

# PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O DEVIDO PROCESSO INFORMACIONAL: POR UMA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO

*PROTECTION OF PERSONAL DATA AND DUE INFORMATION  
PROCESSING: TOWARDS PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN  
RISK SOCIETY*

Pedro Henrique Hermes<sup>I</sup>

Rogério Gesta Leal<sup>II</sup>

<sup>I</sup> Universidade de Santa Cruz do Sul,  
Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.

<sup>II</sup> Universidade de Santa Cruz do Sul,  
Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.

**Resumo:** A Internet acarretou na produção de inúmeros riscos ao indivíduos, cuja controlabilidade não se mostra possível, erigindo-se a necessidade de criação de instrumentos legislativos mínimos, aliado a uma proteção através dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise da possível relação entre a proteção de dados pessoais e o devido processo informacional diante da complexidade que envolve a proteção de dados e os direitos fundamentais. Utiliza-se, para tal objetivo, do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento monográfico. Conclui-se que se afigura necessária a ampliação dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais no âmbito individual e coletivo, pautada na complexidade que se encontra na proteção de dados pessoais e da ampliação do devido processo legal para um devido processo informacional.

**Palavras-chave:** Dados pessoais. Devido processo informacional. Direitos fundamentais. Sociedade de Risco.

**Abstract:** The Internet has led to the production of numerous risks to individuals, whose controllability is not possible, raising the need to create minimum legislative instruments, allied to protection through fundamental rights. In this sense, the present work aims to carry out an analysis of the possible relationship between the protection of personal data and the due informational process in the face of the complexity that involves data protection and fundamental rights. For this purpose, the deductive approach method and the monographic procedure method are used. It is concluded that it is necessary to expand the mechanisms for the protection of fundamental rights at the individual and collective level, based on the complexity that is found in the protection of personal data and the expansion of due legal process to due informational process.

**Keywords:** Due informational process. Fundamental rights. Personal data. Risk Society.

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v23i46.972>

Recebido em: 02.09.2022

Aceito em: 22.05.2023



## Introdução

A evolução da Internet trouxe consigo mudanças crescentes no âmbito social e econômico, sobretudo se levada em conta os impactos existentes nessa seara. Aliado a isso, são iminentes os riscos aliados à realidade digital, tidos como imprevisíveis e imperceptíveis, como verdadeiros riscos imateriais. Essa realidade traz consigo uma fragilização do indivíduo nesse cenário, necessitando do agir estatal na defesa da sua personalidade.

Visualiza-se, com isso, uma crescente complexidade na proteção dos direitos fundamentais no ambiente virtual, sobretudo a partir da utilização massiva da tecnologia pela sociedade contemporânea em seus mais diversos âmbitos. Assim, denota-se que o agir estatal deve ser pautado pela observância das garantias já existentes, aliadas à realidade digital, conferindo-se instrumentos protetivos da personalidade no ambiente virtual.

Nesse sentido, o presente trabalho parte do seguinte problema de pesquisa: qual a possível relação entre a proteção de dados pessoais e o devido processo informacional diante da complexidade que envolve a proteção de dados e os direitos fundamentais? Para responder a esse problema será utilizado como método de abordagem o dedutivo, tendo em vista que se partirá de uma visão geral sobre o direito à proteção de dados, perpassando pela construção teórica recente do devido processo informacional, até se chegar à questão específica do problema proposto. Como método de procedimento utilizar-se-á o monográfico, porquanto a pesquisa será realizada com base em revisão de bibliografia em documentos, artigos científicos, obras jurídicas, entre outros.

A pesquisa se divide em três tópicos, onde, no primeiro, será abordada a construção teórica sobre os direitos fundamentais e a sua complexidade diante do direito fundamental à proteção de dados. Posteriormente, será abordado a noção de devido processo informacional, de forma a se fornecer subsídios para a sua compreensão na Sociedade de Risco. Por fim, serão analisadas as possíveis correlações entre o devido processo informacional e a proteção de dados no ambiente virtual como forma de tutela dos direitos fundamentais.

## O direito fundamental à proteção de dados pessoais no ambiente virtual e sua complexidade

O direito sobre a proteção dos dados pessoais não é tema discutido há muito tempo no Brasil, de modo que as normas que disciplinam o tratamento de dados pessoais, principalmente na Internet, são recentes. É possível, com isso, referir sobre a existência de um sistema de proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico, em cujo centro se encontra o seu direito fundamental. No mesmo sentido, o direito fundamental correspondente somente foi consagrado de modo expreso na Constituição no ano de 2022, inserindo-o no rol do artigo 5º a disciplina da proteção de dados pessoais em caráter fundamental (BRASIL, 1988).

A concepção de que o direito à proteção de dados pessoais é fundamental e que não se engloba no conceito de direito à privacidade é construção teórica recente, que se iniciou a partir do desenvolvimento das tecnologias da informação, de modo que a mera concepção da privacidade, seja como direito a estar só ou como direito ao controle dos dados e informações, não se mostrava suficiente, erigindo a disciplina própria aqui estudada. Tal foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI 6387, momento em que a Corte, pela primeira vez, se pronunciou sobre o caráter fundamental desse direito, em julgamento que tratava sobre a tese da inconstitucionalidade da Medida Provisória 954/2020, eis que violava o sigilo e proteção dos dados.

A referida medida dizia respeito à obrigatoriedade de compartilhamento dos dados telefônicos das operadoras ao IBGE durante a pandemia de COVID-19 (BRASIL, 2020, p. 02). Em seu voto, afirmou o Ministro Gilmar Mendes que o direito fundamental à proteção de dados pessoais “não mais se adstringe à demarcação de um espaço privado, mas, antes, afirma-se no direito à governança, transparência e sindicabilidade do tratamento de dados compreendidos em acepção abrangente” (BRASIL, 2020, p. 20). No mesmo sentido, declarou:

A afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais – há de se dizer – não se faz tributária de mero encantamento teórico, mas antes da necessidade inafastável de afirmação de direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas.

Considerando que os espaços digitais são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade (BRASIL, 2020, p. 21).

O julgamento em questão é histórico e paradigmático na compreensão do que é o direito fundamental à proteção de dados, considerando que foi a primeira vez que o Poder Judiciário se manifestou sobre ele, conferindo-lhe tamanha importância, mesmo que, à época, ainda não estava positivado na Constituição.

De outro lado, diversos outros países já reconheciam o caráter jusfundamental da proteção de dados pessoais em suas Constituições. Trata-se de um movimento internacional que, reconhecendo a importância jurídica dos dados pessoais e os riscos possíveis à liberdade humana, busca proteger os cidadãos no ambiente virtual. De fato, uma das experiências mais sólidas e reconhecidas sobre a proteção de dados pessoais em todos os seus contornos é a da Itália. Muito bem desenvolvido pelo jurista italiano Stefano Rodotà, o sistema de proteção criado pela Itália em muito inspirou o brasileiro (LIMA, 2020, p. 169). Semelhantemente ao Brasil, a legislação italiana disciplina o tratamento dos dados pessoais a partir da noção de dignidade humana, que é muito cara ao direito brasileiro (LIMA, 2020, p. 175). Nesse sentido, o sistema italiano em muito observa os ditames do continente europeu e o modo como a Europa trata sobre a proteção de dados, sobretudo a partir da criação do GDPR.

Com isso, o pano de fundo de todo o ordenamento é considerar o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental, que está previsto na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 8º. Inclusive, Rodotà defende que tal direito deve ser visto em um contexto ainda mais amplo que o que prevê a Carta de Direitos Fundamentais, sobretudo em razão dos direitos que surgem a partir do desenvolvimento das tecnologias (RODOTÀ, 2008, p. 17).

Sem pretender traçar um estudo de direito comparado ou adentrar nos regramentos próprios no âmbito internacional, denota-se que as experiências estrangeiras em muito acrescentam para a possibilidade de se tracejar uma proteção em unidade a nível global, principalmente diante do caráter global da Internet. As relações entre a LGPD e o GDPR evidenciam essa possibilidade e necessidade. Todavia, importante destacar a lição de Silveira e Froufe sobre a realidade da União Europeia e de seu sistema de proteção quando afirmam que

RGPD concretiza a solução adotada pela CDFUE quando autonomizou o direito à proteção de dados pessoais (art. 8.º) relativamente ao direito à proteção da vida privada (art. 7.º). Para o direito da União Europeia nem todos os dados pessoais são suscetíveis, pela sua natureza, de causar prejuízo à privacidade da pessoa em causa – mas devem ser igualmente protegidos. (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 20).

Para tais autores, a relação entre a questão jurídica e “a proteção de dados pessoais converteu-se na questão jusfundamental identitária dos nossos tempos para que o projeto do humanismo não se torne irrelevante” (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 7). Trata-se daquilo que Beck (2018, p. 190) afirmou como expectativa e efeito colateral do risco global, qual seja a necessidade de um “humanismo digital”, pautado nos ideais da liberdade e da proteção de dados pessoais.

Por trás de toda a perspectiva desse direito, reside uma grande complexidade que permeia diversos outros direitos fundamentais já consagrados, de forma que a proteção aos dados pessoais não se mostra, diante da Era da Informação e da Sociedade de Riscos, um direito desatento aos demais direitos fundamentais. Nessa seara, as implicações da proteção de dados alcançam, ao fim e ao cabo, os limites e proteção da própria liberdade no espaço virtual.

Albers (2016, p. 29-30), quando trata da complexidade da proteção de dados pessoais, aduz que a disciplina da proteção de dados não busca proteger tão somente os dados, mas os indivíduos aos quais aqueles dados se referem, não sendo uma concepção isolada apenas dos dados, de caráter individualista. Trata-se, então, para a jurista alemã, de uma necessidade de “compreensão multidimensional de direitos fundamentais; e, em decorrência disso, a proteção de dados inclui um conjunto de direitos que precisam ser descritos de uma maneira nova” (ALBERS, 2016, p. 33), de forma que os indivíduos possam ter conhecimento dos dados, obter a informação, participar e influenciar nas questões relativas aos dados pessoais (ALBERS, 2016, p. 34).

Portanto, o direito relativo aos dados não se trata de um direito instrumental visto tão somente como protetor de outros direitos, mas de “um conjunto complexo de interesses dignos de tutela” (ALBERS, 2016 p. 38), cuja compreensão deve ser “multidimensional de direitos fundamentais e exige descrições inteiramente novas dos interesses protegidos” (ALBERS, 2016, p. 38).

Essa perspectiva de se encarar o direito fundamental em questão é uma virada de chave em uma economia informacional, onde o dado pessoal, em verdade, é visto como uma mercadoria. Daí a afirmativa de Rodotà de que “o direito à proteção de dados tem a ver com a proteção da personalidade, não da propriedade” (RODOTÀ, 2008, p. 19).

Aliás, é essa a concepção que faz com que se busque descolar a visão de dados pessoais como algo estático em razão da existência das complexidades que lhe são inatas. Autores defendem, inclusive, que o direito fundamental à proteção de dados é direito indisponível, cuja perspectiva faz descolar da ideia de dados pessoais como propriedade, ainda mais diante dos meios virtuais e da forma econômica que os dados vêm assumindo.

Sombra (2019, p. 68) traça um interessante panorama entre o direito à proteção de dados pessoais e o consentimento, uma vez que este é um elemento essencial desse direito e da possibilidade de dispor sobre sua privacidade ou seus dados. Todavia, o autor torna-o distante da ideia de proteção enquanto personalidade:

No entanto, a cada dia o consentimento tem se tornado mais insuficiente ou tem sido fornecido em condições de desigualdade ou em circunstâncias alheias às manifestações de poder. Por essa razão, o consentimento tem deixado de ser a peça chave do controle sobre os dados pessoais e aberto espaço para outras ferramentas como a *accountability*. A rigor, quanto maior a percepção da ideia de propriedade vinculada aos dados pessoais, maior será o enfoque no consentimento. Por outro lado, quanto maior a percepção de que a privacidade e proteção de dados envolve um direito fundamental indisponível, menor o papel do consentimento (SOMBRA, 2019, p. 68) [grifo do autor].

Logo, observa-se que o autor entende que haveria uma margem de indisponibilidade desse direito quando descolada da ideia de consentimento. No mesmo sentido, há uma relação entre essa base legal de tratamento e o devido processo informacional, que será trabalhado no momento oportuno.

No âmbito do ordenamento constitucional pátrio, a tramitação a PEC 17/2019 junto ao Poder Legislativo Brasileiro, constituiu importante virada de chave na seara dos direitos fundamentais diante das novas tecnologias. O trâmite da proposta fez com que a Constituição da República incorporasse ao seu texto e reconhecesse expressamente um direito que antes era visto de modo implícito. Assim, denota-se que “a experiência legislativa segue justamente nessa direção, confirmando como é impossível prescindir de uma estratégia institucional articulada e integrada” (RODOTÀ, 2008, p. 81), devendo constituir efetiva atuação estatal na gestão e criação dos mecanismos necessários de regulação das práticas do ambiente da informação, que transcendem as fronteiras e a soberania de qualquer Estado, sendo a proteção desse direito

em âmbito constitucional efetiva possibilidade de uma proteção articulada e integrada, como pretendia Rodotà.

O autor italiano ainda afirma que “a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas – *i.e.* é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos” (RODOTÀ, 2008, p. 17). Nesse sentido, verifica-se que:

A proteção dos dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da sociedade tecnológica, notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática. [...] A facilidade de acesso aos dados pessoais, somada à velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante o conhecimento e o controle de informações sobre a sua vida pessoal, privada e social.” (SARLET; MARINONI; MITIDIÉRO, 2017, p. 472).

Diante disso, é possível afirmar que o novo “direito fundamental exorbita aquele protegido pelo direito à privacidade, pois não se limita apenas aos dados íntimos ou privados, ao revés, refere-se a qualquer dado que identifique ou possa identificar um indivíduo” (MENDES; FONSECA, 2020, p. 473), lembrando-se sempre que o aspecto do dado não se relaciona com o aspecto de um direito de propriedade, mas da própria individualidade da pessoa, ou seja, de sua personalidade.

Além disso, há que se destacar a necessária proteção do desenvolvimento da pessoa a partir dos meios tecnológicos e de possíveis conflitos que surgem a partir de então, demonstrando a necessidade de uma adequada proteção. Conforme Leal

Nos dias atuais, os aspectos da tutela da privacidade e intimidade encontram-se muito integrados com a proteção de dados pessoais, pelo fato de que tais dados representam pressupostos irrenunciáveis ao desenvolvimento da pessoa humana e, ao mesmo tempo, estão conectados com demandas de mercado, pois alimentam infindáveis segmentos de atividades industriais e comerciais que pagam valores imensos por informações de seus consumidores, formatando-se, neste âmbito, zonas de potenciais conflitos entre interesses distintos (LEAL, 2020, p. 366).

Afirma-se, portanto, que o direito fundamental à proteção de dados pessoais possui um âmbito de proteção próprio que também se evidencia na dimensão objetiva, gerando o dever estatal de tutela. Sarlet pontua que “ao Estado incumbe um dever de proteção a ser concretizado mediante prestações normativas e fáticas, notadamente, por meio da regulação infraconstitucional dos diversos aspectos relacionados às posições jusfundamentais” (SARLET; MARINONI; MITIDIÉRO, 2017, p. 474).

Nesse sentido, pouco a pouco tem se construído a noção de devido processo informacional, onde, quando se fala dos dados pessoais, se deve observar as bases legais para o uso dos dados. Contudo, essa construção teórica não abrange tão somente essa perspectiva, mas todas as relações

possíveis entre direitos fundamentais e as novas tecnologias, sobretudo diante da Sociedade de Risco, como se verá adiante.

## **Considerações sobre o devido processo informacional no ambiente virtual e na sociedade de risco**

Os fatores de risco surgidos com a ascensão da Internet, sejam os riscos econômicos que o *Big Data* pode causar, sejam as influências na esfera individual, devem ser equacionados nessas relações sociais e levados em conta no aspecto legislativo. Nesse sentido, observa-se que a teoria da Sociedade de Risco aduz que os riscos ordinários não podem ser visualizados apenas como conseqüências comuns da modernidade, mas como efeitos da modernidade e seus reflexos existenciais, cuja controlabilidade tem se mostrado insatisfatória (LEAL, 2017, p. 40). Quando se fala da realidade digital, tem-se que se trata de um risco imaterial e de difícil percepção, de forma que o Estado, diante dessa realidade, não tem se mostrado suficiente no seu controle (BECK, 2018, p. 186).

Por tal motivo, objetivar panoramas mínimos de procedimentos e proteção é se falar em uma busca na mitigação de riscos e oferecer o necessário controle das informações pessoais e aumento da consciência dos riscos (BECK, 2018, p. 185). Segundo Beck (2018, p. 187), essa perspectiva passa por encarar um dever de proteção de dados como um “supremo direito humano internacional” e encarar os riscos globais a partir de uma realidade cosmopolita (BECK, 2018, p. 189), que se visualiza como ampliar a nível global os marcos regulatórios protetivos sobre dados pessoais.

Nesse sentido, um dos grandes debates sobre Estado e dados pessoais é sobre o uso estatal desses elementos, seja para o bem ou para o mal. Em cenários de maior risco à privacidade e aos dados pessoais, fundamenta-se a possibilidade de Estados de Exceção, baseados, por exemplo, nas questões de segurança pública, operadoras de restrições a esses direitos fundamentais. Leal (2020, p. 361) traz o exemplo do Estado de Urgência promovido na França a partir de ataques em Paris, no ano de 2015, sob o fundamento da segurança pública e nacional, onde restou autorizada a promoção acesso a domicílios sem autorização judicial e outras devassas à privacidade e dados pessoais.

A formatação de modelos persecutórios estatais baseados no tratamento de dados pessoais pode consubstanciar fator de perigo e riscos aos direitos fundamentais, se realizados de modo desmedido e sem a devida regulação, pois:

Em uma sociedade de informação com relativa centralidade no trânsito e acúmulo de dados pessoais, o modelo repressivo penal pode se associar ao modelo de parcerias preventivas de natureza tecnológico-informacional. Assim, apesar da ausência de respostas eficazes no combate à criminalidade pelo modelo repressivo, ele não só continua em expansão como pode encontrar um aliado para preencher as lacunas que poderiam indicar seu esgotamento: o modelo de parcerias preventivas (GARCIA; GONTIJO, 2021, p. 37).

Nota-se que a utilização de dados e informações para tais finalidades pode reforçar o sistema punitivo e seletivo, nomeadamente no Brasil, acarretando ainda mais na perda da efetividade de outros direitos. Em sendo assim, exsurge a necessidade de regulamentação mínima para se balancear esses direitos, dado que a restrição a direitos fundamentais possui reserva legal, cuja proteção não é amparada pela LGPD vigente, cuja vedação está prevista no rol do artigo 4º. Gize-se que a legislação já regulamenta a questão da restrição à privacidade e de dados para a persecução em alguns aspectos, como é o caso do sigilo bancário, interceptação telefônica e telemática, cujas balizas se dão na verificação do caso concreto pelo Poder Judiciário.

Trata-se, assim, de um importante avanço no âmbito das liberdades fundamentais, na medida em que a proteção no uso penal constitui fator para se assegurar a proteção nos meios digitais. Nesse contexto, Stefano Rodotà (2008, p. 18) lembra que “proteção de dados é uma expressão de liberdade e dignidade pessoais”. Se não bem protegidos e amparados, os dados pessoais podem constituir instrumento a prejudicar diversos direitos já assentados em favor do indivíduo. Dessa maneira, necessária se faz uma releitura dos direitos de liberdade à luz do arcabouço protetivo de dados pessoais, fundamento e condição o exercício dos direitos fundamentais na rede. Nesse sentido,

Sinteticamente, pode-se dizer que, por um lado, o respeito ao direito à proteção dos dados pessoais se configura como uma pré-condição para fruição plena dos outros direitos fundamentais; e, por outro lado, impõe uma reconstrução dos direitos fundamentais específicos no novo contexto social delineado pelas tecnologias da informação e da comunicação (RODOTÀ, 2008, p. 200).

É importante conferir o destaque para a expressão de liberdade que é o consentimento, a despeito do debate de ampliar a disponibilidade de determinado direito. Bruno Bioni (2021, p. 274-275), em amplo e detalhado estudo sobre o papel do consentimento no tratamento de dados pessoais, afirma que o consentimento não assume a devida importância quando ausentes regulamentações que possibilitem ao cidadão ter conhecimento sobre o uso de suas informações, de forma que as previsões contidas nas políticas de privacidade são insuficientes para tomada de conhecimento de um usuário hipervulnerável.

Nesse sentido, afirma o autor que o consentimento:

*continua a exercer um papel normativo de protagonismo, mas sob um novo roteiro que inclui a atuação de atores coadjuvantes importantes: i) novas formas para operacionalizá-lo, levando-se em conta a arquitetura (de vulnerabilidade) da rede; ii) o relato normativo complementar da privacidade contextual que o limita e o readapta diante de um solo epistemológico que esfazela a técnica tradicional da autodeterminação baseada de declaração de vontade do titular dos dados; e iii) o cidadão também exerce um domínio sobre seus dados, se estes forem tratados de forma previsível de acordo com suas legítimas expectativas. Portanto, o conteúdo jurídico-normativo de autodeterminação informacional vai além do consentimento (BIONI, 2021, p. 276).*

Em semelhante afirmativa, Lima acrescenta:

No entanto, a proteção dos dados pessoais não pode ser estruturada tão somente com base no consentimento livre e informado do titular dos dados, em razão de sua vulnerabilidade. Em outras palavras, o indivíduo, que necessita de serviços essenciais na sociedade informacional, quando solicitadas informações que lhe digam respeito para poder usufruir do serviço, não poderá resistir à anuência exigida pelos prestadores de serviços ao tratamento de seus dados pessoais.

Justamente por isso, o consentimento do titular dos dados é insuficiente para a efetiva proteção dos dados pessoais, daí a importância de uma entidade de controle que seja independente para desempenhar sua relevante missão, qual seja a de fiscalizar e garantir o cumprimento da legislação sobre proteção de dados pessoais (LIMA, 2020, p. 124).

Nesse sentido, é possível visualizar o nascedouro de um devido processo informacional, que regulamente medidas legais e procedimentais para a forma com que dados pessoais serão tratados, uma vez que impactam diretamente nas liberdades individuais e coletivas (BIONI *et al.*, 2020, p. 9). Em grande medida, o tratamento de dados pessoais, seja através do consentimento ou de outros mecanismos protetivos, perpassa por procedimentos que podem ser vistos como o devido processo informacional.

Em certa medida, foi omissa a LGPD posto que, por exemplo, não trouxe amplas previsões sobre o relatório de impacto no tratamento de dados pessoais, que também, aparentemente, não foi objeto de preocupação do anteprojeto da LGPD-Penal, limitando-se a referir hipóteses de sua necessidade ou possibilidade de requisição do documento. A ausência de diretrizes mínimas que devem estar presentes em documento de tamanha importância no tratamento de dados acarreta a fragilização das formas de operabilidade de tratamento, possibilitando concretos riscos à pessoa. Conforme crítica (BIONI *et. al.* 2020, p. 9):

Nesse sentido, um dos pontos criticáveis da Lei Geral de Proteção de Dados foi não indicar procedimentos mínimos para a confecção do relatório de impacto à proteção de dados (uma das espécies de avaliação de impacto que serão tratadas na nota), que hoje é uma das principais ferramentas de governança em diferentes ordenamentos jurídicos. E, mesmo nos casos em que o legislador adotou uma técnica mais prescritiva, como foi o caso Europeu, na GDPR, ainda existem muitas disputas interpretativas sobre como extrair uma normatividade que desengatilhe uma proteção robusta para os titulares dos dados.

Salienta-se que a existência de previsões procedimentais, ainda mais em relação a dados tratados pelo Estado, como no caso da LGPD-Penal, resguardam o devido processo legal e aqui que se tem chamado de devido processo informacional, pois, assim “garante-se **contraditório e ampla defesa, o que ganha relevo ainda maior na seara penal, uma vez que as decisões ali tomadas impactam** um dos bens jurídicos cuja perda é de maior gravidade: a liberdade de locomoção” (BIONI *et. al.* 2020, p. 9) [grifo do autor].

Todavia, a proteção conferida pelo devido processo informacional não apenas pode ser visualizada na esfera penal, mas em todas as relações envolvendo dados pessoais no ambiente

virtual, seja o ente estatal ou particular. Nesse sentido, observam-se nítidas relações entre a proteção de dados e o devido processo informacional, o que será trabalhado adiante.

## **A proteção aos direitos fundamentais e suas relações com o devido processo informacional e a proteção de dados pessoais: aspectos performativos**

Quando se está a tratar do ambiente virtual, o Estado deve reassumir o seu protagonismo na garantia dos direitos fundamentais, uma vez que o “risco à liberdade digital ameaça ‘somente’ algumas das principais conquistas da civilização moderna: liberdade e autonomia pessoais, privacidade e as instituições básicas da democracia e do direito, todas baseadas no Estado-nação” (BECK, 2018, p. 187). Essa garantia, certamente, deve ser balanceada diante da economia informacional, de modo a não se inviabilizar o desenvolvimento de oportunidades e pesquisas baseadas nas operações com tratamento de dados. Além disso, Beck (2018, p. 188) refere que há a formação de verdadeiro poder central digital autônomo, travestido de uma fachada democrática.

Veja-se que se falar em liberdade no ambiente digital importa encará-la sob inúmeras perspectivas que, de uma forma ou de outra, atualmente esbarram na questão do tratamento de dados pessoais. Sempre são válidas as lições de Rodotà (2008, p. 200) no tocante às ligações entre dados pessoais e os direitos de liberdade, quando ele afirma que se impõe reconstruir a liberdade no ambiente tecnológico, de modo a se atentar às formações sociais virtuais, as garantias de liberdade pessoal diante da formulação do corpo eletrônico e da liberdade de circulação em decorrência das massivas vigilâncias impostas ao usuário.

A partir disso, o autor italiano afirma que “não se pode postular a indiferença do quadro tradicional dos direitos a este novo ambiente, mantendo inalterados os critérios hermenêuticos pré-tecnológicos” (RODOTÀ, 2008, p. 201). De todo modo, as imbricações estão presentes, tendo-se essa perspectiva ou não. Veja-se, por outro lado, que a proteção de dados pode ser geradora de uma liberdade, tendo em vista que:

os direitos fundamentais como base da proteção de dados não resultam na obrigação de entender as leis sobre o pano de fundo do papel tradicional delas. Além de permitir o desenvolvimento de novos bens juridicamente tutelados, os direitos fundamentais permitem uma compreensão multidimensional das reservas e das regulamentações. As normas jurídicas não só limitam liberdades. Elas também podem, antes de tudo, criar liberdades, torná-las concretas e influenciar suas condições e pré-requisitos sociais. O direito referente à proteção de dados deve estar fundamentado nas diversas funções e diversas formas do direito (ALBERS, 2016, p. 39).

Grande parte dessa complexidade que subjaz a proteção de dados e os direitos fundamentais na seara tecnológica está relacionada também à releitura do devido processo legal, que passa a ser encarado como devido processo informacional. Destaca-se que no julgamento da ADI 6387 o Supremo Tribunal Federal já mencionou sobre o devido processo informacional. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto ressalta:

É possível identificar como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, a preservação de verdadeiro “devido processo informacional” (informational due process privacy right), voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle, sobretudo em relação a práticas de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamentos preditivos e peremptórios (BRASIL, 2020).

Ademais, é imperioso referir que um devido processo informacional é sustentáculo da separação informacional de poderes, de modo a se alçar a um Estado Democrático Digital de Direito:

É nesse sentido, que — para ilustrar a questão — se revela imperiosa a vedação de bases de dados comuns, cujo compartilhamento é ilimitado entre e para todos os entes estatais. Dito de outro modo, é crucial que se assegure também uma separação/divisão informacional de poderes.

O devido processo informacional e a separação informacional de poderes devem ser compreendidos e concretizados numa perspectiva afinada com o assim designado constitucionalismo digital, implicando, dentre outros aspectos, uma reconfiguração do Estado e do federalismo brasileiro, e, em virtude disso, do papel dos agentes estatais em razão da atualização do rol de direitos fundamentais, sobretudo a partir da promulgação da EC 115, que incluiu o direito à proteção de dados pessoais no catálogo constitucional (SARLET; SARLET, 2022).

Logo, há que se balizar que a legislação forneça uma adequada proteção jurídica aos dados pessoais, destinado a também se proteger a liberdade. Veja-se que o impacto no tratamento de dados pessoais possui, inclusive, consequências democráticas, como é o caso célebre da Cambridge Analytica:

O escândalo envolvendo o Facebook e a Cambridge Analytica revela em que medida é possível, em democracia, promover a manipulação do eleitorado socorrendo-se de dados obtidos ilegitimamente (87 milhões de internautas tiveram os seus dados negociados, sem consciência dos visados, para os efeitos de manipulação eleitoral). Como sabemos, a partir da recolha de informação de 300.000 internautas (através de um inquérito/jogo), o Facebook permitiu a apropriação indevida de dados pessoais de milhões de pessoas. No Reino Unido, tanto quanto se sabe, 1.1 milhão de cidadãos foram alvo de tal apropriação. Ora, se a diferença entre o Remain e o Exit foi de 1.3 milhões de votos, é legítimo presumir que a manipulação levada a efeito pode ter sido determinante nos resultados do referendo britânico.

Não é, pois, um dado adquirido que a revolução tecnológica conduza ao efetivo empoderamento dos cidadãos e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas. Os cidadãos podem ser crescentemente marginalizados ou manipulados nos processos de decisão. Não se pretende com isso fragilizar os esforços no sentido do desenvolvimento de uma democracia digital – cujo conceito implica a utilização de meios eletrônicos de comunicação para potenciar e ampliar a ação dos cidadãos e (tendencialmente) controlar os governantes e as instituições públicas. (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 16)

Ademais, essa perspectiva não pode ser visualizada tão somente de uma liberdade e proteção individual. Como acertadamente pontua Albers (2016 p. 42) “a proteção de dados não pode ser garantia unicamente por mecanismos que concedam às pessoas afetadas a proteção individual e mecanismos individuais de reparação. Também é preciso estabelecer mecanismos institucionais de garantia”.

Diante disso, denota-se que, na Sociedade de Risco, visualizada a partir da perspectiva da metamorfose digital, uma ampla proteção aos dados pessoais é não somente um resguardo, mas uma verdadeira necessidade. Nesse sentido, visualizar esse direito em ampla perspectiva é passo necessário para alçar o caráter fundamental e de uma verdadeira cidadania eletrônica (RODOTÀ, 2008, p. 145). No mesmo contexto, Marion Albers (2018, p. 38) apresenta:

A proteção de dados baseia-se em uma compreensão multidimensional de direitos fundamentais e exige descrições inteiramente novas dos interesses protegidos: em vez de bens juridicamente tutelados concebidos de modo individualista, a questão tem a ver com posições jurídicas individuais na socialidade ou, em outras palavras, as posições sociais do indivíduo a serem protegidas por direitos fundamentais. O conjunto de interesses e posições protegidos ainda precisa ser elaborado com maior grau de detalhamento e também terá de ser sempre adaptado dinamicamente a novos perigos.

Dessa maneira, a perspectiva cosmopolita do risco digital é importante passo na questão dos dados pessoais (BECK, 2018, p. 194), ainda mais quando visualizada também sob o aspecto do devido processo informacional na sua relação do Estado e dos particulares. O oceano de dados produzido em caráter global por diversos indivíduos ao redor do planeta evidencia essa necessidade de se encarar a proteção jurídica mediante instrumentos que possuam efetividade e, sobretudo, visualizar padrões mínimos mundiais de proteção e regulamentação. Nesse sentido, a diretriz de “coletar tudo” (BECK, 2018, p. 193) impõe uma ampla e fortalecida proteção, haja vista que destitui princípios básicos da liberdade (BECK, 2018, p. 193). Como já pontou Albers (2016, p. 38):

A legislação precisa regulamentar o processamento de dados de modo apropriado e garantir que o tratamento de informações e dados pessoais não ocorra de maneira irrestrita, ilimitada e intransparente, e tem de assegurar que os indivíduos afetados tenham a possibilidade de obter conhecimento suficiente sobre o processamento de dados e informações pessoais e influência suficiente sobre ele. Neste nível, a presença do Estado é imprescindível.

Com isso, a proposta aqui ensaiada é a visão dos direitos fundamentais deve ser reconstituída a partir da proteção de dados e de toda a complexidade que lhe é inerente. Não é à toa que Marion Albers (2016, p. 44) enuncia que esse direito “à proteção de dados é uma área nova e altamente complexa do direito que ainda precisa de um considerável aprofundamento no tocante ao seu assunto, aos interesses protegidos e aos conceitos apropriados para a regulamentação”.

Logo, assumindo o caráter fundamental e estruturante das relações que impactam no mundo on-line e off-line, a proteção de dados edifica todo um contexto do direito de liberdade,

possibilitando a sua adequada fruição e a imposição de limites aos limites desse direito, de modo que evita ou mitiga a intervenção de terceiros.

## Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo analisar a possível relação entre a proteção de dados pessoais e o devido processo informacional diante da complexidade que envolve a proteção de dados e os direitos fundamentais.

Nesse sentido, no primeiro tópico restou demonstrada a importância que a proteção de dados pessoais assume no atual contexto. Essa relevância vem crescendo, na medida em que passou a se visualizar, no Brasil, como um direito fundamental positivado na Constituição, permitindo-se falar em um verdadeiro sistema jurídico de proteção de dados pessoais.

Por sua vez, no segundo momento, buscou-se traçar panoramas mínimos acerca da noção sobre o devido processo informacional e a importância que a observância de tais parâmetros assume diante da complexidade envolvendo direitos fundamentais e a tecnologia. Observou-se que se trata de construção teórica muito recente, mas de grande relevância para se afirmar e proteger os direitos nesse âmbito.

Ao final, já no terceiro tópico, verificou-se que a interrelação entre os instrumentos de proteção de dados e a noção de devido processo informacional constituem fortes parâmetros na defesa das liberdades digitais e dos direitos, sobretudo diante do panorama da Sociedade de Risco.

Dessa forma, denota-se a importância de se construir balizas e instrumentos para proteção dos direitos fundamentais diante da complexidade assumida pelas suas relações com as novas tecnologias, sobretudo com o tratamento de dados pessoais. Vale ressaltar que os riscos existentes no ambiente virtual são diversos e imperceptíveis, cujos efeitos colaterais são imprevisíveis, na esteira da Sociedade de Risco.

Como visto, grande parcela dessa construção vem sendo realizada a partir das leituras permitidas pelo direito à proteção de dados que, agora aliada à noção de devido processo informacional, pode garantir não somente ao direito em si, mas à liberdade e aos direitos fundamentais em geral, a sua observância e proteção.

## Referências

ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 10, n. 35, p. 19-45, jul./dez. 2016.

BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. *Proteção de dados no campo penal e de segurança pública: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal*. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. São Paulo: Gen Forense, 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 17 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019*. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm). Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento das Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393*. 2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%206387&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%206387&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 20 de jul.2022.

GARCIA, Rafael de Deus.; GONTIJO, Rogério Bontempo Cândido . Algoritmos e segurança pública: controle e vigilância no policiamento baseado em dados. *Revista Latino-Americana de Criminologia*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 14–43, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/relac/article/view/36735>. Acesso em: 21 jul. 2022.

LEAL, Rogério Gesta. *A Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. Porto Alegre: FMP, 2017, Disponível em [https://fmp.edu.br/wp-content/uploads/2020/12/responsabilidadepenal\\_EBOOK.pdf](https://fmp.edu.br/wp-content/uploads/2020/12/responsabilidadepenal_EBOOK.pdf). Acesso em: 13 jul. 2022.

LEAL, Rogério Gesta. Direito fundamental à proteção de dados em tempos de pandemia: necessárias equações entre segurança pública e privada. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 43, p. 357-374, jul./dez., 2020

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Autoridade Nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados Comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 130, p. 471-478, jul./ago. 2020.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Separação informacional de poderes e devido processo informacional. *Consultor Jurídico*. São Paulo, mai. 2022. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-mai-13/direitos-fundamentais-separacao-informacional-poderes-devido-processo-informacional-ordem-juridico-constitucional-brasileira#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2022-mai-13/direitos-fundamentais-separacao-informacional-poderes-devido-processo-informacional-ordem-juridico-constitucional-brasileira#_ftn1). Acesso em: 23 jul. 2022.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. *Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção de dados pessoais como a questão jusfundamental identitária dos nossos tempos*. UNIO – *EU Law Journal*”, vol. 4, No. 2, julho/2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21814/unio.4.2.2>. Acesso em: 25 jul. 2022.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Direito à privacidade e proteção de dados no ciberespaço: a accountability como fundamento da Lex Privacy*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35752>. Acesso em: 20 jul. 2022.