do diálogo e da interação, por vezes marcados por concorrências, tensões e colisões, com outros princípios e direitos fundamentais, que, entre outros pontos a considerar, auxiliam a determinar o seu âmbito de proteção, inclusive mediante o estabelecimento de limites diretos e indiretos (SARLET, SAAVEDRA, 2020).

4.3 O direito à proteção de dados pessoais e os limites ao poder constituinte reformador: possibilidades e limitações

A supremacia da Constituição impõe que as mudanças no texto constitucional sejam mais difíceis do que a elaboração da legislação ordinária. Esta exigência de rigidez constitucional possibilita a fortificação das decisões do poder constituinte originário, o que serve à proteção de valores considerados fundamentais, cuja alteração ou supressão pelas maiorias é dificultada ou mesmo impedida. Contudo seria insensato consagrar a total imutabilidade da Constituição. Primeiramente, porque essa intangibilidade seria antidemocrática, por subtrair o direito das gerações futuras de decidirem os seus próprios destinos. Em segundo lugar, porque tal opção condenaria a Constituição a uma vida curta, quando não mais correspondesse às necessidades sociais ou aos valores hegemônicos na sociedade. Num ou noutro caso, sem a possibilidade de adaptar-se às novas demandas, a Constituição acabaria perecendo antes da hora (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

As constituições, ao regularem a sua própria mudança, impõem limites ao poder reformador. Tais limites podem ser de diversas naturezas: formais, os que dizem respeito ao procedimento necessário para alterar a Constituição e aos agentes nele envolvidos; circunstanciais, os que estabelecem momentos específicos, de crise institucional, em que a Constituição não pode ser modificada; temporais, os que preveem intervalos mínimos para mudanças na Constituição, ou impedem alterações do texto constitucional até escoado um determinado prazo de vigência do mesmo e materiais, os que vedam certas deliberações do poder constituinte derivado (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012). Nessa perspectiva, a inclusão do direito à proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais, com status de cláusula pétrea, acaba por chocar-se com os limites materiais impostos pela própria Constituição.

Observa-se que, antes mesmo da EC 115/22, o direito à proteção de dados mesmo que ainda não reconhecido como expressamente positivado na Constituição, em vários casos era tido como implicitamente positivado, considerado como limite material implícito, podendo ser associado e reconhecido a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental (também implicitamente positivado) ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade mais relevantes no contexto, quais sejam os direitos à privacidade e à intimidade, e um direito à livre disposição

sobre os dados pessoais, o assim designado direito à livre autodeterminação informativa. (SARLET, 2022).

Portanto, a Constituição Federal se apresenta como um processo aberto para aquisição de novos direitos fundamentais. Assim é possível classificar os direitos implicitamente positivados como aqueles decorrentes de uma extensão de determinado direito fundamental e é aqui que se encontra o direito à proteção de dados (SARLET, 2019).

Dessa forma, reconhecer à proteção de dados como um direito fundamental implícito, extraindo todas as consequências atinentes a tal condição, a sua positivação formal, em sendo o caso, carrega consigo uma carga positiva adicional, ou seja, agrega valor positivo substancial em relação ao atual estado da arte no Brasil. Conforme Sarlet (2022), dentre as razões para o feito destacam-se a despeito das interseções e articulações com outros direitos, fica assegurada à proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção próprio; ao direito à proteção de dados passa a ser atribuído de modo inquestionável o pleno regime jurídico-constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal já consagrados no texto da CRFB/88, bem como na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira. Assim, passa a estar submetido a uma expressa reserva legal simples, que empodera o legislador infraconstitucional para efeito de estabelecer intervenções restritivas no âmbito de proteção do direito, implicando, por outro lado, à observância das exigências da reserva de lei, pena de inconstitucionalidade da restrição.

Acrescenta-se, igualmente, que uma compreensão/interpretação/aplicação constitucionalmente adequada do direito fundamental à proteção de dados deverá sempre ser pautada por uma perspectiva sistemática que, a despeito do caráter autônomo, desse direito, não pode prescindir do diálogo e da interação, por vezes marcada por concorrências, tensões e colisões, com outros princípios e direitos fundamentais que, dentre outros pontos a considerar, auxiliam a determinar o seu âmbito de proteção, inclusive mediante o estabelecimento de limites diretos e indiretos (SARLET, 2022)

Além de tudo, consoante Carl Schmitt (1984), as cláusulas pétreas têm direta relação com o debate sobre as maneiras de relacionar o constitucionalismo com a democracia. Há quem aponte a impossibilidade de plena conciliação entre os valores correspondentes a esses dois pilares da política moderna. Ao invés de afirmação da soberania do poder popular, a Constituição, por positivar as instituições típicas do liberalismo, serviria justamente para limitá-lo. Mas, mesmo que se considere que o ato constituinte significa uma afirmação soberana do poder popular, a incompatibilidade com a democracia persiste: a Constituição vincula as gerações futuras, as quais passam a se submeter a decisões que não tomaram. O problema se

agrava quando o constituinte derivado se subordina a limites materiais, os quais compõem o núcleo imutável da Constituição: além de ser governado por normas que não criaram, as gerações futuras não podem modificá-las sequer por maiorias qualificadas.

Ademais, com o estabelecimento de cláusulas pétreas, torna-se mais grave a chamada dificuldade contramajoritária que costuma ser mencionada para deslegitimar a prerrogativa judicial de declarar a inconstitucionalidade das leis. Como pontuado por José Afonso da Silva (2003), a definição dos limites materiais ao poder de reforma pode depender de atividade judicial construtiva, que não se reduza à mera declaração da vontade do poder constituinte originário. Assim, continua a crítica às cláusulas pétreas que, ao menos nos “casos difíceis”, possibilitariam que juízes não eleitos derrubassem decisões de maiorias qualificadas do povo com base nos seus próprios valores e preferências. Entretanto, examinam-se alguns dos principais argumentos em favor das cláusulas pétreas: a) o da superioridade do poder constituinte sobre os poderes constituídos, pela origem popular do primeiro; b) o da identidade constitucional; c) o procedimental; d) o do pré-compromisso; e e) o do neocontratualismo.

A criação das cláusulas pétreas decorre de uma decisão do próprio povo, na qualidade de titular do poder constituinte. De acordo com as categorias do dualismo constitucional de Bruce Ackerman (1998), há “momentos constitucionais” em que o povo se mobiliza intensamente, e outros, de política ordinária, em que a cidadania se recolhe, com os políticos eleitos atuando em seu nome. Nesses momentos ordinários da vida pública, as decisões do povo, tomadas nos momentos constitucionais, devem ser respeitadas.

No Brasil, é recorrente o argumento segundo o qual os limites materiais ao poder de reforma têm a função de garantir a permanência da identidade da Constituição, permitindo que ela se altere sem que deixe de ser, no fundamental, a mesma Constituição. A formulação original do argumento é devida a Carl Schmitt. Na Constituição, Schmitt (2008) divisava a “decisão política fundamental” do poder constituinte. Tal decisão seria imutável. Os demais preceitos inseridos no documento constitucional seriam meras “leis constitucionais”, podendo ser livremente alterados.

Todo processo de constitucionalização, inclusive o democrático, limita a autonomia da vontade popular: “quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático” (MOREIRA, 2001). A compatibilidade entre democracia e constitucionalismo depende de a Constituição não restringir excessivamente as possibilidades decisórias do legislador democrático e, em especial, do constituinte derivado. Não basta, para impedir o povo de rever decisões tomadas por seus antepassados, a alusão genérica ao fato de que uma geração anterior

tomou certas decisões que reputava especialmente importantes. É preciso fornecer argumentos adicionais para legitimar as cláusulas pétreas.

O terceiro argumento é que as cláusulas pétreas podem representar não exatamente um pré-compromisso em que o povo se auto restringe, mas um instrumento por meio do qual um grupo, com poder no momento constituinte, impõe as suas preferências, cerceando o poder de outros grupos de, no futuro, tentar revertê-las. Diante de uma controvérsia política relevante, não é legítimo, a priori, converter uma das teses em litígio em cláusula pétrea, pois ao grupo contrário só restaria o caminho da ruptura constitucional. Poder-se-ia sustentar que, se o que caracteriza o pré-compromisso é a moderação e a racionalidade, seria legítima uma limitação que circunscreve-se às normas passíveis de justificação racional. Nesse caso, o argumento do pré-compromisso incorreria em uma petição de princípio: as regras básicas do Estado Democrático de Direito devem ser especialmente protegidas não porque foram objeto de um pré-compromisso num dado momento histórico, mas porque esse pré-compromisso incorporou normas que são racionalmente justificáveis para todos os que serão por elas atingidos. Por conseguinte, o pré-compromisso seria validado por essas regras racionais e não o contrário, como pode sugerir a ideia de auto restrição popular no momento constituinte (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

Outro argumento também utilizado com frequência é o procedimental: os limites materiais configurariam condições que estruturam o funcionamento regular da vida democrática. Sua única função seria proteger a democracia, garantindo os respectivos pressupostos. O argumento tem a vantagem de enfrentar o problema antes suscitado: ao invés de as cláusulas pétreas imporem o governo dos mortos sobre os vivos, elas serviriam para possibilitar aos vivos que continuem se autogovernando (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

O argumento neocontratualista sustenta que as cláusulas pétreas são “condições para a associação”, consubstanciando garantias mínimas para que todos tenham interesse na permanência e na estabilidade da comunidade política. O argumento foi retomado mais recentemente por John Rawls, que concebeu uma “posição original” hipotética em que cidadãos “livres e iguais” elaborariam princípios de justiça. Tais princípios seriam objeto de um “consenso sobreposto”, contando com o assentimento das “doutrinas abrangentes razoáveis” que têm lugar na sociedade contemporânea. Em outras palavras, a sua aceitação racional seria possível por todos, independentemente de suas crenças religiosas ou ideológicas (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

O argumento neocontratualista, aplicado às cláusulas pétreas, se baseia na ideia de que as limitações ao poder reformador tornam intangíveis as normas sem as quais não há sentido

em se fazer parte da comunidade política. Elas protegem não só as condições para funcionamento da democracia, como também outros direitos básicos, que resultam do reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas, além das instituições necessárias à salvaguarda e promoção desses conteúdos. As cláusulas pétreas, nessa perspectiva, não devem se estender à proteção de interesses corporativos, à garantia de privilégios dos grupos que prevaleceram na arena constituinte, ou ao entrincheiramento de posições ideológicas polêmicas que então se consagraram vencedoras (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

Enquanto em uma justificação filosófica definitiva para as cláusulas pétreas como defende Rodrigo Brandão (2008), deve-se ter presente que a justificação dos limites materiais ao poder de reforma é indispensável para se definir a extensão das cláusulas pétreas tal como positivadas no texto constitucional. Ademais, qualquer estratégia de justificação que se adote deve, necessariamente, conter alguma diferença em relação às decisões do constituinte derivado. Trata-se de exigência do princípio democrático e de garantia de que a Constituição possa se adaptar às expectativas das gerações presentes e futuras, com o que, por outro lado, reduzem-se os riscos de rupturas constitucionais, provendo-se maior estabilidade ao sistema. Porém, uma concepção adequada das cláusulas pétreas também deve, por outro lado, preocupar-se com a salvaguarda, diante das maiorias políticas, dos princípios e valores mais fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Assim, a interpretação na inclusão de novos direitos deve inspirar-se no ideário do constitucionalismo democrático, voltando-se não só à proteção das condições necessárias ao funcionamento da democracia, como também à tutela de direitos básicos, decorrentes do reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas, e à salvaguarda de instituições políticas que assegurem e promovam a democracia e os direitos fundamentais. No afã de proteger esses fundamentos do Estado Democrático de Direito, pode-se até legitimar, em determinados contextos, uma interpretação mais abrangente das cláusulas pétreas. Trata-se, portanto, de uma atividade hermenêutica que deve se afastar do formalismo, buscando orientação nos fundamentos da democracia constitucional, concebidos em termos inclusivos (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

Nessa perspectiva, como pontua Daniel Sarmento (2012), o art. 60, §4, da Constituição, não deve ser concebido como vedação absoluta a qualquer tipo de modificação constitucional nos temas arrolados em seus incisos. O poder constituinte reformador pode aprovar emendas que alterem esses conteúdos constitucionais e pode até mesmo restringi-los moderadamente. Só não pode aboli-los, nem tampouco promover mudanças que cheguem ao ponto de vulnerar o seu “núcleo essencial”.

Em contrapartida, se a proteção fornecida pela cláusula pétrea impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou tenham o seu núcleo essencial rebaixado, não tolhe, evidentemente, o legislador reformista de ampliar o catálogo já existente. A questão que pode ser posta, no entanto, é a de saber se os novos direitos criados serão também cláusulas pétreas, já que elas se fundamentam na superioridade do poder constituinte originário sobre o de reforma. Por isso, aquele pode limitar o conteúdo das deliberações deste. Não faz sentido, porém, que o poder constituinte de reforma limite-se a si próprio. Como ele é o mesmo agora ou no futuro, nada impedirá que o que hoje proibiu, amanhã permita. Logo, não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo (MENDES, 2017).

Se o poder constituinte de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer, diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar, não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente. Cabe, porém, aqui, uma análise. É possível que uma emenda à Constituição acrescente dispositivos ao catálogo dos direitos fundamentais sem que, na realidade, esteja criando direitos novos. A emenda pode estar apenas especificando direitos já concebidos pelo constituinte originário. O direito já existia, passando apenas a ser mais bem explicitado (MENDES, 2017).

Nesse caso, a cláusula pétrea já o abrangia, ainda que implicitamente. É o que se deu, por exemplo, com o direito à prestação jurisdicional célere somado, como inciso LXXVIII, ao rol do art. 5 da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Esse direito já existia, como elemento necessário do direito de acesso à Justiça que há de ser ágil, para ser efetiva e do princípio do devido processo legal, ambos assentados pelo constituinte originário (MENDES, 2017).

Por outro lado, é certo que o Estado de Direito pressupõe um mínimo de segurança jurídica nas relações estatais/sociais e que emanam a necessidade de se ter a confiança nas instituições políticas. Desse modo, os direitos e garantias fundamentais passam a ser direitos adquiridos aos quais não podem mais ser reduzidos ou suprimidos, sem que haja uma medida compensadora. Essa implicação pode ser entendida como uma decorrência lógica do efeito jurídico-subjetivo dos direitos fundamentais sociais (prestacionais) que são, neste caso, verdadeiros direitos de defesa contramedidas retrocessivas. Como demonstra Ingo Sarlet (2015), a referida concepção teve acolhimento pela jurisprudência portuguesa (Acórdão n. 39, 1984) ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do

Serviço Nacional de Saúde, sob a alegação de que, com isso, o legislador feriu o direito fundamental à saúde.

Diante disso, é possível concluir que os direitos que foram erigidos ao patamar de fundamentais são aqueles eleitos pelo legislador originário como indispensáveis ao exercício pelo cidadão de uma vida digna. Logo, ao consagrar-se como direito fundamental o direito à proteção de dados pessoais, traz-se a lume a compreensão de que a variação e instabilidade das necessidades públicas e até mesmo da capacidade do Estado de promover determinado serviço social, não permitem a aplicação absoluta do princípio da proibição de retrocesso social. Afinal, uma garantia social que um dia foi indispensável para a sociedade em determinada época, pode não a ser em outro período, posto que as necessidades prementes são, também, mutáveis. Embora se possa entender que a proibição de retrocesso tem em vista assegurar a preservação de direitos consolidados, especialmente aqueles direitos de caráter prestacional, não se pode olvidar que transformações de índole variada podem afetar a capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade, portanto, de se compreender tal garantia e de não lhe conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças. (MENDES, 2017).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na monografia em questão, foi objetivado conhecer os instrumentos que caracterizam a sociedade de informação, analisar sua disposição em vários meios de comunicação, assim como compreender o direito à privacidade que é a base para o que se tem hodiernamente como um direito à proteção de dados pessoais. Para assim, estudar de que forma o surgimento de novos direitos fundamentais se configuram como novos limites materiais ao poder constituinte reformador. Partiu do problema em que se indaga acerca de que forma o surgimento de novos direitos fundamentais se estabelecem como novos limites ao poder constituinte reformador. Com o escopo de responder a tal questionamento, levantou-se a seguinte hipótese, qual seja: por meio de uma interpretação sistemática e teleológica da CRFB, é possível afirmar que os direitos que se configuram como cláusulas pétreas têm a finalidade de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo de esvaziamento por ação do poder reformador.

A Teoria do Poder Constituinte trouxe um fundamento jurídico para exemplificar o surgimento e a extinção dos Estados, as formas pelas quais os agentes de poder se manifestam para a construção ou ruptura do ordenamento jurídico, além de trazer as formas de alteração do texto constitucional pela via reformadora, difusa, supranacional, ou, ainda, intermediária.

Ocorre que é imprescindível o questionamento a respeito da significação e dos fundamentos das cláusulas pétreas, propondo que se considere que este instituto está na vigência de um Estado Democrático de Direito. Desse modo, o princípio democrático deve nortear as relações políticas, jurídicas e sociológicas. Logo, é fundamental considerar que a norma limitativa de reforma encontra sustentação sólida, haja vista ser o povo o condutor do Sistema Constitucional, concedendo ao texto constitucional refletir sobre o que se vive no meio social.

Assim, em uma sociedade caracterizada pelo constante fluxo de informações, torna-se desafiador delinear, constitucionalmente, um novo direito que proporcione aos cidadãos proteção no âmbito da personalidade e da vida privada, embora a vitalidade e a continuidade da Constituição baseiam-se na capacidade de adaptação às novas realidades históricas e sociais, proporcionando aos indivíduos uma proteção diante as novas formas de poder que se manifestam na sociedade.

Na busca de resolução para a referida problemática, observou-se que a CRFB/88 reconhece o direito à proteção de dados pessoais, admitindo que o poder reformador decline em não cumprir peculiares limitações ou atuar de modo contrário, de modo que legitime à esfera

virtual dos brasileiros o mesmo respeito que lhes é conferido à sua esfera íntima, na realidade, é essencial para a segurança jurídica dos cidadãos.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana e não somente por esse viés, pode-se interpretar os demais direitos e garantias fundamentais concedidos ao homem. Tanto é assim, que a própria CRFB/88 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. O direito à proteção de dados pessoais, portanto, é um direito fundamental com fim de propiciar e resguardar a autonomia do indivíduo, bem como lhes garantir a vida em seu sentido mais pleno, não ligada à mera existência, mas a uma existência digna, entendendo-se por dignidade o pleno resguardo de sua intimidade, de sua vontade e de sua liberdade informacional.

Nessa perspectiva, ressalta-se que a hipótese central da presente pesquisa foi confirmada, à medida que no segundo capítulo observamos que os institutos normativos existentes tratam a privacidade de forma genérica e o reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental possibilita e aumenta a segurança da informação, o que fortalece o Brasil em suas relações internacionais com países que já possuem adequações a essa esfera.

Em referência ao segundo capítulo, foi discutido o direito fundamental à proteção de dados, direito este implícito na constituição brasileira, já que não estava disposto na Constituição Federal antes da EC 115/22, porém conjugado com outros direitos pode ser reconhecido como materialmente constitucional. Partindo desses pressupostos a pesquisa teve como objetivo geral a análise dos limites ao poder constituinte reformador, bem como a sua aplicação no contexto prático, para assegurar a promoção do direito em questão. Os resultados da pesquisa demonstram que houve avanço tanto legislativo quanto no campo jurisprudencial concernente aos direitos do indivíduo, todavia ainda há muito a conquistar e desenvolver.

Nesse sentido, no último tópico constatou-se que com o passar do tempo e a partir do estudo dos limites do poder de reforma no ordenamento jurídico pátrio, na prática, os operadores do direito tendem a quebrar as barreiras constitucionais impostas pelo poder constituinte originário, evidenciando a fragilidade constitucional contrária à ideia de rigidez apresentada. Ainda deve-se encontrar uma relação harmoniosa entre a função política do legislativo e as limitações manifestadas expressa ou implicitamente pelo constituinte originário. Visto que, nem sempre a mutação constitucional solucionará os hiatos, como também, nem sempre o poder de reforma será suficiente para suprir as novas demandas sociais, contudo a manutenção da ordem constitucional é fundamental para o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. 395 p.

ARAÚJO, Cristiane Carvalho Andrade; CALCINI, Ricardo. O impacto da LGPD nas relações de trabalho. **Consultor Jurídico** – online, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/lgpd-impactos-trabalhistas>. Acesso em: 24 mar. 2022.

ACKERMAN, Bruce. **We the People**. Cambridge: The Belknap Press, 1998. v. 2, Transformations. 538 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados** - lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Código Civil** - lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. **Lei de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data**- Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. **Lei de Acesso à informação** - Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. **Marco Civil da Internet** - Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade – ADI 939**. Relator (a): Ministro Sydney Sanches, Tribunal pleno, Data do Julgado: 15/12/1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 6387**. Relator (a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, Data de Julgado: 07/05/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito constitucional**: Tomo I – Teoria da Constituição. 10 ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. 761 p.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**. São Paulo: Forense, 2018. 344 p.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 314 p.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 1 Ed. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: SaraivaJur, 2020. 576 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999. 427 p.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 380 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. 835 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Edª. São Paulo: Saraiva, 2015. 1735 p.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1522 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional** / Dirley da Cunha Júnior – 11. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017. 1356 p

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. 1295 p.

EMERIQUE, Lilian 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, RJ, v. 7, n. 8, p. 123-170, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24654>. Acesso em: 23 abr. 2022.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**, 5. Ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012. 672 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 254 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed.rev, ampl. e atual – Salvador: JusPODIVM, 2017. 1719 p.

FREITAS, Frederico Oliveira; GOMES, Magno Federici. **Direitos Fundamentais e Dignidade Humana**. Disponível em:

https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitoconstitucional/direitos-fundamentais-e-dignidade-humana/#_ftn64. Acesso em: 28 abr. 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. **A defesa especial dos direitos da personalidade**: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro, in: Revista Jurídica CESUMAR – MESTRADO, Maringá (PR), v. 13 n. 1, jan. / jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2440>. Acesso em: 28 abr. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 247 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. 34 p.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; NEVES, André Batista. **Estudos Universitários de Direitos Fundamentais**. Vol 1. ed. Salvador: Direito Levado a Sério – 2021. 257 p.

JANINI, Tiago Cappi. Os direitos fundamentais como cláusulas pétreas. **Direitos fundamentais e democracia III** [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Jonathan Barros Vita, Jamile Bergamaschini Mata Diz, Narciso Leandro Xavier Baez. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=739117deec7f647e>. Acesso em: 28. mai. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9a ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1998. 426 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2017. 1576 p.

MENDES, Laura Schertel. Proteção de dados pessoais: fundamento, conceitos e modelo de aplicação. **Panorama Setorial da Internet**, Brasília, n. 2, jun. 2019. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/6/15122520190717-panorama_setorial_ano-xi_n_2_privacidade_e_dados_pessoais.pdf. Acesso em: 28. mai. 2022.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados. **Revista de Direito do**

Consumidor, v. 120, nov./dez. 2018. p. 22. Disponível em:

https://www.academia.edu/42740879/Coment%C3%A1rio_%C3%A0_nova_Lei_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_lei_13_709_2018_o_novo_paradigma_da_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_no_brasil. Acesso em: 29 mar. 2022.

MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais**. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhecedireito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 29 mar. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed., reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MEINBERG, Marcio Ortiz. **Direitos fundamentais e mutação constitucional**. 2014. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6611/1/Marcio%20Ortiz%20Meinberg.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2022.

MARIN, Jeferson Dytz. **Hermenêutica Constitucional e Realização dos Direitos Fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido**. **Sequência** (Florianópolis), n. 65, p. 103-123, 2012. Disponível em: http://old.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 maio 2022.

MOREIRA, Vital. **Constituição e democracia**. In: MAUÉS, Antônio G. M. (Org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: M. Limonad, 2001.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. **Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data**. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/811>. Acesso em: 09 maio 2022.

NOGUEIRA, Cláudia de Góes. **A impossibilidade das cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras**. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 166, p. 79-93, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/461>. Acesso em: 27 abr. 2022.

OLIVEIRA, Gabriel Prado Souza de. **Sigilo de dados no brasil**: da previsão constitucional à nova lei geral de proteção de dados pessoais. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/sigilo-de-dados-nobrasil-da-previsao-constitucional-a-nova-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 27 abr. 2022.

OLIVIERI, Nicolau. **LGPD e sua necessária adequação às relações de trabalho**: lei de dados não foi pensada para as peculiaridades do tramite de informações entre patrão e empregado. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e>

analise/artigos/lgpd-e-sua-necessaria-adequacao-as-relacoes-de-trabalho-28092019. Acesso em: 27 abr. 2022.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei nº 13.709/2018. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 150 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 751 p.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. 1006 p.

QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. **A interpretação constitucional como adaptação histórica do conteúdo normativo da Constituição frente às cláusulas pétreas**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, a. 13, n. 52, 182-196, jul./set. 2005.

RAMOS JÚNIOR, Advan da Silva. **Mutabilidade das cláusulas pétreas**: um estudo sobre a influência das limitações materiais ao poder de reforma do Estado no âmbito jurídico atual. 2020. Disponível em: <http://ri.ucs.br:8080/jspui/handle/prefix/2707>. Acesso em: 29 mar. 2022.

RIBEIRO, Samantha Meyer Pflug. **A Interpretação Constitucional suas Especificidades e seus Intérpretes**. 2015. p. 2.

SAVIGNY, Friedrich. Carl von. **Sistema del drecho romano actual**. Trad. Jacinto Mesia e Manuel Poley. 2 ed. Madrid: Centro Editorial de Gôngora, 1933.

SIEYÈS, Emmanuel. **A constituinte burguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas a respeito dos direitos fundamentais e “cláusulas pétreas” na Constituição Federal de 1988**. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições! Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como Direito Fundamental**. Consultor Jurídico. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protacao-dados-pessoais-direito-fundamental>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. 512 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. 493 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 162-185, out./dez. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28337>. Acesso em: 26 mai. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 14, n. 42, p. 179–218, jan./jun., 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875>. Acesso em: 27 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004. 158 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Fundamentos Jusfilosóficos e Âmbito de Proteção do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 93, 33-57, maio/jun. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>. Acesso em: 27 abr. 2022.

SCHMITT, Carl. **Dottrina della Costituzione**. Traduzione de Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 319 p.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 5, p. 20, 2005. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/458>. Acesso em: 27 abr. 2022.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Durham: Duke University Press, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalh.** – Belo Horizonte: Fórum, 2012. 624 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Os Juizados Especiais à luz da Jurisdição Constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto**. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 2, p. 1, 2007. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_106.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

SAENZ, Fabiana Eduardo. **Habeas Data**. Disponível em: [<escola.mpu.mp.br/dicionario/tikiindex.php?page=Habeas+data>](http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tikiindex.php?page=Habeas+data). Acesso em: 12 abr. 2022.

STRASSER, Francislaime de Almeida Coimbra; OLIVEIRA, Myllena Gonçalves de. O advento da internet e seus desafios no campo jurídico brasileiro. **Colloquium Socialis**. ISSN:

2526-7035, 3(4), 6–19, 2020. Disponível em:
<http://journal.unoeste.br/index.php/cs/article/view/3357>. Acesso em: 12 abr. 2022.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19. Ed^a. São Paulo: Malheiros, 2005. 239 p.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **O poder constituinte originário e o poder constituinte reformador**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 158, n. 40, p. 203-208, abr./jun. 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/854>. Acesso em: 12 abr. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral – v. 1**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil: A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007, 297 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Estado e Sociedade, 2007. Disponível em:
<https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358>. Acesso em: 12 abr. 2022.