

# Proteção de dados pessoais no Brasil: os limites da regulamentação e da regulação da LGPD no constitucionalismo digital brasileiro

Personal data protection in Brazil: the limits of the LGPD regulation and governance in the brazilian digital constitutionalism

<https://doi.org/10.32586/rcda.v22i1.865>

Thairone de Sousa Paiva<sup>1</sup>  
Anderson Souza da Silva Lanzillo<sup>2</sup>

## RESUMO

O constitucionalismo digital determina a adoção de definições e de elementos de direito digital ao sistema constitucional. Assim, a temática contemporânea da proteção de dados pessoais, especificamente no contexto de emergência do governo digital, deve ser abordada pelo texto constitucional, ainda que por meio do poder constituinte derivado reformador. Nessa vereda, a Lei nº 13.709/2018, aliada à Emenda Constitucional nº 115/2022, que inseriu no rol constitucional de direitos e garantias fundamentais a proteção de dados pessoais, introduziu ao ordenamento jurídico os sistemas de regulamentação e de regulação da tutela dos dados pessoais de forma a garantir uma governança de dados nos setores público e privado. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar os limites de regulação e de regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nos setores público

1 Advogado, especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Futura, especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (Faveni), mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e graduado em Direito pela UFRN. E-mail: thaironepaiva@gmail.com

2 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2004), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2007) e doutorado em Estudos da Linguagem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2016). Foi bolsista de graduação e de mestrado do Programa de Formação em Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás, vinculado à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Atualmente é professor associado do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de direito e linguagem, com ênfase em direito empresarial, direito e linguagem e direito, inovação e novas tecnologias, atuando principalmente nos seguintes temas: direito empresarial, direito e linguagem, direito, inovação e novas tecnologias. E-mail: adv.andersonss@gmail.com

e privado. Este trabalho fez uso de metodologia exploratória e utilizou de análise normativa para investigar o sistema de regulamentação e para analisar casos concretos que ensejaram a regulação estatal. Com isso, concluiu-se que, dado que parte da regulação da matéria de dados pessoais está delegada à Autoridade Nacional de Proteção de Dados e à autorregulação das entidades, o controle da produção dos atos normativos requer maior densidade constitucional e definição de parâmetros de aplicabilidade na ordem jurídica constitucional. Por isso, o Brasil adere ao constitucionalismo digital em prol da garantia da tutela de direitos humanos fundamentais contemporâneos sob uma perspectiva desenvolvimentista e para impedir que medidas adotadas pelo sistema capitalista financeiro-rentista violem normas constitucionais e direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** proteção de dados pessoais; constitucionalismo digital; regulamentação; regulação; Direito Digital.

## ABSTRACT

Digital constitutionalism determines the adoption of definitions and elements of digital law into the constitutional system. For this reason, the contemporary theme of personal data protection, specifically in the context of the emergence of the digital government, must be addressed by the constitutional text, albeit through the reforming derived constituent power. On this path, Law nº 13.709/2018, together with Constitutional Amendment nº 115/2022, which included the protection of personal data in the constitutional list of fundamental rights and guarantees, introduced into the Brazilian legal system the systems of regulation and governance of the protection of personal data in order to ensure data governance in the public and private sectors. The present work aimed to analyze, within the context of digital constitutionalism, the LGPD regulation and governance limits in the public and private sectors. This work made use of an exploratory methodology, and normative analysis to investigate the regulatory system and to analyze concrete cases that gave rise to state regulation. Therefore, it was concluded that, given that part of the regulation of personal data mat-

ters is delegated to the ANPD and to the self-regulation of the entities, the control of the production of normative acts requires greater constitutional density, and definition of parameters of applicability in the constitutional legal order. For this reason, Brazil adheres to digital constitutionalism in favor of guaranteeing the protection of contemporary fundamental human rights from a developmental perspective and to prevent measures adopted by the rentier-financial capitalist system from violating constitutional norms and fundamental rights.

**Keywords:** protection of personal data; digital constitutionalism; regulation; governance; Digital Law.

Avaliado pelo sistema  
double blind review  
(SEER/OJS – versão 3)



Data de submissão: 08/05/2023  
Data de aprovação: 31/07/2023  
Data de versão final: 20/09/2023  
Data de publicação online: 11/12/2023

## 1 INTRODUÇÃO

Os impactos causados pelos fenômenos da globalização e do multiculturalismo, aliados às novas tecnologias e às inovações disruptivas do século XXI, mudaram todo o sistema constitucional das sociedades contemporâneas. O constitucionalismo digital, movimento contemporâneo decorrente da chamada quarta revolução industrial, modificou a forma como o Estado exerce suas atividades e como se conecta com sua população, tornando-o mais próximo e acessível aos cidadãos à medida em que a própria sociedade é inserida, inevitavelmente, no ambiente digital (KREUZ; VIANA, 2018).

O constitucionalismo digital pressupõe que as novas tecnologias, as redes sociais e as ferramentas disruptivas de informação e de comunicação representam o principal catalisador das mudanças nos sistemas constitucionais (CELESTE, 2021), logo, um sistema constitucional que acompanha as

evoluções tecnológicas que ocorrem dentro das sociedades contemporâneas é, em sua essência, um sistema de constitucionalismo digital.

Desta forma, é importante destacar que o sistema constitucional brasileiro adota um caráter de mutabilidade, com a utilização de procedimentos constitucionais de modificação formal do texto constitucional, ainda que tais processos adotem regras rígidas e burocráticas com a finalidade de garantir a proteção do Estado. Esse cenário existe para que a estrutura constitucional se adapte às novas realidades vividas pelo ordenamento jurídico, visto que a Constituição Federal deve representar a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação (LASSALE, 2000).

Esses fatores reais de poder variam de acordo com cada contexto social e histórico. Nesse sentido, diz-se que novas conjunturas sociopolíticas, econômicas e antropológicas são vetores para a modificação da estrutura constitucional de uma sociedade, logo, o sistema constitucional de um determinado Estado pode ser completamente diferente de um sistema de outro Estado, levando-se em consideração as diferenças vetoriais supramencionadas.

Com a inserção de novas tecnologias e com a conexão direta entre ambiente real e ambiente virtual, aspectos técnicos de execução de atividades virtuais passam a exigir, de forma crônica, a coleta e tratamento de dados pessoais de usuários. Esse cenário, que ocorre de modo similar no setor público e no setor privado, exige do indivíduo a disponibilização de informações privadas para que tenha acesso a direitos básicos e para que possa exercer atividades rotineiras (BASTOS; PANTOJA; SANTOS, 2021).

Logo, tendo em vista a imprescindibilidade do uso de dados pessoais dos cidadãos, o constitucionalismo digital, enquanto sistema regulador e regulamentador do Estado, adota ferramentas para garantir a tutela dos dados pessoais (CASTELLS, 2019), exigindo da própria máquina estatal dinamicidade para atender demandas de proteção de direitos fundamentais nos mais variados contextos digitais que requerem o uso de dados pessoais, como em plataformas sociais, em sistemas de *Big Data*, em serviços

públicos digitais ou em órgãos de segurança pública, por exemplo.

No entanto, ainda que seja ressaltada a complexidade de discussões acerca da tutela dos dados pessoais no século XXI dentro e fora do ordenamento jurídico brasileiro, são inúmeras as questões levantadas dentro do constitucionalismo digital acerca do poder estatal de regulação<sup>3</sup> e de regulamentação<sup>4</sup> da proteção dos dados pessoais dos cidadãos em uma conjuntura socioeconômica capitalista digital globalizada.

Considerando esse cenário, é possível que o constitucionalismo digital, mesmo mutável e dinâmico, acompanhe a evolução dos algoritmos? Como que o marco regulatório de proteção de dados pode regular e regulamentar os mais complexos cenários de violação de regras constitucionais de tutela de dados pessoais?

Por isso, neste estudo, buscar-se-á analisar, fundamentado no contexto de constitucionalismo digital, os limites de regulação e de regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) nos setores público e privado. Considerando isso, os objetivos específicos do trabalho são, ordenadamente: avaliar o tratamento dado ao direito à proteção dos dados pessoais pelo sistema constitucional brasileiro, identificar as possibilidades jurídicas de regulamentação da proteção de dados pessoais e, por fim, avaliar o sistema de regulação da proteção de dados pessoais nos setores público e privado, dando ênfase na atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

A partir de uma metodologia exploratória, procurar-se-á analisar a seara de aplicabilidade das normativas de proteção de dados pessoais nos âmbitos da regulamentação e da regulação do uso de dados pessoais pelos setores públicos e privados. Para isso, será utilizado o método de identificação das normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro que regulam essa conjuntura de coleta, tratamento e descarte de dados pessoais.

3 De acordo com Magro e Morong (2018), a regulação implica na tomada de decisões com a finalidade de instituir condutas que se adequem ao sistema jurídico.

4 Lima, Oliveira e Coelho (2014) afirmam que a regulamentação está diretamente ligada à atividade de criar e de editar regulamentos (leis, decretos, resoluções etc.).

Por fim, verificar-se-á que a atuação estatal nas estruturas de regulamentação e de regulação da proteção dos dados pessoais, tanto no setor público como no setor privado, é imprescindível, sobretudo por se tratar, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022, de um direito humano fundamental de acentuada relevância no contexto de constitucionalismo digital, não devendo o ordenamento jurídico brasileiro se esquivar de sua responsabilidade para com a garantia da proteção dos direitos individuais, coletivos e difusos.

## **2 A REGULAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL**

Promulgada no Brasil no ano de 2018, a Lei nº 13.709/2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), representa o marco regulatório da proteção de dados pessoais no território brasileiro, sob influência do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, e que utiliza como base os princípios fundamentais da liberdade, do livre desenvolvimento da personalidade e da privacidade (CARVALHO; PEDRINI, 2019).

Nessa perspectiva, é crucial destacar que as discussões doutrinárias e legislativas acerca de um regulamento geral de proteção de dados pessoais brasileiro surgem em decorrência de uma conjuntura de instabilidade no cenário do constitucionalismo digital, visto que os ordenamentos jurídicos nacionais e a comunidade internacional lidavam, à época, com dilemas advindos do uso de novas tecnologias na rotina dos cidadãos (FRANÇA; OLIVEIRA; LANZILLO, 2021).

Assim, contextos marcantes sobre o uso de inovações disruptivas em processos democráticos, ensejaram o estabelecimento de discussões técnicas e jurídicas acerca de uma regulamentação legal dos processos de coleta, tratamento e descarte correto de dados pessoais, sobretudo em virtude da imprescindibilidade do uso dessas informações em um cenário de informa-

tização e de conexão desenfreada entre o mundo real e o ambiente virtual.

Nessa vereda, a LGPD, enquanto ferramenta de regulamentação da relação entre o titular de dados pessoais e os agentes de tratamento de dados, fixa regras com o foco na garantia da privacidade e da proteção à esfera privada, garantindo ao titular dos dados pessoais menos preocupação sobre como as suas informações pessoais estão sendo tratadas por órgãos públicos e privados (DIVINO; MAGALHÃES, 2019). Mesmo após a promulgação do marco regulatório da proteção de dados brasileiro, a proteção de dados pessoais era tratada como uma ferramenta acessória ao direito à privacidade. Isso porque, no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, somente o direito à privacidade era reconhecido como um direito fundamental (JALIL; BURLAMAQUI, 2022).

Por essa razão, um reconhecimento do direito à proteção dos dados pessoais com um direito fundamental e a sua inclusão no texto constitucional, ainda que posterior à promulgação da LGPD, evidenciou a importância da tutela dos dados dos cidadãos no contexto da sociedade da informação, não obstante, incorporou o constitucionalismo digital com mais precisão ao ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.1 O direito fundamental à proteção de dados pessoais no constitucionalismo digital**

A declaração da autonomia da proteção de dados pessoais no contexto do constitucionalismo digital ocorre porque o direito à privacidade, antes utilizado como fundamento para a proteção dos dados pessoais, protege a informação vinculada ao sigilo, enquanto que o direito à proteção dos dados pessoais abrange a informação, a sua circulação e o seu controle (RODOTÁ, 2008).

Ainda que seja mais comum relacionar a proteção de dados pessoais ao direito fundamental à privacidade (SARLET, 2020), o fundamento constitucional que mais se aproxima da tutela dos dados pessoais é o livre

desenvolvimento da personalidade, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade, visto que os dados pessoais estão diretamente ligados à personalidade do indivíduo, logo, a sua proteção advém da estrutura jurídica de tutela da dignidade do ser humano (PINTO, 2018).

A necessidade de regulamentação da proteção de dados, sobretudo, em virtude de sua complexidade e autonomia, surge com a ascensão do constitucionalismo digital, que pode ser definido como uma categoria de proteção de direitos constitucionais atrelados às novas tecnologias, às plataformas digitais e à sociedade da informação (PEREIRA; KELLER, 2022).

Após anos de discussão, a atividade legislativa, por meio do poder constituinte reformador, inseriu, no inciso LXXIX do artigo 5º do texto constitucional, no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, o direito à proteção dos dados pessoais (BRASIL, 2022).

Não obstante, Emenda Constitucional nº 115/2022, instrumento responsável por adicionar o direito à proteção dos dados pessoais no texto constitucional, também fixou a competência normativa para regulamentar assuntos relativos à proteção de dados pessoais para a União de forma privativa, fazendo com que o artigo 22 da Constituição Federal de 1988 passasse a prever também a proteção de dados pessoais como matéria legislativa privativa da União.

Essa fixação de competência privativa à União está de acordo com a formalização do poder regulamentar, visto que esta se processa por decretos e regulamentos expedidos pelo Presidente da República (MAGRO; MORONG, 2018). Dessa forma, é importante destacar que o poder regulamentar sobre a matéria de proteção de dados está restrito, no ordenamento jurídico brasileiro, à União, que terá seu poder exercido através da expedição de normas legais analisadas e promulgadas pelo Chefe do Poder Executivo, após atividade legiferante.

## 2.2 As possibilidades jurídicas de regulamentação da proteção de dados pessoais

No contexto de regulamentação, far-se-á uma distinção entre níveis de regulamentação dentro da Administração Pública. Isso porque o denominado poder de regulamentação de primeiro grau se refere à atividade regulamentadora de expedição de decretos e regulamentos, exercida pelo Presidente da República, enquanto o chamado poder de regulamentação de segundo grau representa os outros atos normativos que se subordinam às regulamentações de primeiro grau. Nesse caso, a regulamentação também existe fora das legislações expedidas pelo Chefe do Executivo, contudo, somente de forma complementar (CARVALHO FILHO, 2010).

Essa regulamentação complementar pode ser realizada, no contexto da proteção dos dados pessoais, pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autarquia federal de natureza especial criada pela Lei nº 13.853/2019. Isso porque a normativa que cria a autarquia lista as competências administrativas do órgão, tornando sua responsabilidade a elaboração de diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e a edição de regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade<sup>5</sup>.

Desta forma, o poder de regulamentação da LGPD não se limita somente à atividade legiferante da União, como também abarca a atividade regulamentar da Administração Pública, por meio da ANPD, nos assuntos complementares aos preceitos fixados pelo marco regulatório da proteção de dados no âmbito nacional.

Entretanto, sob essa regulamentação é exercida forte proteção constitucional, visto que a inserção do direito à proteção dos dados pessoais no rol de

5 LGPD, Art. 55-J. Compete à ANPD: [...]

III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; [...]

XIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei;

direitos e garantias fundamentais no texto constitucional fez tornar a temática objeto de cláusula pétrea (SILVA et al., 2022), fato que impede que o legislador venha a abolir ou restringir tal direito constitucional em normativas futuras.

Mesmo considerando esse cenário de rigidez de regulamentação, a LGPD ainda carece de esclarecimentos e de complementações. Isso porque são incontáveis as dúvidas e as obscuridades acerca de sua aplicação, sobretudo no setor privado (GALDINO, 2021). Desta forma, é crucial uma atuação relevante da ANPD, enquanto órgão de regulamentação complementar à LGPD, para que o ordenamento jurídico defina diretrizes e regras concretas a fim de que as empresas públicas e privadas tratem corretamente os dados pessoais dos cidadãos, além de fornecer aos usuários dos serviços mais segurança e transparência no ato de concessão de suas informações pessoais.

Ademais, a atuação da ANPD desvinculada da atividade legiferante estatal, que costuma ser morosa em razão da necessidade de atenção aos ritos procedimentais constitucionais, permite que a autarquia federal adote meios contemporâneos e inovadores de aplicação do marco regulatório, fazendo com que o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da aplicação da LGPD, acompanhe a constante evolução tecnológica e as inovações algorítmicas, ainda que não haja necessariamente uma mudança textual na LGPD, isso porque a norma geral de proteção dos dados pessoais terá mais aplicabilidade na medida em que a ANPD e os demais órgãos administrativos de regulação da atividade de proteção de dados cumpram o papel regulatório de acordo com as interpretações da LGPD<sup>6</sup>.

### **3 O PODER REGULATÓRIO NA LGPD: REGULAÇÃO ESTATAL E AUTORREGULAÇÃO**

Ao contrário da regulamentação, a regulação representa uma função administrativa que decorre da delegação de um poder de decisão reservado a um órgão ou entidade. Essa regulação utiliza de ponderação politicamente neutra

<sup>6</sup> LGPD, Art. 55-J. Compete à ANPD: [...]

XX - deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta Lei, as suas competências e os casos omissos;

para decidir sobre aspectos técnicos, jurídicos e administrativos, esclarecendo sobre conceitos jurídicos indeterminados e determinando a adoção de condutas condizentes com o ordenamento jurídico (MAGRO; MORONG, 2018).

Por conseguinte, é relevante destacar que a ANPD, além de órgão de regulamentação complementar à LGPD, também recebe competências do marco regulatório com o fito de realizar a regulação, nos âmbitos público e privado, do uso de dados pessoais.

Como órgão de regulação, a autarquia tem a competência de fiscalizar e aplicar sanções em casos de descumprimento de normas previstas na LGPD, bem como de realizar auditorias com a finalidade de fiscalizar possíveis atos de descumprimento da normativa de proteção de dados<sup>7</sup>.

Por sua vez, o seu caráter regulamentador está evidente em fixação de competências na LGPD para que a ANPD desenvolva estudos técnicos que fundamentam posicionamentos que visam eliminar obscuridades no texto legal, bem como interprete o texto legal da LGPD de acordo com as necessidades de cada caso concreto a ser avaliado pela autarquia federal.

Desta forma, além de competência regulamentadora, é delegada à ANPD também a competência reguladora da proteção de dados pessoais, que, conforme será abordado nos próximos tópicos, também abrange os sistemas de autorregulação e de heterorregulação dos órgãos e entidades que trabalham com a coleta e o uso de dados pessoais.

### 3.1 A regulação da proteção de dados pessoais no setor público

O sistema de proteção de dados aplicado ao setor público brasileiro recebe tratamento especial dentro da LGPD. Isso porque, além da aplicação das normas gerais de proteção de dados e dos princípios reguladores dessa

7 LGPD, Art. 55-J. Compete à ANPD: [...]

IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso; [...]

XVI - realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização de que trata o inciso IV e com a devida observância do disposto no inciso II do caput deste artigo, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluído o poder público;

temática, previstos na LGPD, a estrutura do Poder Público exige uma regulamentação específica e direcionada à atividade estatal, sobretudo pela natureza complexa da utilização dos dados pessoais dos indivíduos pelo Estado.

A sociedade da informação, cenário contemporâneo que demanda a utilização da informação como principal elemento do desenvolvimento social, cultural e econômico, torna a proteção de dados pessoais um preceito relevante para a garantia da dignidade da pessoa humana (BIONI, 2019). Enquanto o setor privado utiliza os dados pessoais como ativo econômico, o setor público faz uso das informações pessoais dos cidadãos para a promoção de atividades estatais.

Nesse sentido, a LGPD, no seu artigo 23, determina que a utilização de dados pessoais pelo Poder Público ocorra em estrito atendimento aos requisitos previstos em lei. O artigo supracitado, baseado no princípio da legalidade da Administração Pública, limita a atuação do Estado para o atendimento exclusivo da finalidade da atividade pública, na persecução de interesse público, e, por fim, para atender objetivos de execução de competências legais ou para cumprir com atribuições legais do serviço público.

Não obstante, ressalta-se que, para além dos requisitos fixados na seção de tratamento de dados pelo setor público, a atividade estatal também deve atender a uma ou mais bases de tratamento de dados, previstas no artigo 7º da LGPD, com o fito de garantir mais segurança aos dados pessoais dos seus titulares e gerando ao Estado a necessidade de apresentação de fundamentação legal clara e justificável para a coleta e utilização de dados pessoais (FERNANDES; NUZZI, 2022).

Ocorre que, no âmbito público, é comum haver confiança do usuário do serviço público na máquina estatal, inexistindo, comumente, qualquer preocupação do cidadão no processo de disponibilização de seus próprios dados pessoais para os órgãos públicos (GUTIERREZ, 2021).

Essa postura adotada pela sociedade evidencia a ausência de uma cultura de privacidade, que serve como instrumento de educação social preventiva para casos de violação do direito à proteção dos dados pessoais dos

indivíduos (FERREIRA; MARQUES; PINHEIRO, 2021). Por isso, conjunturas de vazamento de dados e de ilicitudes, ainda que promovam prejuízos à sociedade, não costumam ensejar discussões acerca da tutela dos dados pessoais para além das entidades e órgãos que já debatem sobre a temática.

Nessa perspectiva, não são incomuns os cenários de vazamento de dados por meio de bancos de dados públicos. O próprio Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro foi alvo de vazamento de dados, quando, no ano de 2020, informações de inúmeros usuários do serviço público foram acessadas através de uma exposição da base cadastral do banco de dados, evidenciando falhas no sistema de proteção de dados pessoais pelos órgãos estatais<sup>8</sup>.

Assim, ainda que o setor público não tenha interesse na utilização de dados pessoais de usuários com fins econômicos, a ausência de estruturas rígidas de proteção e de impedimento de acesso de terceiros não autorizados às informações dos usuários implica na necessidade de que o próprio Estado seja alvo de regulação própria a fim de que sua atividade estatal esteja de acordo com as normas de regulamentação do uso, tratamento e descarte de dados pessoais.

Ocorre que o próprio Estado realiza a regulação de sua atividade, visto que a ANPD, entidade vinculada à Administração Pública, tem a competência reguladora no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a regulação da atividade estatal assume a roupagem de regulação estatal, pois é realizada pelo próprio Estado (FRANÇA, 2014).

Contudo, considerando a atuação do Poder Judiciário no processo de efetivação e de tutela de direitos individuais, difusos e coletivos, é importante ressaltar que a via da judicialização pode, também, ser vista como método de regulação da atividade estatal de proteção de dados pessoais, visto que a seara judicial tem competência constitucional para apreciar qualquer lesão ou ameaça ao direito<sup>9</sup>.

Nessa perspectiva, o sistema regulamentador, composto pelas nor-

<sup>8</sup> Nova falha do Ministério da Saúde expõe dados de 243 milhões de brasileiros na internet, diz jornal. G1, [S.l.], 2 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/12/02/nova-falha-do-ministerio-da-saude-expoe-dados-de-243-milhoes-de-brasileiros-na-internet-diz-jornal.ghtml>. Acesso em: 15 jan. 2023.

<sup>9</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

mativas promulgadas pelo Presidente da República, pela ANPD e pelos demais órgãos estatais competentes para regulamentar de forma complementar a proteção de dados pessoais no setor público, e o sistema regulador, composto pela ANPD e pelo Poder Judiciário, devem prover meios de regar e fiscalizar a atividade pública de forma a impedir violações de direitos, no entanto, buscando a promoção de um sistema de governo digital, aberto e transparente, coerente com os preceitos do constitucionalismo digital (CRISTÓVAM; MACHADO; SOUSA, 2022).

Dessa forma, a atividade reguladora da proteção de dados no setor público passa a lidar com a dicotomia entre a transparência e a privacidade, fazendo surgir, dessa suposta divergência, obscuridades formais que devem ser resolvidas pelos órgãos de regulação.

Nesse cenário, discussões acerca de possíveis divergências entre a Lei de Acesso à Informação (LAI), que determina a adoção de um governo de transparência, e a LGPD, que determina a adoção de uma governança de dados, são cada vez mais comuns, entretanto, a aplicabilidade concomitante e convergente entre as normas é a regra, existindo exceções somente em casos específicos de ponderações entre o direito fundamental à proteção dos dados pessoais e o direito ao acesso às informações (BIONI; SILVA; MARTINS, 2022).

Com isso, cabe aos órgãos de regulação da atividade estatal a delimitação de regras específicas para casos não abordados pelo marco regulatório de proteção de dados pessoais, bem como é exigida também a atuação para com a aplicabilidade das sanções previstas em lei, sendo a regulação, no âmbito público, caracterizada como regulação estatal, exercida pela Administração Pública e, subsidiariamente, pelo Poder Judiciário.

Ademais, cabe também aos controladores e operadores das entidades estatais o controle, através de um sistema de autorregulação permitido pela LGPD, a aplicação das normas de proteção de dados nos órgãos públicos e nas atividades estatais<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> LGPD, Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros

### 3.2 A proteção de dados pessoais no setor privado: a regulação estatal e a autorregulação das empresas

O sistema regulatório da proteção de dados pessoais no setor privado brasileiro adota peculiaridades não aplicáveis ao setor público. Isso ocorre em razão da natureza da utilização dos dados pessoais dos usuários no âmbito privado, visto que as empresas privadas, que têm como finalidade a obtenção de lucro, atuam com intenções subjetivas e abstratas, diferentemente da atuação objetiva, concreta e limitada dos órgãos públicos.

Desta forma, é imprescindível destacar, inicialmente, a relevante atuação da ANPD na regulação da atividade privada. A autarquia tem a competência de fiscalização de empresas ou entidades civis que utilizam, em suas atividades, dados pessoais, conforme já abordado em tópicos anteriores. Contudo, é evidente que a ação da autarquia federal no âmbito privado deve interferir prioritariamente nas situações de violação ou de ameaça ao direito à proteção dos dados<sup>11</sup>.

A sociedade da informação utiliza os dados como ferramenta de desenvolvimento econômico. Logo, as atividades de coleta e de comercialização de dados pessoais dentro do setor privado se transformam em um relevante ativo econômico, cenário que estimula o mercado financeiro a atuar com vistas a utilizar dados pessoais como moeda capaz de ser quantificada e transacionada (FORNASIER; KNEBEL, 2021).

Destaca-se, por exemplo, o caso de venda de dados pessoais de usuários de redes sociais no ano de 2019 na *deep web* pela Cambridge Analytica, empresa que trabalha com a coleta e tratamento de dados pessoais de usuários de redes sociais para prever tendências e influenciar assuntos populares na internet (FORNASIER; BECK, 2020).

Não obstante, a utilização de dados pessoais como ativo financeiro evidencia, inclusive, a característica neoliberal contemporânea de adoção

---

aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

<sup>11</sup> Art. 55-J. Compete à ANPD:

I - zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação;

de um capitalismo financeiro-rentista, ou capitalismo financista, que adota uma lógica de rendimento do capital e de controle de inflação para que esses rendimentos não percam o valor (BRESSER-PEREIRA, 2018). Por isso, os dados pessoais não agregam ao sistema capitalista como meio de produção ou como ferramenta de desenvolvimento de mercado, mas são inseridos no mercado financeiro como ferramenta de controle do capital.

Por essa razão, a atuação da ANPD, em conjunto com um sistema de regulamentação da LGPD, é substancial para um controle efetivo do uso desenfreado e ilícito de informações pessoais de indivíduos pelo setor privado, ainda que haja a possibilidade de autorregulação das atividades por meio de seus controladores e operadores.

Entretanto, pode-se inferir ser inviável um sistema unicamente baseado na autorregulação do setor privado na proteção de dados pessoais. Isso ocorre devido à influência da finalidade das empresas privadas na regulação de suas próprias atividades, visto que a autorregulação exige que a atividade regulatória seja efetivada de forma autônoma por instituições privadas, sem delegação ou chancela do Poder Público (FRANÇA, 2014).

Levando-se em conta a proteção constitucional do direito à proteção aos dados pessoais, e considerando também as peculiaridades da utilização massiva e desenfreada de dados pessoais de titulares pelas empresas privadas com a finalidade de obtenção de lucro em um contemporâneo sistema capitalista financista, é incabível o afastamento da atividade estatal na fiscalização do uso de informações relevantes e protegidas pelo sistema constitucional digital.

Nessa vereda, o mesmo ocorre com o sistema de heterorregulação, que impõe a inserção de um terceiro independente do mercado e do Estado que regule a atividade de uso e de tratamento de dados pessoais dos setores público e privado, desvinculado de qualquer empresa privada ou do Poder Público (PARDAL, 2016). Da mesma forma, a ausência da atuação estatal na regulação de um direito humano fundamental e a delegação a uma entidade desvinculada do próprio Estado, não cabendo na hipótese

a criação de autarquia federal por sua vinculação estatal, impede que o Poder Público fiscalize violações e rupturas no sistema de proteção de dados pessoais brasileiro.

Adota-se como exemplo o cenário atual e complexo de transferência internacional de dados por empresas privadas. Nesse cenário, empresas com atuação em território brasileiro ou em meio digital coletam e tratam dados de usuários, transferindo-os para empresas sediadas nos Estados Unidos. Aqui, ressalta-se que o sistema de proteção de dados estadunidense diverge do sistema brasileiro, visto que aquele tem como base o direito à privacidade, enquanto este adota o entendimento da autonomia do direito à proteção dos dados pessoais (VAZQUES, 2012).

Desse modo, tendo em vista que os dados pessoais estão sendo coletados em território brasileiro, contudo, serão tratados em território estadunidense, com sistemas de proteção de dados totalmente distintos, como que um sistema de autorregulação ou de heterorregulação, desvinculado do Estado brasileiro, atua em um cenário de divergência normativa internacional?

Como resposta, far-se-á uma correlação com o cenário de transferência internacional de dados de países da União Europeia para o território estadunidense. Nesse contexto, considerando todo o arcabouço jurídico-legal de proteção de dados dos países, conclui-se que um sistema de proteção de dados adequado para ser aplicável em casos de transferência internacional de dados só pode ser alcançado através de iniciativas governamentais, não sendo possível desenvolver tal estrutura jurídico-legal somente por meio de esforço das empresas privadas (ALKIS-TÜMTÜRK, 2022).

Pode-se inferir, portanto, que é dever do Estado a garantia da efetiva proteção do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, tendo em vista que são os direitos fundamentais os formadores da base do Estado Democrático de Direito (MENDES, 2004), existindo a possibilidade de autorregulação das atividades privadas de forma complementar.

Nesse sentido, cabe, a partir do sistema regulatório existente no ordenamento jurídico brasileiro, a adoção de uma postura ativa e partici-

pativa da ANPD e de órgãos complementares de regulação na fixação de regras e na aplicação de sanções em face de violações de direitos, como em casos complexos de transferência internacional de dados, cenários em que não seria possível a adoção de um sistema de autorregulação ou de heterorregulação das atividades privadas.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O marco regulatório de proteção de dados pessoais no território brasileiro enseja, mesmo depois de anos de sua promulgação, discussões diversas sobre temáticas não abordadas no texto legal, sobre tópicos complexos e que demandam esclarecimentos e sobre novas situações não previstas pelo legislador. Contudo, é possível afirmar que a LGPD inseriu no ordenamento jurídico brasileiro sistemas de regulamentação e de regulação suficientes para garantir uma efetiva tutela dos dados pessoais dos cidadãos.

A regulamentação da proteção de dados pessoais, que conta com um arcabouço normativo previsto na LGPD e com a atuação subsidiária da ANPD, permite mutações constantes nos entendimentos do texto legal a medida em que a autarquia federal, órgão competente para adotar entendimentos acerca da aplicabilidade da legislação, tem autonomia para analisar casos complexos e fixar compreensões atualizadas sobre o marco regulatório, permitindo que a normativa brasileira acompanhe a evolução algorítmica e tecnológica.

Não obstante, o reconhecimento da proteção dos dados pessoais como direito humano fundamental expresso no texto constitucional também insere, no âmbito da regulamentação, uma característica de rigidez e de proteção necessária à garantia da tutela dos dados pessoais, sobretudo em virtude da influência dos dados na conjuntura capitalista financeira-rentista atual.

Por sua vez, o sistema de regulação da atividade estatal e da atividade privada de utilização de dados pessoais adota, em regra, a regula-

ção estatal, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro dirigiu à ANPD, no texto da LGPD, a competência reguladora e fiscalizadora. Contudo, o texto legal também permite a autorregulação, por meio da atividade dos controladores e operadores, nos limites de suas atuações dentro de suas atividades.

Desta forma, dado que boa parte da regulação das atividades que versam sobre proteção dados pessoais encontra-se delegada à ANPD e da autorregulação das entidades, a incidência e o controle da produção dos atos normativos requerem maior densidade constitucional e definição destes parâmetros como sendo aceitáveis no contexto da ordem jurídica constitucional, sobretudo com amparo nos preceitos do constitucionalismo digital.

Por essa razão, a LGPD trouxe em seu texto os meios disponíveis de regulamentação e de regulação das atividades dos setores público e privado, possibilitando, portanto, a tutela do direito fundamental à proteção de dados por meio da ANPD e, de forma subsidiária, por meio da autorregulação das empresas privadas. No entanto, em razão da dinâmica contemporânea do sistema capitalista financeiro-rentista de mercantilização de dados, é necessário que estejam à disposição do Estado e da sociedade estruturas e ferramentas que garantam a proteção dos direitos fundamentais em face do avanço das práticas comerciais de utilização de dados pessoais como produtos de consumo.

## REFERÊNCIAS

ALKIS-TÜMTÜRK, A. Uncertain future of transatlantic data flows: Will the United States ever achieve the ‘adequate level’ of data protection? **Hungarian Journal of Legal Studies**, [S.l.], v. 63, n. 3, p. 294-311, 28 dez. 2022.

**ANPD. Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais**

**de crianças e adolescentes.** Estudo preliminar. Brasil: set. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BASTOS, E. A. V.; PANTOJA, T. L. S.; SANTOS, S. H. C. S. dos. Os impactos das novas tecnologias da informação e comunicação no direito fundamental à privacidade. **Brazilian Journal of Development**, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 29247-29267, 2021.

BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BIONI, B. R.; SILVA, P. G. F. da; MARTINS, P. B. L. Intersecções e relações entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI): análise contextual pela lente do direito de acesso. **Cadernos Técnicos da CGU**, Brasília, v. 1, p. 8-19, 2022. Disponível em: [https://revista.cgu.gov.br/Cadernos\\_CGU/issue/view/39/46](https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/issue/view/39/46). Acesso em: 15. jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.** Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF, 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, 2018.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Capitalismo financeiro-rentista. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 32, n. 92, p. 17-29, jan./abr. 2018.

CARVALHO, G. P.; PEDRINI, T. F. Direito à privacidade na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Esmesc**, [S.l.], v. 26, n. 32, p. 363-382, 16 dez. 2019.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 23. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTELLS, M. **A Sociedade em rede**. Tradução Roneide Venancio Majer. 20. ed. rev. amp. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CELESTE, E. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021.

CRISTÓVAM, J. S. da S.; MACHADO, R. C. R.; SOUSA, T. P. de. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 12, n. 2. p. 178-196, 2022.

DIVINO, S. B. S.; MAGALHÃES, R. A. A proteção de dados e direito de personalidade da pessoa jurídica: reflexão sob a ótica da Lei 13.709/2018. **Argumentum**, Marília, v. 20, n. 3, p. 915-929, dez. 2019.

FERNANDES, M. E.; NUZZI, A. P. E. Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): uma revisão narrativa. **Research, Society and Development**, [S.l.], v. 11, n. 12, p. 1-16, 15 set. 2022.

FERREIRA, D. A. A.; PINHEIRO, M. M. K.; MARQUES, R. M. Privacidade e proteção de dados pessoais: perspectiva histórica. **Incid: Revista de Ciência da Informação e Documentação**, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 151-172, 30 nov. 2021.

FORNASIER, M. de O.; BECK, C. Cambridge Analytica: escândalo, legado e possíveis futuros para a democracia. **Revista Direito em Debate**, [S.l.], v. 29, n. 53, p. 182-195, 26 maio 2020. Editora Unijui.

FORNASIER, M. de O.; KNEBEL, N. M. P. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 1002-1033, abr./jun. 2021.

FRANÇA, V. da R. Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, [S.l.], v. 51, n. 202, p. 7-29, abr. 2014.

FRANÇA, V. R.; OLIVEIRA, F. A. de; LANZILLO, A. S. da S. Administração Pública e proteção de dados pessoais: efeitos da Lei 13.709/2018 no regime de licitações públicas. **Revista Forense**, v. 433, p. 1-26, 2021.

GALDINO, W. J. M. A atuação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) frente compliance. **Revista Científica Semana Acadêmica**, [S.l.], v. 9, n. 212, p. 1-17, 10 set. 2021.

GUTIERREZ, A. Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MALDONADO, V. N.; BLUM, R. O. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JALIL, S. M.; BURLAMAQUI, A. M. F. A importância do reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental. **Research, Society and Development**, [S.l.], v. 11, n. 14, p. 1-16, 25 out. 2022.

KREUZ, L. R. C.; VIANA, A. C. A. 4ª Revolução Industrial e governo digital: exame de experiências implementadas no Brasil. **Revista Euro-latinoamericana de Derecho Administrativo**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 267-286, 2018. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/9092>. Acesso em: 9 jan. 2023.

LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. 5. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2000.

LIMA, S. H. de O.; OLIVEIRA, F. D.; COELHO, A. C. D. Regulação e Regulamentação na Perspectiva da Contabilidade. **XIV Congresso USP Controladoria e Contabilidade: Novas Perspectivas na Pesquisa Contábil**, São Paulo, p. 1-13, jul. 2014.

MAGRO, A. R.; MORONG, F. F. Regulação, regulamentação e função regulatória: diversidade de conceitos administrativos. **Colloquium Socialis**, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 444-450, 1 dez. 2018.

MENDES, G. F. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 8, 2004.

PARDAL, P. P. **Hetero-Regulação vs. Auto-Regulação**: as entidades reguladoras independentes e as associações públicas profissionais, em especial a Ordem dos Advogados. 2016. 43 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016.

PEREIRA, J. R. G.; KELLER, C. I. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 13, n. 4, p. 2648-2689, dez. 2022.

PINTO, P. M. **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais:** estudos. Coimbra: Gestlegal, 2018.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, I. W. Proteção de dados como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

SILVA, A. M. D. F. da; SILVA, C. E. da; SIQUEIRA, M. de; MARQUES, K. V. S. Proteção de dados pessoais e direito à privacidade no contexto da pandemia de covid-19: uma análise das aplicações de contact tracing à luz da proporcionalidade. **Direito GV**, [S.l.], v. 18, n. 3, p. 1-23, set./dez. 2022.

VAZQUES, R. F. A proteção de dados pessoais nos Estados Unidos, União Europeia e América do Sul: interoperabilidade com a proposta de marco normativo no Brasil. **XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF**, out. 2012.