



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

INÊS MARIA DE OLIVEIRA REIS

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PROTEÇÃO DOS DADOS
PESSOAIS: UMA PERSPECTIVA ANALISADA NUM CONFRONTO COM
A PROPOSTA ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E
O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

FORTALEZA

2018

INÊS MARIA DE OLIVEIRA REIS

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PROTEÇÃO DOS DADOS
PESSOAIS: UMA PERSPECTIVA ANALISADA NUM CONFRONTO COM
A PROPOSTA ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E
O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia submetida ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito. Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Prof.^a Msc Fernanda Cláudia
Araújo da Silva.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos
pelo(a) autor(a)

O47d Oliveira Reis, Inês Maria de.

O Direito ao Esquecimento e a Proteção dos Dados Pessoais: uma perspectiva
analisada num confronto com a proposta adotada pela legislação da União Europeia
e o Ordenamento Jurídico brasileiro / Inês Maria de Oliveira Reis. – 2018.

58 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Profa. Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva.

1. Legislação. 2. Proteção dos Dados Pessoais. 3. Direito ao Esquecimento. I. Título.

CDD 340

INÊS MARIA DE OLIVEIRA REIS

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS: UMA
PERSPECTIVA ANALISADA NUM CONFRONTO COM A PROPOSTA ADOTADA
PELA LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Civil

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Bruno Marques Albuquerque
Universidade Estadual do Ceará (UECE)

David Isidoro
Universidade de Coimbra (UC)

“E a minha alma alegra-se com seu sorriso, um sorriso amplo e humano, como o aplauso de uma multidão”.
(Fernando Pessoa)

AGRADECIMENTOS

A feição de trazer nestas linhas os agradecimentos se fazem numa menção memorial, à Deus inicialmente, posto a razão simples e necessária de nos permitir a vida por ela mesma, em dimensões que, mínimas ou máximas, mas, sobretudo, no bastar da própria existência que nos foi concedida.

Agradeço, aos meus pais, mas, em especial, a memória do meu pai José Hermano da Costa Reis, que eu trago nos passos da minha vida, na forma do ensinamento de vida no viés de uma tranquilidade ou numa simples razão de sermos o que desejamos enquanto nos é permitido diante dos ordenamentos de um Ser onisciente e onipresente.

Imbuída de um percurso, mais do que nomeá-los, muitas das vezes, retos ou oblíquos, mas, sobretudo, um percurso, um caminho que naturalmente se impõe e nos deparamos, apresentando-se de forma a nos presentear com as letras do Direito.

Dentre outros agradecimentos que se impõe pelo autêntico e necessário reconhecimento, faço a minha amiga, Dra. Suely Barreto, que tragada por imensa sensibilidade humana e traços intelectuais primorosos me apresentou a ideia primeira do trabalho exposto na área de conhecimento do Direito relevante e de caráter inquestionavelmente salutar, tratado nestas linhas.

Sem sombra de dúvida, quero registrar o ensinamento continuamente presente à minha professora-orientadora, Dra. Fernanda Cláudia Araújo que representa, para mim, os primeiros passos nos caminhos da letra, do conhecimento de forma sofisticada e, ao mesmo tempo, de evidente clareza pedagógica.

Do *rectum e directum* ao *jus*, o Direito e às suas Ciências Jurídicas, em seus sentidos *lato e stricto sensu*, toma conta, vem fazendo parte, passo a passo, em seu tempo vigente e, sobremaneira, promulgando-se na esteira da minha vida pessoal e profissional.

RESUMO

A defesa dos direitos e das garantias constitucionais envolvem o direito de personalidade numa clara necessidade de proteção do cidadão e sob uma adequada interpretação hermenêutica vigente. A partir da análise da recente publicação de Lei Europeia denominada de GDPR *General Data Protection Regulation* ou Lei da Proteção dos Dados Pessoais que regula o direito do usuário à privacidade dos seus dados pessoais, nota-se uma suposta confrontação do Direito ao Esquecimento num confronto entre a proteção dos dados pessoais de dispositivos constitucionais preceituados no Estado brasileiro ante o ARE nº833.248 RG/RJ. A Lei, em tese, interferirá em todo o mundo a partir das interações globalizadas com a promulgação desta, ao mesmo tempo em que o Direito ao Esquecimento torna-se, nos Tribunais Superiores brasileiros, tema de discussão e de repercussão geral, o que tem gerado a necessidade de compreender as disposições legais brasileiras sobre o assunto e as possíveis consequências a médio e longo prazos. O presente debate envolve questionamentos tanto relacionado ao Direito ao Esquecimento vinculado a um direito fundamental, onde estão em pauta o direito à dignidade, à privacidade, a proteção dos dados pessoais e o direito à informação. Em contraposição, o Brasil, sobrepõe-se a defender o direito à informação, a liberdade de expressão, em um suposto contrassenso apresentado por uma lei europeia que privilegia aspectos da autonomia existencial, da inviolabilidade da honra e intimidade. Diante dessa realidade, corrobora-se por uma adequada construção legislativa no Brasil sobre o tema, haja vista o modelo europeu privilegiar uma autonomia existencial quando da proteção dos dados pessoais e o Direito ao Esquecimento. A pesquisa é baseada numa metodologia comparativa e ao mesmo tempo dialética, posto que a realidade europeia pode repercutir no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, utiliza-se doutrina publicada em livros, artigos científicos, decisões judiciais e a legislação europeia quanto à matéria.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento; Proteção de Dados Pessoais; Legislação.

ABSTRACT

The defense of constitutional rights and guarantees involve the right of personality in a clear need for protection of the citizen and under a proper hermeneutical interpretation in force. Based on the analysis of the recent publication of the European Law called GDPR General Data Protection Regulation or Law on the Protection of Personal Data, which regulates the user's right to privacy of his personal data, a supposed confrontation of the right to forgotten in a confrontation between the protection of the personal data of constitutional devices precepted in the Brazilian State before the ARE n°833248 RG / RJ. The law, in theory, will interfere in the whole world from the globalized interactions with the promulgation of this, while at the same time the right to forgotten becomes, in the Brazilian Superior Courts, a subject of discussion and general repercussion, which has generated the need to understand the Brazilian legal provisions on the subject and the possible consequences in the medium and long term. The present debate involves questions both related to the right to forgotten linked to a fundamental right, where the right to dignity, privacy, protection of personal data and the right to information are on the agenda. On the other hand, Brazil overrides defending the right to information, freedom of expression, in an alleged contrassenso presented by a European law that privileges aspects of existential autonomy, inviolability of honor and intimacy. In view of this reality, it is corroborated by an adequate legislative construction in Brazil on the subject, given that the European model favors an existential autonomy when protecting personal data and the right to forgotten. The research is based on a comparative and at the same time dialectical methodology, since the European reality can have repercussions in the Brazilian legal system. Thus, doctrine published in books, scientific articles, judicial decisions and European legislation on the subject is used.

Key-words: Right to Forgotten; Protection of Personal Data; Legislation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	12
2.1 As bases do <i>the right of to be forgotten</i> para o direito brasileiro.....	12
2.2 O direito subjetivo ao esquecimento: entendimento dos tribunais superiores brasileiros.....	15
2.3 O direito ao esquecimento sob a ótica do GPPR.....	17
3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS: uma análise sob a proteção dos preceitos constitucionais brasileiros.....	19
3.1 Os direitos da personalidade e sua proteção sob a ótica constitucional.....	19
3.2 A projeção da privacidade	24
3.3 Privacidade não é propriedade.....	26
3.4 A Privacidade no entendimento das cortes brasileiras.....	26
3.5 Direito à privacidade e o Código de Defesa do Consumidor.....	28
3.6 Normas de proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro	29
4 A REPERCUSSÃO GERAL NO ARE Nº 833248 RG/RJ E A LEI EUROPEIA DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS - “GDPR”.....	35
4.1 A norma GDPR.....	35
4.2 Estrutura da GDPR.....	37
4.3 Da doutrina à jurisprudência: os parâmetros construídos na realidade brasileira.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

A defesa dos direitos e as garantias constitucionais, são preceitos que envolvem os direitos fundamentais e quando estes se confrontam com os direitos à liberdade de informação e os direitos de personalidade desdobrados no direito à privacidade, à honra e à imagem.

O artigo propõe instigante debate sobre o Direito ao Esquecimento que se tornou tema de repercussão geral, através do ARE nº 833.248 RG/RJ enfrentando um suposto conflito entre os direitos resguardados nos textos legais e, uma realidade que se debruça na necessidade de salvaguardar a proteção dos dados pessoais quando diante de uma concreta ponderação entre direitos.

A ementa do aludido recurso invoca dentre outros conteúdos, o Direito ao Esquecimento. Debate-se acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Presença de repercussão geral. (STF-RG ARE:833248 RJ. Rel.: Min. DIAS TOLFOLI, Data de Julg.:11/12/2014, Data da Publicação:DJe-03320-02-2015.

O mérito discorrido alude que o Direito ao Esquecimento “é um atributo indissociável da dignidade humana [...], além de combater que “a liberdade de expressão não tem caráter absoluto” [...]. Portanto, há nesse debate inadiável necessidade de abordar os direitos fundamentais e o seu devido enfrentamentos nos casos concretos, quando o Min. Dias Toffoli, sinalizou que as matérias em comento “apresentarem nítida densidade constitucional [...], manifestando-se, pela repercussão geral (STF, 2014).

Em recente publicação da VI Jornada de Direito Civil, o enunciado 531 que afere ser “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o Direito ao Esquecimento”. O que corrobora para que a defesa, tanto dos direitos fundamentais, frente as graduais limitações que se impõem entre os ditames constitucionais e a imperiosa necessidade de harmonizar os direitos encontre real amparo na Lei Maior.

Nessa esteira, de debate entre os direitos fundamentais se vislumbra que em recente forma de proteção das informações dos cidadãos europeus, independente do espaço geográfico de sua

convivência, depara-se com a publicação recente da Lei de Regulamentação dos Dados Pessoais, o “GDPR” (*General Data Protection Regulation*) que visa o direito à privacidade dos seus dados pessoais e, sobretudo, no seu regulamento na 4ª diretriz explícita pela existência do Direito ao Esquecimento.

Em princípio, abordam-se nas duas primeiras partes o Direito ao Esquecimento e a proteção dos dados pessoais nos preceitos constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro. O teor desse capítulo pontua os dispositivos constitucionais que tratam dos direitos fundamentais e a tensão entre os direitos à informação em consonância com os direitos à privacidade, situando o Direito ao Esquecimento enquanto um desdobramento deste.

Além dos direitos fundamentais se expõem ideias sobre a autonomia, a privacidade, enquanto um bem jurídico, na trilha de assegurar um controle das informações pessoais do indivíduo quando deparado com as novas tecnologias. E, diante, destas, a lei europeia que inova sua legislação através do conceito de consentimento explícito dado pelo cidadão europeu na manipulação dos seus dados, além de mencionar pelo Direito ao Esquecimento, quando na fronteira entre os direitos à adequada exposição da informação e os potenciais riscos a seu direito à privacidade.

Em seguida, se invocam as leis e a tutela jurídica da personalidade, no que compete a evolução das normas legislativas e à necessidade da proteção dos dados pessoais, pela regulamentação. O que veio a ocorrer pela recente publicação da “*Lei Europeia, GDPR, General Data Protection Regulation*” em 2018. Pontuando, importante conceito, do “direito à autodeterminação a informação”.

Na ponderação dos direitos fundamentais, a coexistência do Direito ao Esquecimento se apresenta com a repercussão geral que adveio com o ARE nº 833.248 RG/RJ e a Lei Europeia de Regulamentação dos Dados Pessoais.

O que se preceitua é que o Direito ao Esquecimento vem sendo posto em tela, quando há de fato, um contexto global em defesa tanto da autonomia existencial, do direito à privacidade, à honra e à imagem quanto ao direito à informação.

E, no seu complexo teor, do direito a personalidade e do direito à liberdade, cabe a legislação brasileira e aos Tribunais Superiores aplicarem a Lei em consonância num juízo de

interpretação, ponderação à luz das disposições constitucionais em sua integralidade e profundidade que enseja o tema em comento.

Quanto ao aspecto metodológico, o presente trabalho pauta-se numa pesquisa bibliográfica a partir da decisão do STF, na doutrina nacional e a análise da Diretiva Europeia quanto à matéria, sendo, portanto, uma pesquisa pura, qualitativa e descritiva.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O que fundamenta e alicerça o Direito ao Esquecimento é a ponderação da existência do interesse público daquele conteúdo, tema ou assunto ao qual está sendo objeto de suposto conflito. E, neste debate, o que enseja saber é o devido questionamento desses dados ou fatos ocorridos no passado que resguardavam entre si, a real veracidade e se atualmente, em um contexto presente se mantém o interesse público devido¹.

Portanto, a existência do interesse público é que é o fator primordial norteador para que venha a ocorrer a exclusão de uma informação ou a um pedido de indenização por danos morais ou materiais. Assim, cabe afirmar que o balizamento do interesse público perpassa pela interpretação jurisdicional ou legal.

Assim, para que haja remoção ou não de um dado ou informação pessoal, a decisão recai na preponderância do interesse público, caso não esteja definido em lei. E, ao se falar propriamente dito, no Direito ao Esquecimento se está referindo-se à sua não mais existência de um interesse público sobre um dado ou conteúdo informacional, por ter havido um passar de um tempo que não mais demonstra suficiente interesse público.

Na sede da base do Direito ao Esquecimento insere-se o conflito mais abrasador que é ter “*the right of to be forgotten*”, mesmo perante a fatos e acontecimentos verdadeiros e pretéritos, mas que no momento atual, não mais resguardam suficiente interesse público.

Nesse viés, antes de um aprofundamento do que seja o Direito ao Esquecimento, num contexto doutrinário ou jurídico, cabe um entendimento sobre os direitos à informação e ao direito à privacidade que historicamente surgiram, em primeiro momento, propiciando os passos iniciais rumo aos direitos fundamentais.

2.1 As bases do “*the right of to be forgotten*” para o direito brasileiro

A princípio, ao tomar como referência o nascimento da imprensa tem-se em Gutemberg o fomentador da imprensa ao qual ampliou-se através do entendimento da ‘liberdade da

¹ No que se refere ao direito cogente, de ordem pública, o qual, numa ponderação se superpõe ao direito privado.

imprensa' enquanto 'direito de informação' (MALDONADO, 2017, p. 42-43). E, atualmente, a liberdade de pensamento é fundamento defendido pelo próprio texto constitucional brasileiro, tanto como direito fundamental, como em dispositivo específico relacionado à liberdade de imprensa como disposto no art. 220 e seus parágrafos.

Segundo Maldonado (2017), a liberdade de imprensa no Brasil tem suas origens históricas na tradição portuguesa, que com a independência brasileira e a Constituição de 1824, adveio em meados de 1830 a Lei da imprensa, aos quais no que se referem, aos 'abusos da liberdade de imprensa' estavam associados estes aos supostos atos de infrações geradores de multas. E, em gradual ascensão à liberdade de imprensa consolidou-se com a Constituição brasileira de 1988 e com o rechaço a qualquer forma de censura².

Isso quer dizer que balizada com os pilares de um Estado Democrático de Direito, a CF/88 institui a liberdade da imprensa livre sem os ditames da censura a qual adveio de persistente embate contraposições ideológicas e políticas que impunham o cerceamento da livre informação através de um controle de cunho repressor e antidemocrático. Em contraposição, a tradição americana tem como parâmetros as decisões das cortes jurisprudenciais ao qual vieram a se consolidar, de fato, com o surgimento do "*Bill of Rights*" (MALDONADO, 2017, p.52).

Tais direitos trouxeram um maior respaldo às liberdades da imprensa, proibindo à censura prévia e, sobretudo, a vedação de fatos verdadeiros tratados pelos meios de comunicação que pudessem envolver os autores da situação mencionada. Deve-se mencionar que, a União Europeia desde meados dos anos noventa registrou suas primeiras legislações, a Diretiva 95/46/EC que objetivava, dentre outros temas, sobre a necessária proteção dos dados pessoais. Além disso, no decorrer dos anos de 2009, no Brasil, criam-se os princípios a liberdade de comunicação e expressão da imprensa.

Nos percalços do direito à liberdade de expressão e, sobretudo, da liberdade de informação repousa suas origens na Declaração Universal dos Direitos Humanos o qual enfatiza o "direito à liberdade de opinião e expressão"³ estendendo-se ao direito de transmissão dessas informações por meios diversos e, principalmente, como ressaltado pelo referido dispositivo.

² E, prova deste novo posicionamento foi a ADPF nº 130/DF que extinguiu a Lei da Imprensa, Lei nº 5250/67 ao qual não mais coaduna com os princípios constitucionais que exigem um novo balizamento entre os princípios e, dentre eles, a liberdade de expressão da imprensa e a dignidade da pessoa humana. Pelo feito, a maioria dos ministros da Corte torna procedente o voto pela extinção desse dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro.

³ Artigo 19.

Por isso, Maldonado (2017, p.67) afirmava que a Declaração Universal dos Direitos Humanos compõe juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estão amplamente integralizados na *International Bill of Human Rights*, a ensejarem veementemente o real direito à informação, tanto que, é constitutivo dos direitos humanos. Posto que a garantia do direito à informação é oportunizada tanto aquele que lhe é permitido à liberdade de informação, no cerne de recebê-las, quanto aqueles que decidem ter acesso às informações. É ainda o direito de informar *versus* o direito de ser informado. Da tradição liberal americana é premente nas decisões judiciais o direito à informação⁴.

Ao se deparar com o direito à privacidade no confronto com o direito à informação se averigua que não há na Constituição americana clara menção sobre a vida privada, mas notadamente sobre a autonomia e a própria liberdade pessoal. Assim, às interpretações assumem uma dimensão jurisprudencial em que se realiza a ponderação de acordo com o caso em concreto.

Em contrapartida, a União Europeia apresenta normas legislativas que tratam mais especificamente do tema do direito à privacidade, constante na Convenção Europeia e trata da necessária proteção a vida privada, mesmo com algumas ressalvas, quando se referem às restrições da própria lei, isso porque a questão privada se estabelece como corolário da dignidade.

A Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Respeito ao Processamento Automático de Dados Pessoais do Conselho da Europa que ao referir-se especificamente aos dados pessoais, os trata como “qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável” (MALDONATO, 2017, p. 87). O fato é que o direito à privacidade está legalmente protegido pela Diretiva⁵ sobre Dados Pessoais, a Diretiva 95/46/CE⁶ da União Europeia.

⁴ No cerne a União Europeia, ratifica-se o direito à informação, em seu artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, sem a priori receber, restrições dos órgãos públicos com ressalva quando envolvidos assuntos da ordem de segurança pública, saúde e, dentre outros, a proteção da honra ou dos direitos de outrem.

⁵ Instrução ou indicação fornecida por uma autoridade sobre a maneira de proceder em determinada situação ou tarefa; diretiva. Uma ‘diretiva’ é um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da EU devem alcançar.

⁶ Pertencente ao Parlamento Europeu e do Conselho (1995), relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Assim, de sobremaneira o que compete o direito à informação, a doutrina e a jurisprudência têm revelado, a princípio, pela não definição absoluta de um conceito sobreposto a outro, mas pela ponderação de acordo com o caso concreto, como já assinado. Deve-se lembrar que ao se tratar especificamente de situações que envolvam as chamadas “pessoas notórias”, cabe que, o direito à privacidade, com resguardo à confidencialidade do indivíduo, tal direito tende a assumir uma feição limitada, quando há o devido interesse público envolvido e tratar-se da notoriedade do papel social desempenhado.

2.2 O direito subjetivo ao esquecimento: entendimento dos tribunais superiores brasileiros

A aplicabilidade do Direito ao Esquecimento na esfera civil no debate sobre o tema proposto em Audiência Pública realizada no dia 12/06/17 no STF, a partir do ARE 833.248 RG/RJ, em que pese o conflito entre os direitos fundamentais, o que, pela relevância, do tema consolidou-se num necessário assunto que veio a se tornar uma em sua repercussão geral nos Tribunais Superiores.

Da proclamação desta audiência pública se configuraram três posicionamentos sobre o direito ao esquecimento.

A primeira posição sobre o tema, a chamada posição pró-informação, entende não existir qualquer Direito ao Esquecimento. Tal corrente fundamenta-se de que nos dispositivos legais não há de fato norma clara que suscite tal direito. Essa tese é defendida, em sua maioria, pelas entidades da área de comunicação. Além do que, para tal corrente, deve-se prevalecer a liberdade de expressão, não havendo um real direito à privacidade e à intimidade. Os defensores da tese da pró-informação se sustentam em recente jurisprudência do STF, do precedente das biografias não-autorizadas, ADI nº 4.815/15.

Uma segunda posição, pró-esquecimento encontra respaldo na tutela da dignidade da pessoa humana em que os direitos à reserva, à intimidade e à privacidade tem valor na ordem constitucional brasileira. Para os defensores dessa corrente, como exemplo, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), propõe que, com o fim do cumprimento da pena, num prazo de cinco anos, às informações sobre as condenações penais sejam “esquecidas” dos dados informacionais dos meios tecnológicos.

Essa corrente se pauta juridicamente em decisão do STJ, no REsp nº 1.334.097/RJ, ocorrido em 2003, que julgou o caso da Chacina da Candelária, considerando a Corte o Direito ao Esquecimento visto como “um direito de não ser lembrado contra a sua vontade”. Em prol do Direito ao Esquecimento, a Corte de Justiça da União Europeia, em 2014, no caso do cidadão europeu Mario Costeja González, determinou que os mecanismos de busca da internet retirassem o seu nome das notícias vinculadas a penhora do seu imóvel.

Existe ainda uma terceira corrente, chamada de posição intermediária que tem como principal fundamento o pensamento de que a Constituição Brasileira não autoriza que os direitos fundamentais sejam hierarquizados. Portanto, para a Lei maior, não deve haver um valor hierárquico entre o direito a informação e o direito à privacidade, ao qual o Direito ao Esquecimento teria sua raiz neste último direito.

Assim, ambos, são no texto constitucional, direitos fundamentais, cabendo, para tanto, numa visão hermenêutica a devida aplicação da ponderação. Tal tese é defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCivil.

Para este instituto é cabível a criação de um parâmetro de ponderação em que a partir deste critério se possa diferenciar vítimas que tem uma repercussão na vida pública em que, em tese, poderia ensejar o direito à informação daquelas vítimas que se restringem a um fato delituoso e que assumem potencialmente uma repercussão na esfera pública. Estas tenderiam ao Direito ao Esquecimento, haja vista a sua aparição nos diversos meios de comunicação não acarretariam substancial direito à tese da informação ou da expressão.

O que compete registrar é que a Corte Brasileira em respeito a um Estado Democrático de Direito e, sobretudo, a relevância temática da repercussão geral, amplia o debate a respeito do tema proposto.

Em outra decisão, no Acórdão nº 694.260 proferido pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, confronta a existência do conflito entre os direitos fundamentais no que compete aos direitos de informação e aos direitos de personalidade (privacidade, honra e imagem). Para isso, a análise do referido acórdão em comento com o intuito de buscar uma “solução de colisão entre os direitos fundamentais” baseada na técnica da ponderação e, sobretudo, tomando como referência os pressupostos da hermenêutica constitucional.

No que tange a melhor compreensão do que sejam os direitos fundamentais, fazem parte da sua definição, vê-los dentro do parâmetro dos direitos positivados, quando estes estão dispostos no Texto Constitucional, a se perfazer pela existência da função dignificadora, principiológica e, sobretudo, por serem normas constitucionais.

Já no entendimento do Ministro Roberto Barroso em voto proferido na ADI nº 4815 proferido em 10.06.15, considera que um dos meios eficazes ou técnicas para uma análise equilibrada entre a confrontação dos direitos à liberdade de informação e os direitos de personalidade (honra, intimidade e privacidade) é a ponderação. A aplicação desta parte, a princípio, de conhecer as normas que podem ser trazidas ao caso em concreto juntamente com os “fatos relevantes”, numa forma de alcançar “soluções possíveis” que se aproximem das normas constitucionais em sua integridade.

Em seu voto proferido, o Ministro Barroso referiu-se que “a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial” em seu caráter *prima facie*, por razões que encontram amparo desde o percurso histórico brasileiro ao “direito à liberdade ser pressuposto ao exercício dos outros direitos fundamentais”, segundo o relator do voto.

2.3 O direito ao esquecimento sob a ótica do GDPR

O Direito ao Esquecimento no GDPR elencado no Capítulo III ‘Direitos do Titular de Dados’ na Seção 3 ‘Retificação e Apagamento’ que entre os artigos 16 a 20 aborda o tema, estando o artigo 17 a especificamente referir-se a ao ‘Direito ao apagamento dos dados’ ou ‘Direito ao Esquecimento’ oferece um entendimento diferente ao aplicado no Brasil, ao qual tem fundamento a perda do interesse público.

O Direito ao Esquecimento tem suas origens e referências através dos autores Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis quando do tema “*The Right to Privacy*” abordaram a tese “*Right to be let alone*”. A partir dessa tese, em que defende como pressuposto do direito da propriedade. Assim, ao se deparar com o direito da privacidade este decorreria do direito da propriedade. Ideias estas amparadas na crença de cunho político-ideológico dos países americanos. Preceito este em contrassenso a partir das recentes normas do direito europeu.

No âmbito legislativo e na fomentação da esteira dos direitos humanos vinculados estes ao direito do homem no Tribunal Europeu, alicerçou-se em meados de 2000, a ideia de que os direitos humanos, que são direitos fundamentais, devem resguardar o direito a vida privada e familiar e da proteção dos dados pessoais⁷.

Deve-se ressaltar que, anterior ao ano mencionado, os primórdios legislativos em defesa dos direitos humanos, surgem com a própria Declaração dos Direitos Humanos (1948) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950).

Ao referir-se a política europeia, surge no ano de 2012 o ‘RGPD’, como uma regulamentação geral dos dados pessoais, baseada no ‘Mercado Único Digital’, que objetivava a proteção dos dados pessoais associada ao chamado: “direito ARCO”, vindo a significar direito de acesso, de retificação, de cancelamento e de oposição. A partir de tais premissas, nasce através da necessidade de proteção dos dados pessoais, no regulamento europeu em seu artigo 17, o ‘direito a ser esquecido e ao apagamento’. Assim, o Direito ao Esquecimento está ligado a questão de uso, finalidade, consentimento do usuário dos seus dados pessoais. Em contrapartida, quando envolve o direito de liberdade de expressão e interesse público relacionado a saúde pública e, ainda, a interesses históricos, científicos ou até a aqueles que envolvem um dever jurídico, cabe a sua consideração de que o direito às informações segue o seu rigor de serem expressas e devidamente consideradas.

O entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) quando julgou o caso Google Spain em Acórdão proferido, citou as ‘razões especiais’ enquanto razões que limitam o Direito ao Esquecimento ou ‘direito à supressão’ em que envolvem desde o papel do titular dos dados pessoais na vida pública enquanto um dos fatores apontados como suposto interesse público ao direito à informação. Outros fatores que compoariam essas razões envolvem a ‘natureza da informação’ ao qual remete desde a vida íntima ou sexual até as suas identificações pessoais. Além de outras informações que envolvem menores, opiniões políticas e atividades criminosas. Ainda, fazendo parte dessas outras razões, deve-se observar a questão da fonte de informações e suas motivações e o tempo.

A ideia mais relevante debatida no Acórdão em questão é do ‘justo equilíbrio’ ao qual delinea a necessária importância de sopesar os direitos fundamentais com o Direito ao Esquecimento ou como primordialmente conhecido ‘direito de supressão’ ou ‘direito ao

⁷ Artigos 7^a e 8^a da ‘Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

apagamento dos dados' de acordo com o "RGPD". Pelo feito, o que se entende é pela necessária ponderação dos direitos e, sobretudo, a análise do caso em concreto que venha a invocar o Direito ao Esquecimento.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS: uma análise sob a proteção dos preceitos constitucionais brasileiros.

Os potenciais riscos a violabilidade da personalidade quando se perpassa a fronteira do uso adequado tanto dos dados pessoais quanto das suas próprias informações são aspectos veementemente postos em pauta nos meios jurídicos a priori, haja vista que, em tese, configura-se a necessária proteção aos preceitos constitucionais. O que cabe, nesse contexto, é demonstrar um real questionamento entre o direito à informação e a necessidade da tutela jurídica em prol ao cidadão. Nesse deslinde na contrabalança de que a larga dimensão dos direitos fundamentais, diante da ausência do caráter hierárquico destes direitos, deve-se ponderar entre o lugar do Direito ao Esquecimento e da proteção dos dados no/num espaço doutrinário e jurídico entre os reais fatos, normas e valores.

3.1 Os direitos da personalidade e sua proteção sob a ótica constitucional

Assim, a evidente confrontação entre os direitos à liberdade de expressão e a tutela aos direitos da personalidade, inicialmente respalda-se que os primeiros encontram fartos preceitos legais no texto constitucional, a exemplo do art. 5º, IV, V, X, XIII, e XIV e do art. 220 §§ 1º e o art. 2º da CF/88. Direitos estes amparados em claro fundamento de um Estado Democrático de Direito que rechaçou todas às formas de obstrução e proibições à liberdade de expressão que marcaram o contexto histórico e sócio-político brasileiro no decorrer da sua formação política. Liberdade de expressão esta que, de acordo com Tavares (*apud* CAVALCANTE, 2018) tem nas suas características “substantiva” (que envolve o pensamento e sua exteriorização) e “instrumental” (meios de se alcançar essa liberdade de informação), o amparo legal aos direitos à informação e expressão.

No trato com a conjugação de ambos os direitos da liberdade de informação e expressão e a tutela dos direitos de personalidade, salienta-se que a norma constitucional não defende o caráter absoluto, imperativo dos direitos sobrepostos em relação a outros.

Portanto, não havendo a preponderância absoluta desses direitos, não se nega que, em tese, ocorrendo um conflito entre os direitos, averigua uma limitação prática no ordenamento

jurídico, ao qual se deve, *a priori*, buscar a manutenção, a preservação e o equilíbrio entre as normas e os direitos fundamentais.

Em atenção à limitação, não em absoluto dos direitos da(a) informação, haja vista, os conflitos com os direitos fundamentais da personalidade, Barroso (*apud* CAVALCANTE, 2018) menciona alguns requisitos como fazendo parte do direito à liberdade de informação. Dentre eles: “a verdade”, o “interesse público” no que está em voga “a relevância” das informações divulgadas.

Destaca-se que pelo próprio disposto constitucional arrolado no art. 5º, inciso X da CF/88 ao qual trata do caráter inviolável dos chamados direitos de personalidade que compõem desde o direito à intimidade, à privacidade, a honra e a imagem. Cavalcante (2018, p.34) citando Tartuce destaca que o amplo entendimento destes direitos inclui a proteção de tais direitos ao quais estão envolvidos “os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual [...]”.

Corroborando tal entendimento o Enunciado nº 274, da IV Jornada de Direito Civil (CJF, s.d) de que os direitos da personalidade “são expressões gerais da cláusula geral de tutela da pessoa humana” a teor do art. 1º, III da CF/88.

Diante do embate inegável entre ambos os direitos fundamentais resguardados constitucionalmente, cabe salientar que, uma adequada interpretação destes direitos remete a uma necessidade de trazer à baila, os princípios e regras, postos estes como fundamentais preceitos jurídicos que autorizam a aplicação das normas constitucionais aos direitos fundamentais de forma a preservação da dignidade da pessoa humana.

Segundo Cavalcante (2018) na esteira das teses de Alexy e Dworkin os princípios se reconhecem numa “dimensão de peso” em que se decide no pressuposto da ponderação ou, nas palavras de Bonavides (2005, p. 282) pela sua “relevância”. Em contraposição, as regras, em seu caráter de validade, do “tudo ou nada” aos quais devem ser escolhidas uma a outra.

Isto posto, está a técnica da ponderação, em que o Min. Barroso aplica, quando do sopesamento do melhor resguardo dos direitos fundamentais, a ensejar ao devido direito constitucional, à liberdade de informação balanceado com o direito a personalidade no viés do direito à privacidade. A princípio, tal técnica, “identifica as normas”, suas “circunstâncias” e os “elementos identificadores” correlacionando-os ao princípio da proporcionalidade e ao

princípio da concordância prática. Portanto, cabe nesse deslinde a resguardar os direitos fundamentais e numa análise hermenêutica sopesar os conflitos entre os direitos a informação e os direitos a personalidade.

Segundo Barroso (2004) tomando como parâmetro a interpretação constitucional sobre a “colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade” reverencia nesse debate as principais teses sobre o tema em questão. Dentre elas, cita: a colisão de direitos fundamentais, ponderação de valores, discricionariedade judicial e a teoria da argumentação.

O autor invoca a princípio a passagem de uma interpretação jurídica tradicional em que está presente o método interpretativo da “subsunção dos atos à norma”. Desta, cabe frisar que “regras são normas”, onde as condutas se adequam e, o Direito se adaptam a uma interpretação pura e sistemática da norma previamente posta.

Em contraposição, se apresenta como uma “nova interpretação constitucional” que ressalta que o direito deve avaliar o caso in concreto embasado numa teoria argumentativa que leva em consideração, não a norma restrita, mas, sobretudo, dentre outras, “a questão tópica”, “o papel do legislador.”

Os direitos da personalidade e a sua proteção sobre à ótica constitucional em um confronto atual sobre as constantes demandas da sociedade da informação merece que os dispositivos legais sejam interpretados de acordo com as diversas naturezas de informações pessoais que fazem parte do contexto nacional e internacional, principalmente com o advento da rede mundial de computadores (MENDES, 2014, p,164).

Trata-se, então, de que essas informações pessoais de naturezas diversas, não se restringem a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem nem tampouco o inviolável do sigilo das correspondências e comunicações como garantias aos direitos constitucionais do indivíduo no art. 5º, incisos X e XII da CF/88. Tais informações de caráter pessoais são aquelas aos quais se referem a identificação e as características pessoais do indivíduo, como a sua raça e étnica, questões da ordem judicial relacionadas as ações trabalhistas, os dados genéticos, às informações relativas as suspeitas de atos criminosos, dentre outros. Portanto, essas informações pessoais não encontram amparo constitucional, haja vista os dispositivos citados se restringirem a intimidade, privacidade e a questão do sigilo.

Depreende-se que o art. 5º, inciso XII da CF/88 garante a proteção do “sigilo da correspondência e das comunicações”, e não estritamente os dados per si. Em termos de interpretação dos tribunais superiores, estes se restringem a uma interpretação sistemática do dispositivo constitucional, a seguir expõe-se que:

Processual penal. Habeas corpus substitutivo. Roubo, Descaminho e Tráfico de drogas. Alegada violação ao sigilo das comunicações telefônicas. Inocorrência. 1. A obtenção direta pela autoridade policial de dados relativos à hora, ao local e à duração das chamadas realizadas por ocasião da prática criminosa não configura violação ao art. 5º, XII, da CF/88. Precedentes. 2. Habeas Corpus a que se nega seguimento. 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do qual extraio a seguinte passagem da ementa: “[...] 2. **O teor das comunicações efetuadas pelo telefone e os dados transmitidos por via telefônica são abrangidos pela inviolabilidade do sigilo - artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal -, sendo indispensável a prévia autorização judicial para a sua quebra, o que não ocorre no que tange aos dados cadastrais, externos ao conteúdo das transmissões telemáticas.** 3. Não se constata ilegalidade no proceder policial, que requereu à operadora de telefonia móvel responsável pela Estação Rádio-Base o registro dos telefones que utilizaram o serviço na localidade, em dia e hora da prática do crime.

[...]

Nessas condições, tal como apontou o parecer do Ministério Público Federal, o acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados” (HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Sessão de 24.04.2012). Nessa mesma linha de orientação, reproduzo trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, Relator do RE 418.416, julgado pelo Plenário do STF, na Sessão de 10.05.2006: “[...] Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. [...] **A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.** [...]” 14. Diante do exposto, com base no art. 38 da Lei nº 8.038/1990 e no art. 21, §1º, do RI/STF, nego seguimento ao habeas corpus. Publique-se. Brasília, 21 de setembro de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (HC 124322, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 21/09/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 28/09/2015 PUBLIC 29/09/2015)⁸.

⁸ Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000250323&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

Pela decisão, o que fica evidente nas interpretações dos julgados dos Tribunais Superiores no que compete ao entendimento do art. 5º em seu inciso XII da CF/88, é que, o que se resguarda é a proteção da “comunicação telefônica, telegráfica e de dados”, quando há riscos de terceiros.

Assim, compreende-se que a proteção resguardada pelos dispositivos constitucionais é o “sigilo da comunicação de dados, mas não os dados em si” (MENDES, 2014, p.167).

Em um questionamento posto em destaque de que os supostos mecanismos constitucionais que auferissem essa proteção das informações pessoais, no que compete a garantia desses dados pessoais que podem advir, sobretudo, através das informações de caráter pessoal contidos nestes dados. Portanto, cabe uma conjugação dos dispositivos constitucionais do art. 5º, em seus incisos X e LXXII a CF/88, com o princípio da dignidade humana.

A proteção dos dados pessoais, vem a se tornar um direito fundamental quando balizados pelo princípio da dignidade humana e o *habeas data* o qual reflete uma consequente ampliação do tema da inviolabilidade intimidade e privacidade. O que ainda, pode ser averiguado pelas normas internacionais, que a exemplo da “Convenção 108 do Conselho da Europa” em seu artigo 1º, que assim menciona: (...) “o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face a o tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal(...)” (MENDES, 2014, p.171).

Outro dispositivo da norma internacional que vislumbra a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental é a Diretiva Europeia 95/46/CE o qual seu artigo 1º, também se refere a “proteção das liberdades e dos direitos fundamentais (...) do direito à vida privada”.

As ideias supramencionadas na análise do texto constitucional, admitem pela premente necessidade de pareceres jurisprudenciais em que a proteção dos dados pessoais, em suas diversas formas, de apropriação e manejo, além de encontrarem fundamento nos dispositivos citados anteriormente, já são plenamente reconhecidos e aceitos nas normas internacionais. A exemplo, a Constituição alemã e o seu conceito exposto anteriormente do “direito à autodeterminação informativa”; a Constituição Portuguesa, fala da “Utilização da Informática”; a Constituição Espanhola, também menciona pela necessidade a “Limitação do uso da informática” e, a “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia” abertamente descreve que compete a dar um tratamento de direitos fundamentais a proteção dos dados pessoais (MENDES, 2014).

Pelas exposições supra, conclui-se que a tutela da personalidade está legalmente amparada pelos dispositivos constitucionais do art. 5º, em seus incisos X e LXXII da CF/88. E, seguindo um entendimento mais amplo, o que interessa na proteção dos dados pessoais é como ocorre todo um processo de coletar, armazenar e de tratamento dos dados (transferir, utilizá-lo para outros fins) e a forma de obter informações pessoais e como estas são manipuladas para o seu uso a determinados fins.

Assim, busca-se conhecer inicialmente se há legitimidade na apropriação dos dados pessoais ou do seu contrário, acarretaria prejuízos e riscos ao indivíduo, de forma que os dois pilares do direito à proteção dos dados pessoais enquanto direito fundamental que envolve a “integridade moral” ao qual está inserida a personalidade do indivíduo e as suas “liberdades” que incluem desde a de locomoção a comunicação (MENDES, 2014). Essas são as razões que permitem compreender o direito à proteção dos dados na dimensão do direito fundamental. Por isso, afirma-se que se deve tanto proteger contra os riscos a sua personalidade desde a coleta, processamento a circulação dos dados pessoais até o momento de o indivíduo poder controlar tais informações pessoais.

Sobrevém-se nesse feito, ressaltando o interesse público e o de terceiro, o controle mínimo, razoável do indivíduo sobre os seus dados pessoais. Para isso, deve-se observar que quando presentes aspectos como os “fins legítimos protegidos pelo ordenamento jurídico” e o “conteúdo” entre o uso e a finalidade desses dados pessoais como formas de limitar tais informações pessoais, protegendo o interessado dos riscos a violabilidade da sua vida privada e intimidade.

3.2 A projeção da privacidade

O direito à privacidade tem sido compreendido como fazendo parte da proteção dos dados pessoais, vistos estes, segundo Mendes (2014) uma “projeção da personalidade do indivíduo” que necessita de uma “tutela jurídica”.

Um dos conceitos em voga que repercutiram a partir de sentença proferida em favor do cidadão proclamou o direito à autodeterminação da informação o que veio a alavancar o reconhecimento do direito a proteção dos dados pessoais como sendo um direito fundamental

pertencente ao próprio indivíduo. Conceito defendido pela Constituição alemã em defesa da pessoa é o “direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade” que cede ao cidadão o direito sobre as suas próprias informações.

A privacidade, nas palavras de Mendes (2014, p. 36) vista inicialmente como “direitos negativos de ser deixado em paz (*right to be et alone*) tornando-se um direito de controle dos dados pessoais”. Além do que, segundo a autora citada, tal conceito atualmente envolve a questão da igualdade no tratamento da proteção dos dados pessoais.

O conceito de privacidade, segundo Nissenbaum (*apud* MENDES, 2014) visto como uma “integridade contextual” em que a privacidade perpassa a um simples entendimento do “direito ao sigilo ou ao direito ao controle”. O que destaca a autora em comento é que o direito à privacidade está inserido num “fluxo apropriado de informação pessoal” (MENDES, 2014, p. 81), estando este em comum acordo com as “normas informacionais orientadas pelos contextos sociais (MENDES, 2014, p. 82).

A citada autora evidencia a relevância de determinados critérios desde a existência de princípios como a confidencialidade, necessidade da informação, além do saber o que pode ser repassado e o contexto social ao qual esses dados pessoais estão sendo transferidos.

O que está em destaque é, de fato, o direito sim, a sua autonomia, a sua privacidade, não meramente como direito pessoal ou individual, mas, sobretudo, como um bem jurídico que deve ser resguardado em prol da efetividade do direito à equidade e à justa liberdade individual.

Verifica-se é um flagrante fenômeno, segundo Mendes (2014) de uma vigilância, quase sem limite sobre os consumidores e, sobretudo, uma relação de captação dos seus dados pessoais e o mercado de consumo. Tal fenômeno é corroborado por uma tecnologia da informação vista como um verdadeiro instrumento numa relação de mercados e de produção cada vez mais focada na obtenção de conhecimentos sobre comportamento, atitudes e condutas não restritas a clientes, consumidores, mas, ao cidadão, que necessita de certo modo, fazer parte da relação de acesso dos meios de produção e serviços.

O conceito de “autodeterminação da personalidade do indivíduo é novamente confrontado perante os riscos à sua autonomia privada, o que, em tese, o torna exposto a uma vulnerabilidade nas relações globais. Agre menciona que: “o controle da informação pessoal é o controle sobre o aspecto da identidade do seu próprio projeto de mundo, e o direito à

privacidade é a liberdade de que a construção da própria identidade não sofrerá coação injustamente” (*apud* MENDES, 2014, p.92).

Segundo o texto em comento, o tratamento dos dados pessoais no que compete aos meios de acesso à internet e a relação com o indivíduo, consumidor de bens e serviços, se define pela coleta, processamento e difusão de dados.

O que é de mais relevante ter conhecimento nessa esfera de tutela da privacidade e o manejo desses dados no mundo da tecnologia remete ao “sistema europeu” que, quando de sua Diretiva⁹ privilegiou o “consentimento expreso e declarado”. No entanto, a mudança na forma de coletar os dados dos usuários dos serviços na internet que deixou de ser “*opt out*” vindo a ser “*opt in*”.

O que há, de maneira eficaz é a tutela da privacidade nos meios de fluxo de informações e diversas espécies de manejo na internet, e que são formas de “tecnologia de controle” a “tecnologias de liberdade ou tecnologias de proteção à privacidade” como mecanismos de proteção a identidade e o direito à privacidade. O que se afirma, é que tais tecnologias de fomento se estabelecem como “complementares às medidas legislativas estatais e autorregulamentares das empresas” (MENDES, 2014, p. 107).

3.3 Privacidade não é propriedade

No que tange a proteção dos dados pessoais estes não cabem tratá-los e restringi-los como um direito a propriedade, posto os riscos potenciais a um Estado que se alicerça em um sistema democrático. Por isso Mendes (2014, p.121) cita aspectos como a necessidade de preservar a igualdade, a democracia, além da individualidade, enquanto condições que viessem a evitar uma hegemonia do mercado, depreciando e tornando-se os direitos a privacidade e a sua personalidade um instrumento de controle e manipulação das políticas de comercialização.

⁹ Diretiva: “é um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da EU devem alcançar. Contudo, cabe a cada país elaborar a sua própria legislação para dar cumprimento a esse objetivo”. Disponível em: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt. Acesso em: 20 de julho de 2018.

Assim, a ideia principal defendida pela autora é a preponderância do direito da personalidade e o seu concedêneo direito à privacidade sobrepondo-se ao direito à propriedade, haja vista que a proteção dos dados pessoais merece à sua tutela jurídica ao qual objetiva a sua adequada proteção e defesa, ainda que o direito à informação e o seu acesso não é direito a mera propriedade.

3.4 A Privacidade no entendimento das cortes brasileiras

No âmbito jurídico uma das primeiras decisões na Corte Superior, Superior Tribunal Federal-STF, o qual a parte interessada solicitava acesso, através do *habeas data*, dos seus dados pessoais. A análise da decisão, apesar de ter sido negada, envolve uma consideração deste instrumento jurídico ao direito a personalidade e à intimidade do interessado. Assim, chama a atenção, diante do feito, de que está inserido no *habeas data*, o direito à privacidade.

No que compete as decisões do Superior Tribunal de Justiça-STJ sobre o tema do direito à privacidade em julgado proferido em meados do ano de 1995, o qual questionava-se a necessidade do direito à privacidade quando o objeto do conflito versava sobre o prazo de cinco anos no registro de dados pessoais no SPC e a Lei nº 8.078/1990, em seu art. 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor-CDC. A autenticidade da decisão da Corte foi oferecer a devida valorização a proteção dos dados pessoais e a privacidade em contraposição aos riscos de um manejo inapropriado de tais dados pessoais a personalidade e a autonomia do indivíduo.

O que se destaca, nas palavras de Mendes (2014, p. 138) é pela real necessidade da “transparência do processamento dos dados, o “conhecimento e acesso do titular aos dados armazenados” e a sua “correção e cancelamento dos dados”. Por fim, tal julgado traz em seu bojo o art. 5º, inciso X, da CF/88 ao tratar do direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

A ideia central é que ao se tratar de proteção dos dados pessoais, deve-se preservar de forma concomitante tanto pelo direito a adequada privacidade do indivíduo quanto por um justo controle desses dados pessoais com o intuito de construir uma real tutela jurídica em prol do cidadão comum.

Os Tribunais Superiores¹⁰ ensejam a um conceito de direito à privacidade mais abrangente quando diante das novas demandas dos provedores de internet que exigem que os cidadãos de todo mundo, tenham acesso e controle sobre os seus próprios dados e informações pessoais. É o direito à privacidade que envolve o devido consentimento do cidadão. Conceito este estendido ao direito à imagem e à intimidade, não resguardando direito ao contrato firmado sobre a imagem por ser essa um direito fundamental na CF/88.

Em acórdão julgado em 2001¹¹ quando o recurso demandava a requisição de informação de endereço do réu ao Banco Central para a devida execução, foi concedido direito a autor a devida privacidade. A fundamentação do voto se baseou na essencial autonomia e privacidade dos dados pessoais desvincilhado do mero sigilo bancário ou acesso às informações pessoais do contribuinte como o seu endereço pessoal.

Outro exemplo relevante que demonstra o novo conceito do direito à privacidade foi o acórdão¹² proferido pelo TJ/SP que deu causa ao autor diante dos riscos que sofreu a sua privacidade quando os seus dados cadastrais foram repassados a terceiros sem qualquer relação primeira formada com o autor. O que ensejou um “dano moral in re ipsa,” posto à prova da violação do seu direito à privacidade. Assim, confirma-se que o direito à privacidade está vinculado à proteção dos dados pessoais, do contrário, gera o vazamento dos dados pessoais que conduz a devida indenização pelos prejuízos causados a pessoa interessada.

Caso julgado¹³ pelo mesmo tribunal ao invocar à proteção da privacidade na internet ensejou a responsabilidade civil por dano moral a empresa Google Maps que (...) “disponibilizou na internet imagem da residência do autor vinculada a seus dados pessoais”. O tribunal aplicou a tese do “princípio do risco da atividade”, posto ser dever da empresa de manter sistemas eficientes de proteção à intimidade e privacidade do cidadão.

Pelo feito, o que se observa é uma real mudança nos Tribunais Superiores ao ampliar o conceito do direito à privacidade ao incluir o direito do cidadão ao controle dos seus dados pessoais, quando diante da escalada dos serviços da internet e nos processamentos de informações, além da obrigatoriedade das empresas de indenizar o cidadão que teve os seus dados pessoais indevidamente expostos sem a sua prévia autorização.

¹⁰ STJ, Resp 1.168.547/RJ, 4ª T., j. 11.5.2010, v.u., rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 7.2.2011.

¹¹ STJ, REsp 306.570/SP, 2ª T., j. 18.10.2001, v.u., rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.2.2002.

¹² AC 355.607.4/0-00, rel. Des. De Santi Ribeiro, 02.07.2009.

¹³ Ap. 0195978-74.2010.8.26.0100, de 20.10.2011, Rel. Roberto Solimene.

Mendes (2014, p.140) conclui que a nova compreensão das Cortes brasileiras na ampliação do conceito do direito à privacidade adveio inicialmente quando do novo direito à privacidade se permitiu um controle dos dados pessoais e consentimento do usuário. Direito esse que baseado no art. 5º, inciso X da CF/88, ao qual ofereceu a devida proteção e privacidade dos seus dados pessoais e da própria “autodeterminação de suas informações”. Assim, o direito a proteção dos dados pessoais, estão presentes nos dispositivos constitucionais que, além do artigo anterior citado, no instrumento do *habeas data* em seu art. 5º, inciso LXXII da CF/88 que também ressalva a devida importância do direito a proteção dos dados pessoais.

3.5 Direito à privacidade e o Código de Defesa do Consumidor

Outro ponto relevante ao qual se fundamenta pela prioritária proteção dos dados pessoais é que fazendo parte da personalidade do indivíduo, estão resguardados, sobretudo pela sua própria autonomia. Isto posto, as ideias apresentadas pela autora referida trazem o entendimento de que os dados pessoais que não guardar o sigilo também tem o direito a devida proteção.

Concebe-se que no direito consumerista, o mesmo direito a proteção dos dados pessoais recebe tratamento de direito fundamental, pois a partir do binômio das amplas informações e dos riscos iminentes a personalidade do consumidor. Direito este a privacidade que encontra respaldo no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 43 já devidamente citado.

Ainda nessa trilha da defesa do direito à privacidade e do direito a proteção dos dados pessoais deve-se salientar que a ampliação do direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro em seu novo conceito, aponta para os riscos a “violação da privacidade do consumidor”, quando os dados pessoais são usados em situações outras que não estão vinculadas ao objeto que inaugurou a relação contratual. Trata-se em pôr em prática o “princípio da finalidade” a tutelar o consumidor. Outro princípio em voga, quando os dados pessoais não são usados adequadamente pelas empresas, ensejando supostos abusos na manipulação das informações repassadas pelo consumidor ou a não proteção desses dados pessoais por mecanismos de proteção devidos pela instituição responsável, e aplica-se o princípio do risco da atividade, o que acarreta os danos morais e o direito à indenização.

3.6 Normas de proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro

Segundo Mayer-Schonberger (*apud*, MENDES, 2014) a evolução das leis que envolvem a proteção dos dados pessoais surge em meados dos anos 70 com o interesse dos setores governamentais e administrativos em construir uma central de bancos de dados do cidadão.

Nota-se que, com as sucessivas mudanças tecnológicas, veio a surgir a necessidade de novas leis as quais priorizassem o direito à privacidade, fato este o que veio a fazer da “privacidade informacional” um tema a ser debatida nas diversas constituições. Desafio este que, segundo o qual tende a confronta o indivíduo entre a sua real efetividade decisória e o seu acesso as demandas sociais na forma que não ocorrem atos de ofensas a sua personalidade e, em consequência a proteção dos seus dados pessoais.

Um terceiro momento evolutivo dos preceitos normativos que venham a oferecer uma tutela jurisdicional ao cidadão, frente a proteção dos seus dados pessoais, o Tribunal Constitucional Alemão renovou ao limitar a Lei do Censo e destacando o conceito do “direito à autodeterminação informativa”. Sobre isso, Mendes (2014) ao tratar da relevância desse momento legislativo, enfatiza é o fato de que o cidadão tem um envolvimento sobre as suas informações em todas as suas etapas das informações sobre os seus dados pessoais.

Depreende-se na evolução das normas legislativas com o intuito de proteção aos dados pessoais a existência de um quarto momento que tentou integralizar o direito ao autocontrole dos dados pessoais do indivíduo pelo chamado “*no fault compensation*” (MENDES, 2014, p. 43). Dentre outras formas de considerar o exercício do autocontrole, está o “tratamento dos dados pessoais sensíveis”. O que envolve dados de natureza da etnia, opinião pública, e religião.

Outro aspecto relevante dessa “quarta geração de normas de proteção dos dados pessoais” refere-se a complementariedade pelas “normas setoriais”. O que cabe mencionar no interesse desse artigo é que: “conforme afirma Mayer-Schongberger, a Diretiva Europeia sobre a proteção de dados pessoais de meados dos anos de 1995 reflete a evolução geracional pela qual passou a disciplina da proteção dos dados pessoais na Europa” (MENDES, 2014, p.44).

Portanto, prima-se pela existência de uma “regulamentação geral sobre a proteção de dados” concomitantemente com as “leis setoriais suplementares”. Tal prerrogativa, permite dar além de dar liberdade de que ao o próprio indivíduo tenha uma maior uma participação efetiva,

com já citado, quando frente aos seus dados pessoais com o intuito de preservar o seu real direito à privacidade.

E, no que compete a uma consonância de princípios ou regras comuns na proteção dos dados pessoais, um dos feitos a respeito do assunto adveio a partir dos “Standards Internacionais sobre Proteção dos Dados Pessoais” realizados no ano de 2009 em Madrid/ES.

Importante conceito de autoria de Colin Bennett (*apud* MENDES, 2014) é a “convergência” implicando um tratamento da proteção dos dados pessoais de acordo com um “paradigma do controle” como uma forma de uniformização de princípios que permitam ao cidadão um controle sobre todas as etapas das suas informações prestadas aos meios tecnológicos.

Cabe mencionar que, a tutela jurisdicional está atrelada a “garantia do controle do indivíduo sobre as próprias informações” (MENDES, 2014, p. 46). Diante do feito, o que se defende é a autonomia em consonância com a “autodeterminação informativa” e a “liberdade informativa”¹⁴.

Para isso, cabe conhecer a legislação brasileira, as suas normas e princípios que norteiam a adequada proteção dos dados pessoais e o direito à privacidade. Nos comentários a serem apresentados a partir de agora, menciona-se as normas legais e infralegais, além de dispositivos constitucionais já anteriormente citados.

¹⁴ No arcabouço legal da proteção dos dados pessoais, as “leis gerais” funcionam como um “regime legal de proteção dos dados”. Surge, assim, a “Diretiva Europeia 95/46/CE que defende a proteção dos dados, tanto no âmbito público quanto o privado. Portanto, o que se defende, a partir desta Diretiva, é que a proteção dos dados compreende parte das políticas públicas. A Diretiva Europeia nº 95/46/CE sofre limitações no que compete a existência de condições que perpassam sobre finalidade, uso pessoal ou comercial, os dados pessoais são automatizados ou não e se são tratados em sua forma pública ou privada. Exemplo, de situações que excluem a aplicação desta, são temas que abordam segurança pública e estatal ou ainda no âmbito puramente doméstico ou pessoal. Além do mais, os dados pertencentes as pessoas jurídicas não são regulados pela Diretiva. Em contrapartida dados pessoais, tanto em seu caráter automatizado quanto manual, ambos são tratados pela Diretiva Europeia nº 95/46/CE. No que tange ao tratamento ou armazenamento dos dados de pessoas jurídicas, a Diretiva, se restringiu a tratar os dados de proteção das pessoas físicas. Isto posto, a regulamentação se pauta as pessoas físicas. Outro importante aspecto a citar é que a Diretiva Europeia nº 95/46/CE e o tratamento do seu regime de proteção assume caráter semelhante aos poderes públicos e privados, com ressalvas a alguns países (Espanha e EUA). Por isso, Mendes (2014, p. 56) aborda a necessidade de diferenciar o conceito de dados pessoais de simples dados. Assim, de acordo com a Diretiva, são os dados pessoais como diversas informações vinculadas a “pessoa singular identificada ou identificável”. Pelas palavras de Mendes *apud* Doneda: “a informação pessoal difere de outras informações possuindo um vínculo objetivo com a pessoa, isto é, por revelar aspectos que lhe dizem respeito”. O que se defende é a tutela jurídica das informações ou dados pessoais pertencentes a pessoa humana, portanto, vindo a merecer pela sua total proteção.

Um dos dispositivos legais que protagonizou a tutela dos dados pessoais e o direito à privacidade foi o Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei nº 8.078/90) ao qual traz no bojo do seu art. 43, dispositivo legal sobre o manejo dos bancos de dados dos consumidores(.) Tais premissas apontam para importantes aspectos que, segundo Mendes, (2014) se referem a um “direito de acesso” aos dados dos consumidores; ao “princípio da qualidade dos dados” que envolve a veracidade dos dados; “princípio da transparência” defendido no § 2º em seu art. 43; “direito de retificação e cancelamento” e o “princípio do esquecimento” que remete a questão da limitação de que os dados pessoais são resguardados no sistema de banco de dados. Portanto, compete a uma análise do direito intertemporal.

O que de mais relevante há na norma legislativa que objetiva a proteção dos dados pessoais é o seu caráter fundamental do dever seguir o que a lei ou disposto legal nomeia. Portanto, cabe dizer, que segue o princípio da legalidade e, sobretudo, os dados pessoais colhidos tem como características de serem considerados públicos, o que lhes permitem uma proteção constitucional dos direitos fundamentais, pois os dados pessoais são informações que pertencem ao indivíduo, sendo estes um direito de personalidade.

Outro dispositivo legal, é o novo Código Civil-CC (Lei nº 10.406/2002) que em seu art. 21, elenca a inviolabilidade a vida privada que, apesar de ser um preceito constitucional, torna-se essencial por tratar do direito à privacidade enquanto direito fundamental nas relações privadas. Além disso, há de destacar que estando o direito à privacidade fazendo parte dos direitos da personalidade, o artigo em comento valoriza a personalidade do indivíduo enquanto um bem jurídico conjuntamente equiparado a dignidade humana. O dispositivo citado em concomitância ao Direito do Consumidor, respalda este no direito à privacidade do próprio consumidor.

No que concerne a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) esta já traz em seus dispositivos os mesmos princípios que o Código de Direito do Consumidor-CDC atesta como sendo prioritários a proteção e a privacidade do indivíduo. O que tais princípios resguardam é, sobremaneira, os dados pessoais com fins e usos específicos ao objeto a que está vinculado e de acordo com as regulamentações legais. Portanto, proíbe-se o uso inadequado dos dados pessoais para outros fins que não estão previstos nas legislações.

A Lei nº 12.414/2011 vem a reconfirmar a devida importância do “princípio do consentimento” ao qual exige prévia autorização do interessado, além de considerar outro

princípio consolidador do direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais, ao mencionar o “princípio da proibição do armazenamento de informações sensíveis e excessivas” (MENDES 2014, p. 146) ao quais são aquelas que se referem especificamente a dados da personalidade do indivíduo englobando suas ideologias políticas e religiosas, dentre outras.

Um dos aspectos de maior representatividade da Lei do Cadastro Positivo é aquele em que sendo o indivíduo afetado juridicamente por uma decisão ou que venha a comprometer a sua vida privada, no âmbito da proteção de sua personalidade. O dispositivo em comento da referida Lei, é o art. 5^a, inciso VI ao qual segue as mesmas recomendações da Diretiva Europeia 95/46/CE em seu artigo 15^o¹⁵, 1. Portanto, cabe ao indivíduo a sua devida defesa quando os seus dados pessoais possam lhe causar um prejuízo quando aplicados especificamente a um aspecto de sua personalidade podendo ser distorcidos, quando generalizados a outros.

Ainda explicitando outros aspectos de valor para a proteção dos dados pessoais e a privacidade dos indivíduos, reconhece-se a possibilidade da reparação dos danos morais e materiais quando a empresa desenvolve atividades de riscos, obrigando-se a uma “responsabilidade objetiva e solidária”. Outro ponto que consolida a privacidade do indivíduo é o “controle da atividade de processamento de dados por autoridade administrativa” no que compete a necessária fiscalização e resolução das divergências entre o indivíduo (consumidor) e os órgãos de competência para defesa do consumidor.

Em relação a Lei de Acesso à Informação Pública, Lei nº 12.527/2011 consolida-se pelo direito fundamental à informação. Em reprise, salienta-se que a Suécia foi o primeiro país em 1766 que promulgou lei de acesso à informação. Os outros países trataram do assunto nos anos 70 e 80, em sua maioria.

Hans Peter Bull (*apud* MENDES, 2014, p.149) explicita que o direito de acesso às informações e suas prováveis limitações se enquadram em duas situações: primeiramente quando se trata de interesse público que remete a “segurança do Estado ou da Sociedade” (artigo 23 da lei em comento). Seguindo-se de uma segunda limitação, ao tratar dos “direitos e interesses privados”. São estes o de maior interesse, pois autoriza o acesso aos dados pessoais pelo indivíduo que se encontram no banco de dados da Administração Pública. Além de considerar que, a proteção dos dados pessoais é uma forma de proteção ao direito de

¹⁵ Tal como se encontra transcrito no normativo originário.

personalidade do indivíduo, vindo a limitar o acesso a esses dados privativos a pessoa singular, evitando o acesso e ou manipulação a posteriori dessas informações por terceiros.

Cabe mencionar que a Lei nº12. 527/2011 resguarda duas exceções ao acesso dos dados pessoais, sem o devido consentimento do indivíduo, pessoa interessada. Primeiramente quando a lei mencionada ao se referir em seu art. 1º, ao citar o direito ao acesso às informações no art. 5º, inciso XXXIII, em que: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, (...) no prazo da Lei. No que tange ao art. 37, § 3º, inciso II, “o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos do governo (...) e o art. 216, § 2º “Cabem à administração pública, na forma da lei, (...) franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

Pelo supracitado, a exceção trata-se quando a Lei de acesso à informação pública aplica os dispositivos constitucionais em suas normas legais permitindo o acesso às informações pessoais do indivíduo resguardadas pela Administração Pública. Tal situação não permite a violação da personalidade e da sua privacidade. Portanto, o que não se aceita é o desrespeito de um direito ou a sobreposição de um direito sobre o outro, haja vista o art. 5º, inciso X da CF/88 que trata da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e da imagem.

Ao tratar especificamente das “informações pessoais” correlacionada a Lei em comento a limitação ao acesso às informações, observa-se a princípio que, tal normativa legal comunga com as regras e normas aplicadas pelos organismos internacionais, no que tange a proteção dos dados pessoais. Por exemplo, o art. 31, da referida Lei em comento, remete a necessária proteção dos dados pessoais quando ao falar do “tratamento das informações pessoais”, cita a importância da preservação da intimidade e privacidade, incluindo à honra e à imagem.

Referindo-se aos atos infralegais, os decretos seguem a regra geral de que os dados pessoais só podem ser usados para fins comuns ao qual se propuseram. O que se valoriza é o princípio da finalidade em contraposição a uma apropriação dos dados pessoais que violem a proteção da personalidade e a própria dignidade da pessoa humana.

No entanto, ao mencionar a forma de balanceamento entre o direito de acesso à informação e o direito à privacidade, de fato, se faz necessária a análise do caso em concreto. E, sobretudo, o que os dispositivos constitucionais, legais e infra legais revelaram é que se busca, de fato, um novo conceito do direito à privacidade integralizado a dignidade da pessoa humana.

Conforme o que foi proposto, para que o direito à privacidade perante às Leis e sua devida aplicação é, necessário que exista primordialmente, o “direito à proteção de dados pessoais” em defesa dos princípios da finalidade, esquecimento, qualidade dos dados, transparência e consentimento (MENDES, 2014). Outros aspectos a serem considerados para a garantia da proteção dos dados pessoais, já citado anteriormente, é o controle que o indivíduo deve ter sobre os seus dados. Mas, que só se tornam eficientes quando o direito geral de informação, amplo direito de acesso aos dados, direito à notificação, direito de retificação, cancelamento e bloqueio dos dados só são possíveis quando o indivíduo os use em prol à proteção dos seus dados pessoais.

4 A REPERCUSSÃO GERAL NO ARE Nº 833.248 RG/RJ E A LEI EUROPEIA DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS - “GDPR”

A Lei de Proteção dos Dados Pessoais, a “GDPR” (*General Data Protection Regulation*) em substituição a Diretiva 95/46/EC, ao qual se restringia ao território europeu, depara-se com um novo Regulamento nº 679/2016, denominado Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, que tem um caráter de extraterritorialidade e que passou a vigorar a partir de 25 de maio de 2018.

Tal caráter de extraterritorialidade implica que todas as empresas, brasileiras e estrangeiras que coletar, armazenar ou processar dados pessoais de cidadãos europeus, portanto, realizar qualquer tipo de tratamento de dados, estão sujeitas as regras do regulamento que visam proteger os dados pessoais destes cidadãos numa visão dos preceitos da autonomia privada e existencial alicerçados nos direitos fundamentais.

4.1 A norma GDPR

A posteriori, o regulamento geral de proteção de dados, “GDPR” que dentre as suas atuais diretivas, proclama-se a proteção dos dados enquanto direito fundamental:

1.A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental. [...] 2. Os princípios e as regras em matéria de proteção das pessoas singulares [...] deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais. 4.[...] O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade [...] In Jornal Oficial da EU (2018).

O “GDPR”, *General Data Protection Regulation* ou Lei de Regulamentação dos Dados Pessoais é atualmente a principal referência na proteção dos dados pessoais que perpassa as fronteiras do continente europeu, vindo a afetar de forma direta ou não, cidadãos de outros países.

As recomendações adotadas englobam desde ao direito do cidadão comum, usuários de um serviço, quando resguardados pela Lei, influenciar na alteração dos seus dados pessoais.

Tais procedimentos envolvem as próprias empresas que em suas condutas devem, quanto ao “tratamento dos dados, ter acesso a estes, do cidadão, que competem a satisfação do serviço prestado.

Relevante conceito dessa normativa europeia que, através de sua extraterritorialidade afeta, outras organizações e contextos sociais, é o conceito do “consentimento expresso” ao qual deve ser levado a sério a partir das novas regras adotadas pelo regulamento de proteção aos dados pessoais.

O que infere importante análise destas novas diretrizes é o Direito ao Esquecimento que se apresenta com um “novo conceito” (pode ser entendimento como um desdobramento dos direitos da personalidade) no seu viés da privacidade ao qual concede autonomia ao cidadão. Dentre outras diretrizes defendidas pelo regulamento europeu, resguardam a proteção as crianças; o dever das empresas de informar aos usuários a sua política de proteção de dados; quando da ocorrência de hacker, além de que, devem as informações serem repassadas em um prazo de 72 horas ao interessado e, empresas que lidam com dados de cidadãos europeus devem seguir às orientações do novo regulamento publicado.

Nas palavras de Cassol (2015, p. 19):

o direito ao esquecimento à luz dos direitos de personalidade percebe-se que se trata de direito extrapatrimonial, [...] o direito ao esquecimento relaciona-se com atributo moral do indivíduo, no sentido de não passar a vida tendo sua imagem veiculada a determinado episódio.

Fato é, *in prima face*, é que na “colisão de direitos” é incontestável que não cabem decisões de caráter exaurientes, haja vista diante da análise da concretude do caso mesclado pelas fronteiras e as interferências, positivas ou negativas, de suas dimensões sociais e da necessária aplicação de uma metodologia interpretativa. Assim, esse viés de um método de natureza hermenêutica, frente à uma real ponderação dos direitos envolvidos com o intuito de preservar, tanto às normas constitucionais, legais e infralegais quanto o adequado direito a proteção dos dados pessoais. Tal procedimento é inevitável, posto que o direito é constitucional, resguardado pela premência dos direitos fundamentais alicerçado pelo Estado Democrático de Direito.

Aduz-se que na engrenagem do Direito ao Esquecimento deve existir o interesse público quando diante da informação a ser sopesada, além de se buscar, nesse amplo entendimento do

conceito em pauta se, a rigor, pela passagem do tempo, de fato, se há um verdadeiro interesse público sobre a matéria. A doutrina sobre o assunto, menciona que o aspecto da contemporaneidade ao ser analisado pela preponderância do interesse público, possa se consumir na mera perda do interesse público pela temporalidade decorrida. Mas, fato este que encontra amparo na dignidade da pessoa humana.

Dentre outros aspectos atinentes ao tema em debate, o Direito ao Esquecimento é que, mesmo diante dos pressupostos da informação verídica do fato pretérito, vindo estes, acompanhados da relevância do assunto, enseja a substância conceitual atinente ao real interesse público, pode não encontrar a salvaguarda necessária em “razão do anacronismo” (MALDONATO, 2017).

Essas razões são adequadamente compreendidas à luz do Direito ao Esquecimento, quando se depara com os riscos de acontecimentos de relevância histórica, em tempo outro e, que, não mais resguarda suficientes valores no tempo presente, postas as mudanças e os significados dos conceitos e ideias serem, em tese, redefinidos e repensados em tempo histórico diverso. Sobretudo, o Direito ao Esquecimento buscou um amparo na legislação europeia através da Diretiva 95/46/EC com o intuito de construir um parâmetro normativo sobre a proteção dos dados pessoais frente à delimitação entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão.

4.2 Estrutura da GDPR e sua aplicabilidade

Composto de 72 Consideranda e 34 artigos a Diretiva 95/46/EC veio a ampliar a sua proposta, dentre outras, à proteção de dados pessoais, através da nova diretiva denominada de *A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union* em meados de 2010 que inovou, objetivando a proteção dos dados pessoais com o conceito *The Right to Be Forgotten*.

Em 2011 o Direito ao Esquecimento encontrou maior respaldo quando foi considerado um conceito basilar ao direito à privacidade. Para tanto, permitiu que todo indivíduo tivesse o direito à uma garantia de controle e exclusão sobre às suas informações e dados pessoais. Tal desdobramento, em concreto, vem concedendo um maior direito à sua vida privada, obrigando

que os detentores das informações provassem a sua real necessidade de manutenção do resguardo sobre os dados pessoais, ocorrendo a chamada “inversão da prova”, a qual deveria ser claramente provada por quem alega, no caso, aqueles que tem domínio sobre as informações processadas.

A evolução do conceito do Direito ao Esquecimento, ocorrida em meados do ano de 2012, associou a este o direito de “apagamento dos dados”, ao qual através da legislação europeia foi ampliando o seu percurso no âmbito da proteção dos dados pessoais. Posteriormente, em 2016 foi promulgada a Resolução nº 679/2016 a qual, de fato, em seu artigo 17, tratou do Direito ao Esquecimento e de suas prerrogativas. Com o advento da normativa europeia, sendo assim, toma-se um caráter constitutivo, tornando-se tal direito respaldado na jurisprudência da União Europeia.

Cabe salientar que, o conceito do Direito ao Esquecimento, após as justificativas apresentadas anteriormente de sua importância mediante da proteção dos dados pessoais em concomitância aos direitos de personalidade, guarda um poder de referência. A premissa se pauta na ciência de que, mesmo tendo os seus dados legais e jurídicos limitados à União Europeia, geograficamente, a nova Diretiva 679/3016 “quebra” fronteiras e, se torna, quando, a exemplo, do caso *Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos*, as recomendações da Diretiva, em comento, torna-se o conceito do Direito ao Esquecimento uma referência paradigmática.

As exposições supra, mencionadas, denotam uma breve menção de que o Direito ao Esquecimento encontrou amplo respaldo no que tange a instauração das normas sobre o tema e, nestas, são primordiais, as resoluções que assumiram com as suas Diretivas na União Europeia um inquestionável valor na ampliação dos novos temas do Direito Civil Contemporâneo. No entanto, é inegável ressaltar que, segundo Maldonado (2017), em respeito à pesquisa científica, onde as primeiras menções ao Direito ao Esquecimento, tem seu aspecto primordial e encontrou o seu berço na França, quando da necessidade de proteger os presos que ao ter sua liberdade em sua totalidade, o devido o Direito ao Esquecimento.

O Direito ao Esquecimento traz em seu bojo a preponderância da dignidade da pessoa humana, por isso, que a menção ao caso, tornou-se paradigma. Quando da decisão da Corte de Justiça da União Europeia que julgou o caso invocou o artigo 2º, alínea d da Diretiva 95/46/CE

que trata da responsabilização da Google Inc. ao referir-se que a empresa detinha o tratamento dos dados pessoais em todas as suas etapas.

O direito ao apagamento dos dados foi negado, e à época, pelo jornal ao qual vinculou a informação pessoal. Em seguida, o interessado buscou o próprio site de busca, a Google Spain e a Google Inc., ao qual também sua pretensão não foi atendida do seu direito de ter as suas informações e dados pessoais apagadas pelo site. O caso teve uma repercussão maior quando a Google Inc. foi novamente responsabilizada pela Agência Espanhola de Proteção de Dados. A posteriori, tal decisão foi suspensa pela Suprema Corte Espanhola remetendo o caso para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

O mérito do caso em tela trouxe a baliza alguns questionamentos norteadores que englobavam as Diretrizes da União Europeia, dentre elas, as questões mais prementes envolviam a territorialidade das informações e dados pessoais ao direito de apagamento dos dados. Em síntese, o interessado, Mario Costeja González, obteve êxito em sua pretensão da remoção dos seus dados pessoais no site de busca da Google Inc. Tal julgado, a partir da decisão favorável ao cidadão, autorizou a consolidação nos tribunais, do Direito ao Esquecimento.

4.3. Da Doutrina à Jurisprudência: o parâmetro construído na realidade brasileira

Os parâmetros do Direito ao Esquecimento, de fato, tem seu alicerce firmado na Diretiva 95/46/CE e nas suas atualizações que culminaram em tornar o tema proposto referência nas Cortes Internacionais quando se trata, per si de fazer esquecer, não ser lembrado, ao reconhecer que o fato ou acontecimento ocorrido no passado e de caráter verdadeiro, pode não mais ser imbuído de suficiente interesse público no presente, pela suposta perda de tal interesse com o passar do tempo.

Os julgados em defesa do Direito ao Esquecimento encontram amparo legislativo, como citado anteriormente, na Diretiva 95/46/CE e suas atualizações e nos principais conceitos que envolvem a proteção dos dados pessoais em relação ao tratamento dos dados. São esses tratamentos entendidos como toda forma de colheita, armazenamento, transmissão, circulação das informações e dados pessoais nas redes de computadores. A partir da verdade de que as

empresas têm acesso amplo a todos esses dados, gerando uma responsabilidade sobre. Aspecto este da responsabilidade também amparado pela normativa.

Outro ponto fartamente referido pelas empresas em contrassenso e resguardo pela Diretiva é sobre a extraterritorialidade e, o argumento é que, se a empresa mantém uma filial naquele país regido pela União Europeia, cria responsabilidade sobre as atividades desenvolvidas naquele espaço, mesmo que a sua matriz seja geograficamente localizada em outro continente. Destaca-se em defesa do Direito ao Esquecimento, no amparo da norma legislativa, o direito do interessado de que as suas informações são extraídas da busca dos provedores de internet, sem necessariamente exigir a condição de lhe causar prejuízos. Ressalva-se, que, ao se mencionar sobre as conhecidas “razões especiais” (são aplicadas nos casos das pessoas notórias), há uma limitação nos direitos fundamentais, posto o interesse público envolvido.

Julgados semelhantes ocorridos em outros países, a exemplo da França¹⁶ obtiveram uma decisão favorável ao interessado, além de trazer fato novo, no sentido de tal decisão que envolvia pedido de remoção dos dados pessoais, não se restringiu ao país em questão, mas estendeu-se aos outros países além da União Europeia. O feito aguarda julgamento, posto que a Google.Inc apelou a Corte Francesa, argumentando que não caber a legislação europeia, através de sua Diretiva 95/46/CE e Agências afins, contrapondo-se pela falta de proporcionalidade e necessidade, ampliar as normas da Europa para outros países. Conclui-se que, haja vista, o caso espera decisão final do recurso interposto pela empresa, deve-se observar que há um suposto precedente que é o caso Costeja, em que neste, houve um reconhecimento no meio jurisprudencial do Direito ao Esquecimento.

No que tange a natureza doutrinária sobre o Direito ao Esquecimento, pela literatura desenvolvida sobre o tema o que é relevante/prioritário destacar é que do seu parâmetro sobre o interesse público e o aspecto da temporalidade enquanto valores ou desvalores para definir a relevância do fato que enseja o Direito ao Esquecimento. Portanto, o interesse público, em tese, se enquadraria, no fato de valor histórico, na notoriedade do fato e naqueles onde as figuras públicas estão envolvidas.

¹⁶ Maldonado, 2017, p. 109.

Segundo Best-Jaap Koops¹⁷ ao tratar sobre o Direito ao Esquecimento, retrata que há três aspectos a ser considerados, desde o direito de que a informação seja desfeita, “esquecida” após o transcurso do tempo. Além disso, o direito a “recomeçar do zero” e, o direito ao momento presente. O autor citado, proclama o direito que a pessoa humana tenha sobre os seus dados e informações pessoais, o caráter de sua titularidade, o direito que invoque a proteção de sua personalidade, enquanto um direito fundamental.

Trata-se, veementemente, de entender que o Direito ao Esquecimento ao se atrelar a averiguação da existência de fato de um real interesse público, busca a analisar se fatos e acontecimentos que ensejam informações pessoais, tem uma importância no presente. Assim, é condição sine qua non sobre o tema em comento, a temporalidade em consonância com os seus aspectos do fato significativo, relevante e presente. Posto do contrário, acarretaria, em tese, danos e sofrimentos ao indivíduo envolvido. Ainda que, não cabe, de forma indeterminada, inserir, associar, correlacionar uma informação aquele indivíduo “*ad eternum*”. Além disso, não cabe, pois, quase que defini-lo em um acontecimento ilícito, um erro do passado.

Isto posto, o fundamento de uma análise aprofundada, coerente, dentro de uma perspectiva de proteção dos direitos fundamentais, está na busca de uma “pertinência lógica”¹⁸, pois fatos e acontecimentos devem guardar entre si, o que, Nissenbaum¹⁹ nomeou de “integridade contextual”. Conceito este inovador no que concerne aos direitos de personalidade, posto os riscos inerentes a descontextualização das informações e dos dados pessoais pertencentes aquele indivíduo.

É a real defesa de que os fatos e acontecimentos que envolvem a pessoa humana devem estar pareados, como já sinalizado anteriormente, em sua relevância e contemporaneidade. Outros autores, a exemplo de Warren & Brandeis²⁰, também enfocaram sobre os riscos ao direito a personalidade, a repassagem das informações pessoais em momentos e tempos diversos, devendo esses fazerem parte da atualidade.

O Direito ao Esquecimento está atrelado à dignidade da pessoa humana enquanto parâmetro que autoriza a defesa desse direito no campo jurídico-constitucional, além do que lhe compete do seu reconhecimento na sua intrínseca dimensão existencial. É de caráter

¹⁷ Apud Maldonado, p. 115-116, 2017.

¹⁸ Maldonado, p. 118, 2017.

¹⁹ Apud Maldonado, p. 118, 2017.

²⁰ Apud Maldonado, p. 118, 2017.

imperativo entender que, per si, o conceito de dignidade, em vários institutos legais que tal princípio resguarda o “valor-fonte”. Portanto, comportando-se como a base, o alicerce de que o ser humano não pode ser quantificado ou metrificado por mero contexto ou situações do mundo exterior, mas, deve, sobretudo, ser vislumbrado como um fim em si mesmo, segundo a própria ideologia kantiana.

Paulo Bonavides (2005) assim, se referiu: “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”. Outro renomado constitucionalista, Wolfgang Sarlet (2002, p.68) preceituou como:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda em seu cerne, segundo Aharon Barak (apud MALDONADO, p. 118, 2017) fundamento constitucional, ao ser referenciado a liberdade como um direito dado ao homem sobre a sua vida e história pessoal. O que se postula é que o Direito ao Esquecimento encontra amparo em tal princípio de caráter constitucional. Citando outra autora, Neomi Rao (apud MALDONADO, p. 118, 2017) trata da importância da dignidade da pessoa humana a ser vista, dentro outros três parâmetros. Primeiramente, a dignidade enquanto autonomia e liberdade negativa deve estar associada ao Direito ao Esquecimento. Seguindo do direito que tem o indivíduo de viver a sua própria vida, tendo o direito a uma “dignidade positiva” e, por fim, compreender o conceito de dignidade como as existentes diferenças entre pessoas.

Pelo feito, o que a autora em comento quer dizer, ao falar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito ao Esquecimento, é que a autonomia e a liberdade negativa enquanto direitos de decidir, escolher sem minimamente sofrer interferência do próprio Estado e/ou de outras pessoas. Portanto, está inserido neste conceito as chamadas “liberdades constitucionais” que estão associadas, dentre outras vertentes, a liberdade de expressão.

Isto posto, cabe entender que quando se está diante da necessidade de proteção dos dados pessoais, deve-se avaliar o real interesse público que envolve a questão das informações prestadas. Tal premissa, se porta como uma exigência preliminar a dignidade da pessoa humana que deve ser considerado, sempre no caso concreto, como forma preventiva de vícios abstratos ou subjetivos, sem o teor do fundamento constitucional que o resguarda.

Assim, ao se está diante da preservação a dignidade da pessoa humana e a propositura do assunto em debate que é o Direito ao Esquecimento frente a necessidade de proteção das informações e dos dados pessoais, se faz premente que a proteção desse dados e o seu direito ao apagamento quando usado por terceiros na rede de computadores (internet) possa ser uma das primeiras ferramentas em prol do indivíduo que tenha sofrido ou venha a sofrer potenciais riscos a sua dignidade.

No que compete ao tema o Direito ao Esquecimento, os casos concretos servem como parâmetros a sua construção doutrinária, o que, já foi preliminarmente debatido sobre o caso que envolveu a Empresa Google Spain e a Agência Espanhola de Proteção dos Dados através do ator Mario Corteja González. Caso este que teve o direito ao apagamento dos dados pessoais do envolvido reconhecido pela Corte de Justiça da União Europeia.

Em relação a casos concretos brasileiros de extrema repercussão tem-se o caso Xuxa Meneguel ao qual a parte interessada, a Xuxa após a publicação do filme “Amor, estranho amor” em meados dos anos de 1982, obteve a princípio decisão favorável estritamente ao pedido de que as imagens do filme não fossem reproduzidas por meio de vídeos. Tal decisão se restringiu ao território nacional, posto que nos Estados Unidos, houve lançamento do filme em DVD. A interessada, não obteve êxito no intento de impedir a publicação e os seus desdobramentos em terras americanas.

Em outras tentativas judiciais feitas pela apresentadora contra o *site* de busca Google americano, envolvia o pedido de não correlacionar o seu nome a termos de busca como pedofilia. A princípio em decisão de primeira instância, o pedido foi favorável a autora, por deferimento de tutela provisória, estritamente a não correlação de dados que se referissem ao filme produzido.

Tal intento, a posteriori, foi reformulado, após recurso da parte ofendida, a Google Inc. em que se limitou a não divulgação das imagens das cenas cinematográficas a autora. Ainda em Acórdão da relatoria da Min. Nancy Andrigui, a Google Inc. teve provimento favorável

quando apresentou como justificativa a sua não responsabilização por aqueles que atuaram como fomentadores através do site ou provedores, no caso a Google Inc. Portanto, não cabe a *site* de busca, segundo a relatora, ser responsável pelos conteúdos das buscas feitas pelos usuários, nem tampouco exercer um controle sobre o comportamento dos usuários nem impedir que os resultados dos conteúdos encontrados sejam extinguidos.

Pelo feito, a empresa Google Inc. manteve êxito nas decisões judiciais proferidas, a considerar que o objeto das demandas envolvia a responsabilidade dos provedores, e, não, propriamente dito, os direitos fundamentais da personalidade no que tange a privacidade e o direito à informação. Sendo assim, o Direito ao Esquecimento não se revelou como demanda do caso em concreto.

Em decisão proferida em Recurso Especial de nº 1.338.214-MT; julgado em 21.11.13 a relatora Min. Nancy Andrigui tratou da responsabilização dos *sites* de buscas quando diante de supostos conteúdos ilegais ou ofensivos. Assim, quando diante de supostas ilegalidades, deve o *site* realizar a devida retirada do (s) conteúdo (s), referindo-se ao caso citado da apresentadora brasileira, quando da sua ação judicial, não havia pedido de remoção de conteúdos de caráter ilícitos. Ao contrário, se demandava a remoção, ou melhor dizendo, a desindexação dos termos-chave de pesquisa que associassem ao filme produzido pela artista.

Deve-se mencionar que um dos parâmetros legais no que envolve a questão da responsabilidade dos provedores de remoção dos conteúdos, adveio com o advento da Lei nº 12.965/14, conhecida como “Marco Civil da Internet”, de fato, só se procede, quando diante de um descumprimento de uma ordem judicial. Assim, o *site* de busca só é responsabilizado pelos conteúdos produzidos por terceiros, quando, não tomar as devidas providências frente a remoção dos conteúdos, demandas pela justiça.

Conforme a proposta do tema em estudo, o Direito ao Esquecimento e a proteção dos dados e informações pessoais e os direitos fundamentais de personalidade, há de se reverenciar sobre a exclusão ou remoção das informações pessoais quando diante dos casos de reabilitação amparados pela legislação penal em seu artigo 93 do CP/41, após julgados de atos criminosos.

Tal artigo traz em seu bojo, a evidente importância para a reabilitação do interessado, o sigilo dos seus registros. O que se pode extrair do feito, é que a legislação brasileira resguarda o direito às informações serem extraídas nesse contexto dos cumprimentos de todos os parâmetros legais. Em contraposição, a legislação americana segue a jurisdições autônomas de cada Estado

federativo. O que compete a dizer, que as informações pessoais são expurgadas quando atendidas as demandas legais de cada Estado.

As averiguações supra sobre especificamente o entendimento jurisprudencial americano, não é seguido categoricamente pela Suprema Corte, a exemplo do caso público conhecido como *Martir x. Hearst* em que o caso, baseado em jurisdição local foi favorável a parte pleiteante quando do direito ao apagamento dos registros criminais, mas negou proeminentemente ao autor o direito das suas informações pessoais sobre os conteúdos que envolviam a sua prisão à época do feito. Tal decisão em juízo foi baseada na evidente veracidade do ocorrido. O que deu causa a empresa noticiante dos dados pessoais publicados.

Conforme os questionamentos levados sobre o direito ao apagamento dos dados pessoais inseridos por terceiros, tem-se como alicerce legal, o princípio da dignidade da pessoa humana. No cerne desse debate ancorado em tal princípio, se expande tal direito quando diante de situações em que o indivíduo imbuído pelo arrependimento de ter repassado às suas informações pessoais, quando por livre arbítrio disponibilizou os seus dados pessoais. A lógica defendida diante do pleito, encontra suposta base legal quando não há, de fato, a formação da relação jurídica ou relação contratual, na visão de Robert Kirk Walker em seu artigo “*The Right to Be Forgotten*”. Portanto, imbuído numa situação de arrependimento e numa questão de fundo contratual, em tese, poderia haver a possibilidade de “retirada de consentimento” de conteúdos publicados, de acordo com a legislação europeia.

Tal premissa de “retirada de consentimento” ao se tratar de crianças e adolescentes, com o intuito de protegê-los, há iniciativas de legislações americanas, a exemplo os Estados da Califórnia e Nova Jersey/PL que intentam a remoção dos dados pessoais inseridos pelos menores. A crítica se perfaz, no que compete a eficácia das leis, em geral, ao não desaparecimento dos materiais postados. É fato que, estudiosos do assunto, como Mayer-Shonberger²¹, cita a relevante necessidade de os indivíduos, poderem ter o Direito ao Esquecimento.

Ao referir-se ao Brasil, especificamente no trato do Direito ao Esquecimento em confronto com o direito a imprensa de divulgação das informações e dados pessoais no momento presente dos fatos passados, há no direito jurídico brasileiro relevantes contribuições quando da menção ao direito de não ser lembrando, portanto, o direito de ser esquecido. O que

²¹ 2009.

se oportuna enfatizar, a princípio, é que em meados de 2013, o Enunciado 531 do Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF), ao proclamou que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o Direito ao Esquecimento”.

Na Corte Superior, através do STJ, foram julgados casos que tornaram o Direito ao Esquecimento um fundamento primordial diante da questão de que os direitos da personalidade, a citar a privacidade, ensejavam ofensas ao autor. O caso, em pauta, tratava de ação em Resp. n. 1.334.097-RJ (2012/0144910-7) contra a rede televisiva “Globo Comunicações” que nas divulgações do seu programa, à época, “*Linha Direta*” mencionou o suposto autor do crime na conhecida “Chacina da Candelária”. No julgado mencionado, o voto do Min. Luis Felipe Salamão, fundou-se na não “eternização da informação” quando ambos os direitos, tanto o Direito ao Esquecimento quanto o direito de informação se deparam nos processos criminais, voga-se pelo direito de ser esquecido. Tal fundamento, ainda encontrou amparo nas questões de natureza criminal de que não se sustenta mais qualquer tipo de interesse público ou fato notório quando se está diante de uma consumação do fato penal do crime cometido, inexistindo pendências legais a respeito do feito.

Conforme a discussão do julgado em tela, cabe destacar que o voto do ministro, invocou pela inexistência da atemporalidade do fato não se coadunava com a real existência do interesse público em confrontação com o direito de ser esquecido do autor quando este já tenha sido inocentado pelas instâncias judiciais competentes.

Isso posto, ao abordar o Direito ao Esquecimento, se destaca que este não se restringe ao suposto direito ao apagamento dos dados pessoais nas redes de computadores quando diante da necessária proteção dos dados pessoais, mas que este pode ocorrer quando diante da repristinação de um fato, acontecimento ou situação que se mostrou à época investido de interesse público. Assim, há de se destacar que o interesse público e a notoriedade sobre o fato exposto da “Chacina da Candelária” ainda, em tese, pode manifestar tal interesse. Mas, ao citar o caso em tela, o que se tornou desfavorável a rede televisiva, denegada a sua alegação, foi explicitar o nome do autor do fato imputado criminoso, quando este já havia sido, no momento presente, perante a justiça, absolvido.

Outro caso julgado na Corte brasileira que ensejou o Direito ao Esquecimento, pelo STJ em Resp. n. 1.335.153-RJ (2011/0057428-0) conhecido como o caso “Aida Curi” em que a família da vítima, questionava a emissora “Globo” através do programa *Linha Direta*, de

remeter a situações de “dor e desconforto” aos familiares após longo tempo do fato. Segundo o entendimento do STJ, o fato era histórico e ainda resguardava notoriedade. Visto este, portanto, como fazendo parte do domínio público. O que se configurou, no caso em tela, é que o Direito ao Esquecimento foi citado como uma tese jurídica elencada pela família do caso, apesar de não ter sido, o julgado, em desfavor da pretensão dos autores.

Decisões jurídicas outras, além das abordadas pelas Cortes brasileiras, pertencentes a jurisdições internacionais, como o famoso caso conhecido como *Lebach I* que ao ser julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, após ter sido negado ao autor do caso a proibição da transmissão de documentário que explicitamente associava o seu nome e imagem aos crimes cometidos a época pelo autor, mas ao qual este se encontra naquele momento, em fase de ressocialização, estando, perante a justiça penal, cumprido todas às demandas legais.

Após denegação dos tribunais de menor instância, a Corte alemã deu causa ao pedido do autor, fundamentando-se em preceito constitucional de proteção ao direito da personalidade sobreposto ao direito a informação. Uma das razões alegadas foi a não prevalência absoluta de um direito sobre o outro, com a devida aplicação do recurso da ponderação entre ambos os direitos com o fito na razoável aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em contraposição a decisão judicial anterior, o caso elencado, em outro julgamento, conhecido como *Lebach II*, em novo produção de documentário sobre o crime da época, não mais foram associados aos nomes dos seus autores. Os fundamentos auferidos encontraram albergue de que os direitos da personalidade não sofriam ofensa ao livre desenvolvimento da personalidade nem tampouco obstavam o processo de ressocialização dos autores legítimos do crime à época. Portanto, o julgado desse caso, inversamente do primeiro, julgou pela preponderância do direito de informação sobre o direito à privacidade.

É evidente que nesse debate proposto sobre o Direito ao Esquecimento e as decisões judiciais proferidas sobre o tema, não há uma definição de critérios conclusos que indiquem uma prontidão sobre a subsistência do interesse público a partir da consideração de um fato ou acontecimento visto como notório ou pleno de teor histórico e relevante. Tal questionamento busca alicerce de sua devida importância, no entendimento de Luis Roberto Barroso (2004), da necessária ponderação das normas mediante a colisão de princípios.

O debate sobre a propositura do tema, a partir da aplicação da ponderação das normas como supracitada, faz-se mister de forma concomitante conhecer os valores envolvidos em cada

caso concreto e, primordialmente, os direitos fundamentais da personalidade numa visão contemporânea frente a um conceito dos ditames constitucionais em que o princípio da dignidade da pessoa humana tem indiscutível amparo legal. Tal premissa remete sempre a análise e avaliação da leitura de cada caso e, de forma contextual com fins de enxergar a existência do real interesse público e o seu caráter da notoriedade e relevância na questão em debate.

Por fim, sobre o tema o Direito ao Esquecimento, uma das reflexões e desdobramentos a partir dos julgados é pela existência de uma maior uniformização no que tange, quando das decisões judiciais tomadas, dos conceitos como os “limites da territorialidade”²² que podem influenciar sobretudo, nos efeitos das sentenças e suas repercussões legais em outras jurisdições. Pelo feito e, numa prova incontestável de busca por uma legislação uniforme, a União Europeia respaldou-se através de recente publicação vigorando, *in totem*, das suas Diretivas que, dentre outros temas, resguardam a proteção dos dados pessoais de todos os cidadãos europeus, elegendo a Regulamentação 679/2016, vigorando esta, a partir de maio de 2018. Tal norma é a mais relevante sobre o tema em debate, que enseja, dentre outros assuntos, o Direito ao Esquecimento quando diante das substanciais mudanças que alcançam uma sociedade da informação.

O Direito ao Esquecimento é assunto de caráter de repercussão geral, existe, na Corte brasileira, outros julgados que tratam veementemente deste em consonância com os direitos fundamentais. Pelo exposto, veio a Corte, no ano de 2013 um julgamento do Resp. 1.445.240/SP pelo STJ ao qual tinha como objeto a divulgação de material íntimo não legalmente autorizado pela vítima adolescente a época

Tal caso jurídico, enfatiza a premente relevância dos direitos fundamentais compreendidos em seu parâmetro de bem jurídico. Cita a seguir trecho do recurso em comento:

3. Intimidade, na definição da doutrina, diz respeito ao poder concedido à pessoa sobre o conjunto de atividades que formam seu círculo íntimo, pessoal, poder que lhe permite excluir os estranhos de intrometer-se na vida particular e dar-lhe uma publicidade que o interessado não deseja. 4. Devem ser considerados como pertencentes à vida privada da pessoa não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que não haja o interesse da sociedade de que faz parte. 5. (...) 6. (...) a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 7. (...) 8. Para o caso dos autos, na primeira etapa, consideram-se, para fixação do quantum indenizatório, os interesses jurídicos lesados (direito à intimidade, privacidade, ofensa à honra e à imagem das pessoas, direitos da

²² Utilizada por Maldonado (2017).

personalidade de cunho constitucional), assim como o valor estipulado em acordo firmado com um dos réus. 9. Para a segunda fase, de fixação definitiva, consideram-se: a) a ação voluntariamente dirigida a difamar, sem conteúdo informativo ou interesse público; b) o meio utilizado para divulgação das fotografias, a rede mundial de computadores; c) o dano sofrido pela recorrente, de proporções catastróficas na psique de uma adolescente; d) a gravidade do fato; e) a circunstância da vítima ser menor de idade à época dos acontecimentos. 10. Saliente-se que a conduta reprimida é aquilo que se conceituou sexting, forma cada vez mais frequente de violar a privacidade de uma pessoa, que reúne, em si, características de diferentes práticas ofensivas e criminosas. Envolve cyberbullying, por ofender moralmente e difamar as vítimas que têm suas imagens publicadas sem o consentimento e, ainda, estimula a pornografia infantil e a pedofilia em casos envolvendo menores.²³

No que compete especificamente a proteção aos dados pessoais, a legislação brasileira, aprovou no dia 10.07.18, o Projeto de Lei, PLC 53/2018 da Câmara Federal, a chamada Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais.

Cabe salientar que sobre o tema, outras propostas já haviam sido elencadas através de projetos de lei anteriores, a exemplo do PL 4060/2012 e do PL 5276/2016 pertencentes a Câmara Federal quanto o PLS 333/2013 do Senado Federal com a pretensão de tratar sobre o assunto.

Em referência ao atual PLC 53/2018 que na data do dia 14.08.18 foi sancionada com veto pelo atual Presidente da República, ao qual, destas vedações, referiu-se primordialmente a não criação da Agência Reguladora de Proteção Dados, nomeada de “Autoridade de Proteção dos Dados”. Tal órgão governamental, teria como fins, junto ao Conselho Nacional de Proteção dos Dados Pessoais, uma das suas principais atribuições, o oferecimento a uma devida preservação a proteção destes dados e do próprio direito à privacidade.

A relevância de uma criação de uma agência específica para tratar da elaboração de normas sancionadoras que viessem a fomentar e balizar por uma real política pública no Brasil, de proteção ao cidadão brasileiro dos seus dados pessoais, estaria em consonância com o direito internacional de proteção dos dados pessoais. O que cabe menção, a promulgada legislação europeia, datada do dia 25.05.2018 que trouxe em todo o seu arcabouço jurídico, as diretrizes essenciais com as suas recomendações, ao qual objetiva uma adequada proteção dos dados pessoais frente as constantes demandas das sociedades da informação.

²³<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523916700/recurso-especial-resp-1445240-sp-2013-0214154-2/inteiro-teor-523916707>.

A Lei brasileira, em seu pleito, tem como um dos principais objetivos, no que compete a proteção dos dados pessoais, coletar todos os dados e informações pessoais do cidadão e, preponderantemente, ter conhecimento de como esses dados são tratados (processados, transmitidos) pelas redes de computação. Assim, a Lei em comento, tem como fito resguardar os dados pessoais que englobam desde aqueles com fins cadastrais até o endereço, estado civil, telefone e, outras informações em sua natureza pessoais a cada indivíduo.

O que há de mais relevante no dispositivo legal promulgado em data recente no Brasil, é o seu conceito de consentimento que deve resguardar caráter explícito da parte interessada. Assim, tal conceito, que já foi citado, pela União Europeia, através da atual Resolução 679/2016 que, dentre outros direitos, trata de fato, da capacidade de uma autonomia do usuário com o intuito de respeitar o seu direito à privacidade de suas informações.

A Lei nº 13.709/2018, dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965/2014 que é o Marco Civil da Internet, compondo-se de dez capítulos e 65 artigos ao qual trata da forma de tratamento dos dados desde a colheita, o uso, a forma de transmissão dos dados e até o armazenamento destes. É inegável que a Lei brasileira sofreu forte influência da legislação europeia, o “GDPR”, conhecido no Brasil, como Regulação Geral de Proteção dos Dados Pessoais.

Enfim, pelo exposto no decorrer dos temas trabalhados, o que se averigua é que, de fato é um assunto que, por está inserido, os direitos fundamentais e, sobretudo, os direitos à privacidade e a liberdade de expressão, o que se torna inadiável é uma real proteção ao cidadão enquanto indivíduo integralizado nos ditames constitucionais portador da dignidade da pessoa humana.

Ainda, o que cabe inferir, a rigor da doutrina e da jurisprudência é que, sendo os direitos fundamentais o alicerce que vem a respaldar e dar, de certo feito, num liame constitucional, às razões ou fundamentos para que na balança do Direito seja suficientemente ponderado o objeto tratado neste, o Direito ao Esquecimento enquanto um direito de não ser lembrando, enquanto um parâmetro ao próprio direito brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito ao Esquecimento em concomitância ao direito a proteção dos dados pessoais vem sendo tema de debate sobre a necessidade de sopesamento entre os direitos fundamentais no que tange ao direito à informação e aos direitos da personalidade.

A repercussão geral do tema sobre o Direito ao Esquecimento tornou-se, de fato, um debate, não só na real necessidade de balanceamento entre princípios e regras em consonância aos *concrete e factual cases* a exemplos no ARE nº 833.248 RG/RJ como também as legislações que tratam da necessária proteção dos dados pessoais no intuito da proporcional equivalência, aos direitos fundamentais em voga: direitos à informação e direitos à privacidade, resguardados ambos no rol dos direitos fundamentais.

O que de fato existe é que, a partir de uma interpretação hermenêutica constitucional, os direitos fundamentais devem ser vistos num prisma de análise, não somente da concretude do caso, um *hard case*, mas, sobretudo, de que os conflitos entre os direitos fundamentais devem seguir a espreita do juízo de ponderação. Tal linha de raciocínio, advém dos preceitos constitucionais que resguardam tanto os direitos a livre liberdade de expressão quanto ao direito à privacidade.

Ao *'surgir'* o Direito ao Esquecimento, tanto nos Tribunais Superiores brasileiros quanto no Regulamento de Proteção aos Dados Pessoais, na legislação brasileira e internacional, se averigua que, uma resolução dos *"hard case"*, ocorre pelo entendimento de que a questão não se limita a meros tópicos conceituais. Posto que, as fronteiras entre os direitos fundamentais, da informação e da privacidade, mas, que devem prevalecer, sobremaneira as garantias individuais e os necessários da inviolabilidade dos direitos humanos.

O que se averiguar é que no que compete as leis brasileiras estas devem seguir os ditames dos textos constitucionais em sua genealogia ao respeito, sobremaneira, aos direitos fundamentais. Assim, da proteção dos dados pessoais, o que se observa é que não há de maneira fomentada uma legislação suficiente ao resguardo dos direitos a proteção do cidadão dos seus dados. Com ressalva a Lei nº 12.965/14 do Marco Civil da Internet que estabelece regras e princípios compatíveis ao uso da internet no Brasil com fito ao direito de informação.

A legislação brasileira, que trata do tema da proteção dos dados pessoais votou em recente data (29.05.18), a “Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais-PL 4.060/12 cujo os seus conteúdos abordam o tratamento das informações e a forma de colhê-las, principalmente através dos dispositivos eletrônicos. Há projeto similar no Senado Federal-SF, PL 330/14 que guarda tramitação. Outros projetos que advogam tal temática são: PL 5276/16 que se conjugou com PL 4060/12, além dos PL 131/14 (trata do envio de dados do cidadão brasileiros a empresas estrangeiras) e o PL nº 181/14 (que disciplina princípios, garantias, direitos e deveres sobre a manipulação dos dados pessoais).

Por fim, no que cabe a afirmar é que a análise do tema proposto se resguarda num caráter preliminar, mas inadiável nos dispositivos constitucionais e legislativos para a formação de um amplo entendimento sobre a correlação dos direitos fundamentais, tanto na preservação da inviolabilidade da autonomia existencial da pessoa humana quanto ao direito à liberdade de expressão.

O mérito, *in abstracto*, é que, os conflitos e colisões são debatidos e analisados no lugar das Cortes na proteção da lei e da “interpretação conforme à Constituição”, mas, “*levando o direito a sério*” parece caber um “juízo concreto de aplicação” de que os preceitos legais se harmonizam com a análise do caso em sua dimensão jurídica e fática.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 28 Mai. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **dos Direitos do Consumidor.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011. **do Cadastro Positivo.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **de Acesso A Informação Pública.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2.8380.

CASSOL, Luiza de Bairros. **O Direito Ao Esquecimento Na Era Da Sociedade Da Informação: Reflexos Oriundos Do Enunciado 531 Da Vi Jornada De Direito Civil Brasileira.** Dissertação-UFSM, 2015.

CAVALCANTE, André de Carvalho Sales. **Responsabilidade Civil pela Publicação de Biografias não Autorizadas: (In) Aplicabilidade do Dano Moral In Re Ipsa.** Dissertação-UFC, 2018, p. 27-43.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL - CJF. Enunciado nº 274. In: **IV Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 03 de junho de 2018>

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 63-80, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 02 jul 2018.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. L119 Legislação 59.o ano de 4 de maio de 2018. Ed. Portuguesa. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)**. Disponível em: https://www.cnpd.pt/bin/legis/leis_internacional.htm Acesso em 31/05/2018.

MALDONATO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. 1ª ed. São Paulo: Novo Século, 2017.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de dados e Defesa do Consumidor: Linhas Gerais de um Novo Direito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REGO, Giancarlos Coutinho do. **Direito ao Esquecimento: tutela da memória individual na era da informação**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 147, abr 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16578>. Acesso em maio 2018.

SARLET, I.W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 2ª ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL - STF, ADI 4815 DF, Relator Min. Carmem Lúcia, Data do Julgamento: 10/06/2015, Plenário, Data da Publicação: Dje 01/02/2016, p.86. Voto Oral do Min. Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ, Resp 1.168.547/RJ, 4ª T., j. 11.05.2010, v.u., rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 07.02.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____, Resp 306.570/SP, 2ª T., j. 18.10.2001, v.u, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.02.2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____, Resp. 1.445.240/SP, 2013/0214154-2, R1. Min. Luís Felipe Salomão, Data de Julgamento: 10.10.2017, T4 – 4ª T. Dje: 22.11.2017. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523916700/recurso-especial-resp-1445240-sp-2013-0214154-2/inteiro-teor-523916707>>. Acesso em: 10 ago. 2018.