O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

The right to forgetting and the protection of personal data: protection of human rights

Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 132/2022 | p. 245 - 278 | Jul - Ago / 2022
DTR\2022\12231

Daniela Castro Leal
Advogada. danielacastroleal447@gmail.com

Jeniffer Luciano de Souza
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de UniEuro. Pós-graduanda em Direito de Família. Pós-graduanda em Mediação, Conciliação, Arbitragem e Negociação. Pós-graduanda em Direito Privado. Pós-graduanda em Advocacia Feminista e Direito da Mulher. Pós-graduanda em Direito Imobiliário. Membra da Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB/DF. Produtora de Conteúdo Jurídico. Advogada. jeniffer.luciano@hotmail.com

Leonardo Gomes de Aquino
Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito Empresarial. Pós-graduado em Ciências Jurídico-empresariais. Pós-graduado em Ciências jurídico-processuais. Especialização em Docência do Ensino Superior. Professor do Uniceub, do Unieuro, da Escola Superior de Advocacia ESA/DF. Autor na área jurídica, colunista e articulista em diversas revistas nacionais e internacionais. Conferencista. Colaborador na Rádio Justiça. Advogado. leonardogomesdeaquino@gmail.com

Área do Direito: Constitucional
Resumo: Sabe-se que, com a evolução da sociedade e o surgimento da internet, a vida íntima e os dados pessoais de muitos indivíduos vêm sofrendo uma intensa exposição nos meios digitais. Neste sentido, o artigo busca compreender como se constitui a proteção de dados pessoais como mecanismo de proteção dos direitos humanos, tendo em mente o conflito existente entre o princípio da informação e do sigilo, e a aplicação do direito ao esquecimento sob o viés da Lei 13.709/2018 (LGPD). O texto tem como problema de pesquisa: O legislador, ao editar a LGPD, regulamentou o direito ao esquecimento como mecanismo de proteção aos Direitos Humanos? Nesta perspectiva, o estudo deste assunto é de extrema relevância, em virtude da existência de diversos conflitos e discussões que abarcam este tema, tendo em vista a necessidade de análise da regulamentação de proteção da privacidade e dados pessoais na internet. O objetivo geral visa compreender o conflito entre o direito de informação e o direito ao esquecimento das informações divulgadas em redes sociais. Os objetivos específicos foram divididos em quatro pontos: i) analisar os princípios constitucionais sob a perspectiva do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, oportunidade em que trataremos dos princípios, direitos e garantias fundamentais reconhecidos na CF/88, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade; ii) compreender a colisão entre direitos fundamentais e quais as particularidades que envolvem o direito à informação e à privacidade; iii) analisar a proteção de dados pessoais dentro do Regulamento de Dados Pessoais Europeu (GDPR) e a sua contribuição para o direito brasileiro com a finalidade de diferenciar o direito à eliminação de dados e o direito ao esquecimento; iv) estudar o direito ao esquecimento dentro de uma perspectiva histórica, legal e jurisprudencial brasileira. A metodologia utilizada foi o método dedutivo, em face dos diversos questionamentos e interpretações que podem surgir por meio do estudo de casos, jurisprudência, doutrina, artigos científicos e legislação.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento – Direitos fundamentais – Colisão – Ponderação – LGPD
Abstract: It is known that with the evolution of society and the emergence of the internet, the intimate life and personal data of many individuals has been suffering intense exposure in digital media. In this sense, the article seeks to understand how the protection of personal data is constituted as a mechanism for the protection of human rights, bearing in mind the conflict between the principle of information and secrecy, and the application of the right to be forgotten under the bias of Law 13,709/2018 (LGPD). The text has as research problem: Did the legislator, when editing the LGPD, regulate the Right to Oblivion as a mechanism to protect Human Rights? In this perspective, the study of this subject is extremely relevant, due to the existence of several conflicts and discussions that cover this topic, considering the need to analyze the regulations for the protection of privacy and personal data on the internet. The general objective aims to understand the conflict between the right to information and the right to forget information disclosed on social networks. The specific objectives

were divided into four points: i) to analyze the constitutional principles from the perspective of the right to be forgotten in the Brazilian legal system, an opportunity in which we will address the fundamental principles, rights and guarantees recognized in CF/88, especially the principle of Dignity of the Human Person and Personality Rights; ii) understand the collision between fundamental rights and which particularities involve the right to information and privacy; iii) analyze Personal Data Protection within the European Personal Data Regulation (GDPR) and its contribution to Brazilian law in order to differentiate the right to data deletion and the right to oblivion; iv) study the right to be forgotten within a Brazilian historical, legal and jurisprudential perspective. The methodology used was the deductive method, in view of the various questions and interpretations that may arise through case studies, jurisprudence, doctrine, scientific articles and legislation.

Keywords: Right to be forgotten – Fundamental rights – Collision – Weighting – LGPD

Para citar este artigo: Leal, Daniela Castro; Souza, Jeniffer Luciano de; Aquino, Leonardo Gomes de. O direito ao esquecimento e aproteção de dados pessoais: proteção aos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 132. ano 30. p.245-278. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2022. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

1. Introdução - 2. Os direitos fundamentais: uma análise dos princípios constitucionais sob a perspectiva do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro - 3. Colisão entre direitos fundamentais - 4. Controle e proteção de dados pessoais: busca pelo direito ao esquecimento - 5. O direito ao esquecimento - 6. Conclusão - 7. Referências

1. Introdução

Sabe-se que com a evolução da sociedade e o surgimento da internet, a vida íntima e os dados pessoais de muitos indivíduos vêm sofrendo uma intensa exposição nos meios digitais. Neste sentido, o presente projeto de pesquisa procura compreender como se constitui a proteção de dados pessoais como mecanismo de proteção dos direitos humanos, tendo em mente o conflito existente entre o princípio da informação e do sigilo, e a aplicação do direito ao esquecimento sob o viés da Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222) (LGPD).

Sendo assim, apresenta-se a seguinte pergunta norteadora desta pesquisa: O legislador, ao editar a Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222) regulamentou o direito ao Esquecimento como mecanismo de proteção aos Direitos Humanos? O objetivo geral é compreender o conflito entre o direito de informação e o direito ao esquecimento das informações divulgadas em redes sociais.

Isto posto, foram traçados os objetivos específicos, divididos em quatro pontos: i) examinar os princípios constitucionais sob a perspectiva do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, oportunidade em que trataremos dos princípios, direitos e garantias fundamentais reconhecidos na CF/88 (LGL\1988\3), em especial do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos da Personalidade; ii) verificar a colisão entre direitos fundamentais e quais as particularidades que envolvem o direito à informação e à privacidade; iii) analisar a Proteção de Dados Pessoais dentro do Regulamento de Dados Pessoais Europeu (GDPR) e a sua contribuição para o direito brasileiro com a finalidade de diferenciar o direito à eliminação de dados e o direito ao esquecimento; iv) estudar o direito ao esquecimento dentro de uma perspectiva histórica, legal e jurisprudencial brasileira.

Nesta perspectiva, o estudo do direito ao esquecimento é de extrema relevância, em virtude da existência de diversos conflitos e discussões que abarcam esse tema, tendo em vista a necessidade de análise da regulamentação de proteção da privacidade e dados pessoais na internet. Dessa maneira, o estudo justifica-se pela necessidade de análise da regulamentação de proteção da privacidade e dados pessoais na internet, tendo por base a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que versa sob a preservação de informações pessoais nos meios digitais, com o intuito de resguardar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade sem impor óbices ao desenvolvimento da pessoa natural, oportunizando o direito ao esquecimento pela perspectiva da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito.

As hipóteses levantadas no tocante ao problema de pesquisa, observando os objetivos específicos,

são as seguintes: (i) o direito do esquecimento, sendo um direito fundamental, estaria enquadrado como um direito da personalidade; (ii) o direito à privacidade e o direito à informação estão em rota de colisão; (iii) a LGPD regula o direito ao esquecimento; e (iv) o direito ao esquecimento possui um caráter absoluto numa perspectiva histórica, legal e jurisprudencial brasileira.

Logo, considerando o exposto, a metodologia utilizada no presente trabalho, será o método dedutivo, este é um processo de análises de diversas informações sob raciocínio lógico e dedução para obtenção de uma conclusão a respeito de um assunto. Ora, o tema discutido possui regras jurídicas insuficientes em face dos diversos questionamentos e interpretações que podem surgir por meio da análise de casos, jurisprudência, doutrina, artigos científicos e legislação.

À vista disso, as técnicas de pesquisa utilizadas englobam basicamente a pesquisa bibliográfica, que está contida nas referências finais do texto e normas legais, internas e internacionais, na tentativa de buscar um sentido para a mensuração ao direito de ser esquecido. Isto posto, a LGPD não traz proteção expressa ao direito ao esquecimento em seu texto legal. Porquanto, o direito ao esquecimento não possui um caráter absoluto, ou seja, o magistrado, ao analisar um caso concreto deve utilizar o critério da ponderação. Outrossim, na análise da legislação estrangeira em comparação ao direito brasileiro podemos observar que a GDPR prevê que o direito ao esquecimento pode ser utilizado de forma geral, enquanto a LGPD não permite de maneira expressa e específica o reconhecimento do direito ao esquecimento.

Por fim, é importante enfatizar que o trabalho está estruturado em quatro partes: A primeira trata dos direitos fundamentais: uma análise dos princípios constitucionais sob a perspectiva do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. A segunda se preocupa em compreender a colisão entre direitos fundamentais. A terceira observa o controle e a proteção de dados pessoais na busca pelo direito ao esquecimento. A última tem como tema o direito ao esquecimento na perspectiva histórica, legal e jurisprudencial brasileira, como passaremos a ver a partir da leitura do artigo.

2. Os direitos fundamentais: uma análise dos princípios constitucionais sob a perspectiva do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro

2.1. Direitos e garantias fundamentais

Os direitos fundamentais encontram-se positivados na Constituição Federal de 1988, em especial, no artigo 5º, porém, é importante frisar que não se encontram unicamente positivados no referido artigo da carta magna.

A princípio, é preciso pensar no conceito de direitos fundamentais, sendo assim, pode-se dizer que são os direitos humanos reconhecidos formalmente e materialmente no ordenamento jurídico escrito.

Para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais são definidos como: “prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.[1]

Sendo assim, os direitos fundamentais precisam estar formalmente positivados em uma norma. Além disso, precisam também de uma concretização no plano de aplicação, concebendo assim, uma garantia regulada na dignidade da pessoa humana e na igualdade, tratando os indivíduos como iguais e sem distinção.

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos pois possuem uma relação jurídica obrigacional, uma vez que os credores dessa relação são integrantes de uma relação de natureza pessoal.

São direitos subjetivos posto que tem – dentro do seu escopo uma relação jurídica obrigacional, em que os credores seriam os indivíduos que integram aquela determinada sociedade, ou seja, seriam os seres humanos, enquanto que o devedor seria o Estado. O objeto do contrato, seria, portanto, a obrigação de prestar, em outras palavras, uma obrigação de fazer ou não fazer, respeitando, assim, a liberdade de cada pessoa.

Diante do exposto, é preciso também falar um pouco do que são os princípios constitucionais expostos também no artigo 5°, mas não unicamente da Constituição Federal, bem como conceituar algumas das diversas garantias constitucionais, os quais serão vistos de maneira clara e objetiva no tópico seguinte.

2.2. Princípios e direitos constitucionais

Os princípios constitucionais são utilizados para estabelecer as bases políticas, sociais e jurídicas dentro do ordenamento jurídico e são eles que regem a República Federativa do Brasil, bem como as normas constitucionais, cada um com sua característica e forma de aplicação peculiar. Tais princípios são as bases para qualquer ser humano, estão presentes na carta magna e muitos desses são considerados cláusulas pétreas.

Dessa forma, será feito o estudo dos direitos fundamentais, bem como dos princípios constitucionais perante a perspectiva do direito ao esquecimento, dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o direito de personalidade, direito à inviolabilidade da vida íntima, da honra e da imagem das pessoas, direito à privacidade, e, por fim, direito à liberdade de expressão.

2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana encontra respaldo legal na carta magna, mais precisamente no artigo 1º, inciso III, sendo assim, é vista como um fundamento constitucional. Trata-se de um dos princípios mais suplicados por advogados na defesa de seus argumentos e no direito de seus clientes. Para Luís Roberto Barroso:

"[...] a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições".[2]

Já Ingo Sarlet define dignidade da pessoa humana:

"(…) por dignidade da pessoa humana a 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 sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano (…)."[3]

Não há uma definição concreta do que vem a ser o princípio da dignidade da pessoa humana, assim sendo, comporta uma ampla interpretação. Desta forma, pode-se dizer que a ideia de dignidade humana traz muitos valores constitucionais, como o direito de imagem e o direito de inviolabilidade da vida íntima, dentre outros.

Isto posto, cabe mencionar ainda que a dignidade da pessoa humana é baseada no reconhecimento de duas posições jurídicas, sendo assim, como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, como também em relação aos demais seres humanos, bem como um dever fundamental de proporcionar um tratamento igualitário a todos os indivíduos.

2.2.2. Direito de personalidade

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos, portanto extrapatrimoniais, por conseguinte, caracterizam uma relação existencial e garantem o processo de uma vida digna nas relações privadas.

Determinados direitos da personalidade são vistos também como direitos fundamentais. Como exemplo, pode-se citar o direito à imagem. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é o fundamento principal para sua proteção.

O momento em que o indivíduo é dotado de direitos de personalidade é a partir da concepção, sendo assim, é importante frisar que mesmo o natimorto é dotado de direitos da personalidade, visto que, o mesmo obterá a tutela jurisdicional de proteção ao seu nome, imagem e sepultura.

Em relação às pessoas jurídicas por força do artigo 52 do Código Civil (LGL\2002\400), é admitido à aplicação dos direitos de personalidade no que couber às pessoas jurídicas. Esta é uma informação importante, pois possibilita a utilização do direito ao esquecimento tanto em prol da pessoa física

como da jurídica.

O artigo 11 do Código Civil (LGL\2002\400) contempla duas características para marcar os direitos de personalidade, sendo elas: a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade, sendo elas uma espécie de uma característica ainda maior, qual seja, a indisponibilidade.

É importante destacar que os direitos de personalidade não são restritos apenas aos citados nestes textos, sendo assim, serão analisados apenas alguns que serão frutos de uma discussão acerca do direito de esquecimento.

2.2.3. Direito à inviolabilidade da vida íntima, da honra e da imagem das pessoas

Segundo o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Isto posto, para que ocorra a indenização, na conjectura de violação a um desses bens tutelados, conseguirá ser cumulativa, isto é, poderá ser reconhecido o direito à indenização pelo dano material e moral, conjuntamente, se a situação predispor.

Em conformidade com o Superior Tribunal de Justiça, o direito à indenização não depende de prova de prejuízo, basta a publicação sem autorização da imagem de uma pessoa com a finalidade de obter fins econômicos ou comerciais. É o que diz a Súmula 403 do referido Tribunal.

De acordo com o julgado Recurso Extraordinário (RE) 222.795 do Supremo Tribunal Federal, a condenação por dano moral não exige a ocorrência de ofensa à reputação. No entendimento da suprema corte, a simples publicação não autorizada de uma imagem gera o direito à indenização por dano moral, visto que o uso indevido da fotografia, em regra, gera desconforto, aborrecimento ou mesmo um constrangimento ao indivíduo fotografado, sendo assim, tais danos devem ser reparados.

Por fim, ainda de acordo com a suprema corte e sua jurisprudência, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 1.055.941, que trata do sigilo bancário, considerou que, em regra, também é espécie de direito à privacidade, sendo assim, salvo casos excepcionais, são invioláveis.

2.2.4. Direito à liberdade de expressão

Neste item será explorado quatro incisos do artigo 5º da carta magna que estão ligados de modo indireto ou direto ao direito à liberdade de expressão.

O teor do inciso IV do artigo 5º: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Refere-se de uma regra abrangente, sendo assim, não é destinada a alvos exclusivos. Qualquer indivíduo, em regra, pode expressar o que pensa, contanto que não o faça sob o manto do anonimato.

Em atenção ao que diz a liberdade de expressão, a suprema corte baniu a imposição do diploma de jornalismo, bem como o registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão.

A vedação ao anonimato abarca todos os meios de comunicação com o objetivo de possibilitar a responsabilização de quem cause danos a terceiros em virtude da expressão de valores e concepções ofensivas, precipitadas, caluniosas, difamatórias etc. Portanto, a vedação ao anonimato impossibilita, em regra, o recebimento de denúncias anônimas.

Nesta perspectiva, outro inciso que merece atenção para tratar do tema é o inciso V, do artigo 5º da Carta Magna, transcrito a seguir: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

O direito de resposta é norteado pelo fundamento da proporcionalidade, ou seja, a resposta deve ser assegurada no mesmo meio de comunicação em que o agravo foi veiculado, e deve ter a mesma ênfase e o mesmo tempo ou medida. Destaca-se que o direito de resposta não afasta o direito à indenização, tendo em vista que deve ser feito de forma proporcional à ofensa.

Sendo assim, a suprema corte, ao considerar o dispositivo, consolidou entendimento de que o

Tribunal de Contas da União não pode manter em sigilo a autoria de denúncia divulgada a ele contra algum administrador público.

Sinalizando como fundamento os incisos IV, V, X, XXXIII e XXXV do artigo 5º da carta magna, a corte suprema reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "manter ou não o sigilo quanto ao objeto e autoria da denúncia", consignado no § 1º do artigo 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, no ponto que determina a perseverança do sigilo em relação à autoria da denúncia.

Nesta ótica, complementando as normas antes citadas em relação à liberdade de expressão, o inciso IX do artigo 5º demonstra a garantia de vedação à censura preexistente, neste teor: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, cientifica e de comunicação, independente de censura ou licença".

Embora a censura prévia tenha sido abolida, essa não dispõe de caráter absoluto, pois encontra limites em outros valores também protegidos constitucionalmente, principalmente na inviolabilidade da privacidade e da intimidade do indivíduo e na vedação ao racismo.

Com base nesse texto constitucional, a suprema corte julgou inconstitucional a antiga Lei de Imprensa, editada no período da ditadura militar. Para o Supremo Tribunal Federal, os dispositivos da Lei eram incompatíveis com o atual padrão de democracia e liberdade de imprensa exposto de forma clara na Constituição atual, sendo baseada em dois pilares: 1. a informação em plenitude e de máxima qualidade; e 2. transparência ou visibilidade do poder, seja ele político, econômico ou religioso.

Em suma, merece destaque o inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: "é assegurado a todos o acesso a informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Cabe mencionar que o direito fundamental acima citado, qual seja, o direito de acesso à informação, como em todos os outros direitos fundamentais, não é absoluto. Ele concerne basicamente a informações que podem ser de interesse público ou geral, não sendo possível, portanto, imaginar o cabimento pleno quando tratar de assuntos que dizem respeito exclusivamente à vida privada e à intimidade de um determinado indivíduo, as quais possuem proteção legal no artigo 5º, inciso X, do texto constitucional.

A proteção ao sigilo da fonte, expressa na parte final do inciso XIV do artigo 5º, tem como alvo principal o profissional de jornalismo, visto que proporciona que este obtenha informações precisas, portanto, é importante mencionar que sem essa garantia, provavelmente tais informações não seriam reveladas.

3. Colisão entre direitos fundamentais

Este capítulo fragmenta-se em três subtópicos: o primeiro tópico visa abordar as particularidades que envolvem o direito à informação e à privacidade, bem como analisar se existe uma colisão preexistente entre esses direitos. Ademais, o segundo tópico pretende apresentar uma possível solução para a colisão de direitos fundamentais, além de discorrer sobre a aplicação da técnica de ponderação. Por fim, o terceiro tópico denota critérios para a aplicação da ponderação, demonstrando qual princípio deve prevalecer em meio a uma colisão de direitos.

3.1. Direito à informação e à privacidade

Os direitos fundamentais apresentam índole principiológica, em decorrência do seu conteúdo e da sua hierarquia na ordem jurídica. Sendo assim, quando analisamos o embate entre princípios, estamos nos referindo ao atrito existente entre direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 introduziu em seu texto legal inúmeros princípios, os quais podem ser classificados em explícitos ou implícitos. Neste sentido, os princípios explícitos podem ser definidos como aqueles que estão elencados no texto constitucional. Já os princípios implícitos são aqueles que não necessariamente se encontram positivados na Carta Maior, pois foram aclamados pela doutrina.

Nessa lógica, apesar das definições serem completamente adversas, é importante ponderar que

ambas são igualmente válidas e aplicadas de acordo com as normas do direito e da justiça haja vista que os princípios se fundamentam através da Lei Suprema e podem ser extraídos tanto pela esfera doutrinária como por meio legal.

Assim, evidencia-se a impossibilidade de categorizar princípios do mesmo modo que as normas, ou seja, equitativamente por meio da distribuição sistemática da pirâmide de Kelsen, que utiliza a hierarquia entre as leis como base para garantir o controle das normas e impedir os eventuais conflitos que podem surgir entre si. Deste modo, no âmbito jurídico, é aludido que não deve existir hierarquia entre princípios, sendo eles explícitos ou implícitos, dado que cada um possui a sua determinada função. Isto é, contém campos de atuação discrepantes, onde cada princípio detém a sua própria finalidade de proteção, abrangendo aplicações dispares. Diante disso, Matos e Ruzyk afirmam:

"Inexiste, pois, qualquer hierarquia ou juízo de prevalência a priori a respeito de qualquer desses direitos, sendo o papel do legislador assegurar, simultaneamente, seu exercício. Ao intérprete, a seu turno, cabe apreender as possibilidades de conjugação de tais direitos, e, em situações-limite, de colisão, levar a efeito, se e quando efetivamente necessário, sua ponderação."[4]

Destarte, as grandes adversidades que os operadores do direito enfrentam para aclarar o impacto entre direitos fundamentais, sem hierarquiza-los, uma vez que subsistem casos clássicos de direitos que estão sempre em rota de colisão, como exemplo, o direito à informação e à privacidade, ambos dispostos como princípios explícitos e fixados como garantias constitucionais.

O direito à informação está espalhado por inúmeros artigos do texto constitucional, e é instituído como o direito que qualquer indivíduo possui de receber, buscar e divulgar informações. Conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal: "Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

Nesta perspectiva, o direito à informação está estritamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, pois assegura que a população tenha acesso a informações de qualidade, o que por consequência acarreta no desenvolvimento da sociedade tendo em vista que cria obstáculos para não incidência da ignorância na coletividade. Além disso, o direito de informar está correlacionado com a liberdade de imprensa e a comunicação social, disposto no artigo 220 da CF/88 (LGL\1988\3), que preconiza que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição. Por efeito dessa disposição, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.736.803, oriundo do Rio de Janeiro, dispôs da seguinte forma:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. MATÉRIA JORNALÍSTICA. REVISTA DE GRANDE CIRCULAÇÃO. CRIME HISTÓRICO. REPORTAGEM. REPERCURSSÃO NACIONAL. DIREITO À PRIVACIDADE. PENA PERPÉTUA. PROIBIÇÃO. [...] Enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Por não possuir caráter absoluto, encontra limitação no interesse público e nos direitos da personalidade, notadamente, à imagem e à honra das pessoas sobre as quais se notícia (REsp 1.736.803/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas)"

Não obstante, com o advento da internet, as informações passaram a ser divulgadas instantaneamente, adquirindo uma proporção imensurável. Logo, rapidamente nos tornamos a sociedade da informação, onde o acesso a qualquer dado se tornou simples, sendo possível apenas com um click. Nesse caso, nota-se, cada vez mais, uma grande exposição do indivíduo no meio virtual, pois, por um lado a internet é tida como meio de entretenimento social, mas, em contrapartida, pode acarretar graves consequências para a vida privada das pessoas, tornando públicas informações privadas.

Por conseguinte, é fundamental refletir sobre a divulgação indiscriminada e desenfreada de informações no mundo digital. E ainda, quais informações realmente devem ser divulgadas e merecem permanecer no ambiente digital, a julgar por que algumas informações podem conter

caráter de perpetuidade, quando mantidas na internet, já que podem ser acessadas a qualquer tempo e por qualquer pessoa, sem nenhum método de controle. Nesse sentido, o direito ao esquecimento foi concebido com o objetivo de reconhecer a capacidade que uma pessoa dispõe de não permitir que determinados fatos ocorridos em certos momentos da sua vida sejam expostos ao público em geral. Portanto, por ser proveniente do direito à privacidade, pode colidir com o direito à informação, a partir do momento em que o próprio indivíduo não desejar mais a exposição de determinada informação na web.

Isto posto, o direito à privacidade e à intimidade detém previsão no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, dispondo: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Porquanto, esse inciso visa assegurar a proteção de dados pessoais. Conforme ensina Danilo Doneda ao declarar que:

"O aumento de eficiência proporcionado pela utilização de dados pessoais deve ser balanceado com a necessidade de proteger a pessoa, evitando que esta se submeta à devassa de sua privacidade e ao controle por meio do tratamento de seus dados pessoais e permitindo que mantenha intacta sua dignidade, integridade, autonomia e liberdade pessoal".[5]

O direito à privacidade é um direito da personalidade e também está consagrado no artigo 21 do Código Civil (LGL\2002\400): "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma". Desta forma, analisando o teor dessa disposição, é possível deduzir que o direito à privacidade se configura através da discricionariedade que cada indivíduo possui de impedir intromissões de terceiros em sua vida íntima e privada, contendo o poder de evitar a disseminação de dados não autorizados e o condão de controlar a divulgação de informações pessoais.

Ante o mencionado, é essencial dispor que os artigos 20 e 21 do Código Civil (LGL\2002\400) foram objetos da ADI 4.815/DF, proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros. A proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal continha o objetivo de assegurar a publicação de biografias sem a autorização prévia do biografado, além da dispensa do consentimento de coadjuvantes, ou de parentes no caso de pessoa já falecida. Contudo, tal pretensão gerou grande discussão após a maioria dos votos dos ministros assegurar o direito à liberdade de expressão e informação em contraposição a garantia da honra, vida privada e a imagem. A julgar que a dispensa de autorização prévia do biografado poderia provocar a violação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Tendo em mente que o presente entendimento não instituiu limitações à dispensa de autorização, e também não limitou quais informações poderiam ser publicadas sem a anuência do biografado. Em decorrência disso, esses fatos trouxeram um maior enfoque ao direito ao esquecimento, que se consagra como um meio de proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, com os grandes avanços tecnológicos, as relações sociais foram modificadas, provocando o surgimento de novos casos e questões que ainda não haviam sido suscitadas. Em consequência disso, o legislador não se contentou em assegurar o direito à privacidade somente na Constituição Federal e no Código Civil (LGL\2002\400). O ordenamento jurídico brasileiro também estabeleceu tal proteção na Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014 (LGL\2014\3339)), no artigo 3º, incisos II e III, 7º e 8º. Além da previsão na Lei dos Crimes Cibernéticos (Lei 12.737/2012 (LGL\2012\4302)) e a criação da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222)). A partir desses acontecimentos, percebe-se a busca pela tutela do direito à privacidade e a preocupação com a violação da intimidade da vida privada das pessoas.

Assim, os conflitos entre os direitos acima mencionados surgem pelo fato de deterem finalidades opostas, tendo em vista, que o direito à informação constitui o seu embasamento por meio da transparência, em conformidade com a liberdade de expressão. Entretanto, o direito à privacidade guia-se pela lógica do sigilo das informações, ou seja, da proteção à vida íntima do indivíduo e, por consequência, dos seus dados pessoais. Em virtude desse choque entre direitos, Canotilho e Vital Moreira argumentam que:

"A colisão dos direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras: (1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação

de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais)".[6]

Ante o exposto, podemos constatar que para dirimir o impasse entre direitos fundamentais, é necessário analisar as circunstâncias que envolvem cada caso concreto mediante a aplicação da técnica de ponderação, para que, dessa maneira, seja possível avaliar as especificidades da conjuntura do conflito com o objetivo de sobrelevar a aplicação de um princípio em correlato com os interesses do indivíduo e a observância do peso que esse fato irá conter perante a incidência ou não do direito ao esquecimento.

3.2. Resolução para colisão de direitos fundamentais: aplicação da técnica de ponderação

O juízo de ponderação para dissolução de conflitos entre princípios foi usado de forma inaugural em 15 de janeiro de 1958 na Alemanha, sendo desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão mediante sentença que examinava a constitucionalidade da limitação de um direito fundamental. Desde a data da sua criação, vem se tornando cada vez mais reconhecida pela jurisprudência e por renomados doutrinadores, além de ser aplicada em diversos países, como exemplo, no Brasil. A aplicação dessa técnica tem como intuito o desenvolvimento de uma harmonização entre princípios em colisão, levando em consideração as suas opostas extensões sem a necessidade de excluir um ou outro. Seguindo esses ideais, o autor Alexandre de Moraes dispõe:

"Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua."[7]

Em face do que foi elucidado, verifica-se que a técnica de ponderação não tem em regra o desígnio de elidir direitos fundamentais. Mas, em se tratando de situações excepcionais, pode ser que seja indispensável a escolha de qual direito deve prevalecer e o que consequentemente precisará ser excluído, ante a ineficiência da subsunção. Nesse raciocínio, evidencia-se que na ocorrência de colisão entre direitos fundamentais será imprescindível explorar as circunstâncias fáticas de cada caso, para preceder qual princípio deve prevalecer. Com base nessa congruência, surge o seguinte questionamento: como se aplica a técnica jurídica da ponderação? Perante tal indagação, Ana Paula de Barcellos[8] menciona que o procedimento da ponderação é um processo que se constitui em três etapas sucessivas. A primeira etapa consiste, sobretudo, na identificação dos enunciados normativos em tensão. Em outras palavras, reside na identificação dos elementos e argumentos que fundamentam a colisão entre princípios, para que possam ser demonstradas as vantagens e a desvantagens de sua exclusão. Assim, após identificar os dispositivos que estão em conflito, é essencial apurar se para tal caso já foram esgotadas as vias tradicionais de soluções de antinomias jurídicas, haja vista que só será admissível prosseguir com a técnica de ponderação caso as vias tradicionais não disponham de capacidade para solucionar o conflito. Já a segunda etapa visa detectar os pontos realmente relevantes, pois após salientar as questões pertinentes, será viável examinar a importância dos enunciados normativos, atribuindo-lhe um peso maior ou menor, em observância ao seu nível de relevo social, definido pelo senso comum e pela experiência social. Conforme disposição de Ana Paula Barcellos:

"Assim, em um confronto entre duas soluções – publicar ou não matéria jornalística sobre a rede de amigos de um deputado federal –, o fato de se tratar de matéria envolvendo um deputado federal atribuiria maior peso, nesse caso, ao grupo de enunciados normativos que sugere a publicação da matéria".[9]

Por fim, depois de superadas as etapas anteriores da técnica de ponderação, a terceira etapa se destina ao emprego da decisão, analisando os diversos tipos de normas, valores e repercussões, com o propósito de atribuir pesos a cada um dos direitos que estão em rota de colisão, pois a partir dessa averiguação será possível solucionar o impasse entre esses direitos, seja mediante a aplicação da conciliação, ou a indicação de qual direito deverá preponderar através das análises fáticas de cada caso em concreto, sem declarar a invalidade daquele que por algum motivo for afastado. Desta maneira, Ana Paula Barcellos explica:

"As questões que são colocadas nesta fase são várias. Que peso deve ser atribuído a cada elemento normativo? Por que uns receberão um peso maior que outros? Por qual razão uma solução indicada por determinados elementos normativos deve prevalecer sobre outra? A técnica da ponderação não oferece respostas definitivas para essas perguntas. Em si mesmas, a ponderação é apenas uma técnica instrumental, vazia de conteúdo. É bem de ver que essa limitação não retira o valor de aprimorar-se a técnica da ponderação propriamente dita. A organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam deste processo e, por isso mesmo, permite o controle da decisão em melhores condições. "[10]

Sendo assim, compreende-se que ao aplicar essa técnica o magistrado deve se guiar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, utilizando uma interpretação consciente e disciplinada na solução da colisão, sem violar a segurança jurídica, uma vez que, quando tratamos do instituto do direito ao esquecimento, muitos indivíduos são acometidos pelo receio de uma interpretação sem precedentes. Levando em conta que não existem parâmetros predefinidos para estabelecer em quais casos deve haver o reconhecimento ou não do direito de ser esquecido. Desse modo, é preciso compreender que a aplicação do direito ao esquecimento não tenciona que em todos os casos o indivíduo tenha determinada informação apagada no ambiente virtual, acometendo a memória da sociedade e acarretando a supressão de fatos históricos mas, tão somente, possua o direito de apagar informações irrelevantes e desatualizadas, que não contenham um conteúdo contributivo ao interesse público e que servem apenas para gerar mexericos, causando desconforto e sofrimento para quem busca esse reconhecimento.

3.3. Critérios para aplicação da ponderação: qual princípio deve prevalecer?

A partir do que foi elucidado, para que seja plausível definir se o princípio da informação deve preponderar sob o princípio da privacidade ou vice e versa, devemos ter em mente os critérios que o juiz deve exercer para obter êxito na ponderação entre direitos. Neste contexto, o juiz deverá elaborar uma fundamentação ordenada pela imparcialidade, avaliando as informações que foram trazidas pelas partes para decidir qual direito irá atender da melhor forma a justiça. Assim, é imprescindível que o magistrado fundamente de forma clara e coerente, porque deve prevalecer um direito sobre o outro em sua decisão. Além do mais, é importante que a decisão seja adequada ao caso, pois os efeitos da ponderação de um princípio não podem trazer prejuízos maiores em virtude da sua desconsideração, mas sim vantagens, em razão da prevalência de um direito.

Com tal característica, adota-se o uso do princípio da proporcionalidade para assegurar a concreta efetividade dos direitos fundamentais, assentado em três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por conseguinte, a adequação consistiria na utilização de medidas coerentes para atingir a finalidade da técnica. Já a necessidade compreenderia a fixação de uma decisão que não resultasse em prejuízos para as partes envolvidas. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito abarcaria as vantagens e as desvantagens que tal parâmetro poderia provocar. Por esse ângulo, Marmelstein sustenta:

"O princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitam direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito".[11]

Isto posto, evidencia-se a inviabilidade de fixar preliminarmente qual princípio sempre deverá prevalecer em prol de outro, visto que podem existir casos que, em virtude de algumas circunstâncias e exceções, não se enquadrem nestes parâmetros preestabelecidos. Logo, percebe-se que está em poder do magistrado velar por uma valoração adequada, necessária e proporcionalmente estrita, para interpretar em quais situações é cabível reconhecer o direito ao esquecimento.

4. Controle e proteção de dados pessoais: busca pelo direito ao esquecimento

Na era da informação, informações são publicadas e divulgadas a todo o momento. O surgimento da internet e das mídias sociais facilitaram de forma avassaladora o acesso e a propagação de qualquer tipo de conteúdo no ambiente virtual. Nesse sentido, muitas vezes informações são compartilhadas

sem uma análise prévia ou averiguação de sua veracidade, podendo trazer grandes prejuízos à vida privada. Diante disso, com o avanço da tecnologia, o direito ao esquecimento ganhou notória relevância social em virtude de consagrar a possibilidade de indivíduos exercerem o controle sobre informações divulgadas a seu respeito. Por esse ângulo, para uma melhor compreensão do tratamento de dados pessoais, este capítulo será dividido em tópicos e subtópicos.

4.1. Regulamento de Dados Pessoais Europeu (GPDR)

O Regulamento Geral de Proteção dos Dados Pessoais – GDPR surgiu com o intuito de unificar a proteção de dados pessoais na União Europeia. Assim, os fundamentos que abarcam a sua criação, englobam a capacidade de a legislação superar questões relacionadas à economia digital e as dificuldades causadas pela tecnologia, além de introduzir uma comunicação isonômica entre diferentes países da UE.

A proteção de dados na União Europeia compreende os direitos fundamentais e estabelece princípios e garantias que asseguram a sua aplicação. A nova legislação trouxe uma interpretação inovadora em relação aos dados pessoais, concedendo uma relevância ao consentimento do titular para o uso de dados pessoais. Desta maneira, a GPDR explana a necessidade de uma anuência clara e transparente mediante o uso de uma linguagem simplificada. Além disso, a Lei também disciplina que o indivíduo que autorizou a divulgação dos seus dados possui a discricionariedade de revogá-la a qualquer tempo.

Outrossim, a Lei estabeleceu em seu artigo 17, o denominado “direito ao esquecimento”, que foi fundamento de diversas discussões. O mencionado artigo previa a remoção de informações que não fossem mais relevantes ao interesse público ou que contivessem a sua autorização revogada pelo seu titular. Assim, com o objetivo de assegurar a sua aplicação, a UE instituiu alguns parâmetros para garantir o interesse legítimo do titular, utilizando-se do auxílio da GDPR, jurisprudência e outros órgãos que são voltados para a proteção de dados.

Ante o exposto, é possível constatar que a GDPR consagrou óticas visionárias a respeito do tratamento de dados pessoais. Fato pelo qual o seu âmbito de aplicação se tornou extraterritorial, transformando não só a legislação europeia, mas sim, o panorama da proteção de dados em todo o mundo. Nesse seguimento, é importante explanar que o GDPR inspirou a criação da LGPD no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, embora a nossa legislação seja baseada no modelo europeu, distancia-se da sua normativa abrangente, pois, ainda se encontra omissa em relação a alguns institutos.

4.2. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (LGPD)

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222)), sancionada em 14 de agosto de 2018, foi criada com égide no modelo de Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu ou General Data Protection Regulation, dando início a um novo regime de proteção de dados pessoais no Brasil. Embora o tratamento de dados pessoais já estivesse sendo disciplinado por leis e decretos individuais esparsos, os mesmos constituíam-se como óbices à organização de um sistema de proteção de dados efetivo. Nessa conjuntiva, a Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222) detinha previsão para entrar em vigor em agosto de 2020, porém, em atenção à pandemia da Covid-19 que marcou o ano de 2020, foi adiada para entrar em vigor em janeiro de 2021. Assim, quando tratarmos de casos de divulgação de dados pretéritos a lei, tais casos deverão ser conduzidos em conformidade com a lei que vigorava na época. Já em relação aos casos que surgirem após a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, deverão ser regulados pela mesma, respeitado o prazo de vacatio legis que é de 18 meses, detendo efeitos ex-nunc.

4.2.1. Conceitos principais

Para um melhor entendimento da perspectiva da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, é necessário compreender e assimilar os conceitos principais que abarcam o tratamento de dados, como veremos a seguir:

A Lei, em seu artigo 5º, inciso I, conceitua dado pessoal como sendo a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Em outras palavras, a Lei exprime que existindo a possibilidade de identificação do indivíduo, este será envolto pelos benefícios consagrados na lei. Assim, um indivíduo identificável seria aquele que poderia ser identificado por meio de algumas

informações.

No inciso II, a Lei traz em seu texto a expressão dados sensíveis, que se refere a dados ligados à etnia racial, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização religiosa, filosófica ou política, dados referentes à saúde, vida sexual, dado genético ou biométrico. Desta forma, por serem dados muitas vezes predispostos a ensejar uma discriminação social, possuem um tratamento mais rigoroso pelo legislador. Com base nisso, Danilo Doneda enfatiza que:

"[...] O regime adotado em relação aos dados sensíveis varia de acordo com as concepções a este respeito em cada ordenamento jurídico. Em verdade, é necessário ter em conta que a diferenciação conceitual dos dados sensíveis atende uma necessidade de estabelecer uma área na qual a probabilidade de utilização discriminatória da informação é potencialmente maior – sem deixarmos de reconhecer que há situações nas quais a discriminação pode advir sem que sejam utilizados dados sensíveis, ou então que a utilização desses dados se preste a fins legítimos e lícitos".[12]

A definição de dados anonimizados está estabelecida nos incisos III e XI, que expressam que tal dado estaria relacionado ao titular não identificável, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento. Sendo assim, compreende-se que seria nada mais do que a perda da possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo.

Isto posto, é indispensável trazer a acepção do processamento ou tratamento de dados. Uma vez que a Lei expressa que o tratamento alude toda operação realizada com dados pessoais, quais sejam: a coleta, o registro, a organização, a estruturação, o armazenamento, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a transmissão, a reprodução e o armazenamento. Diante disso, podemos designar esse conceito como abrangente, haja vista que a sua definição é abstrata.

Porquanto, nota-se, que para efeitos legais, é fundamental compreender os conceitos dispostos na Lei. A julgar que pessoas físicas e jurídicas devem observar as definições contidas na legislação para uma melhor interpretação e manuseio de dados, haja vista que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais visa a tutela de dados pessoais, buscando impedir o vazamento de informações de cunho íntimo.

4.2.2. Fundamentos e princípios

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em conformidade com o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, traz em seus fundamentos um baluarte aos direitos da personalidade, mais precisamente ao direito à privacidade, à liberdade de expressão, de informação, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, à autodeterminação informativa, e ao livre desenvolvimento da personalidade, estabelecidos no artigo 2º da LGPD, nos seguintes termos:

"Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I – o respeito à privacidade;

II – a autodeterminação informativa;

III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais."

Doravante, evidencia-se que o intento principal da Lei é resguardar os direitos fundamentais e a proteção de dados pessoais através do estabelecimento de regras para o controle de dados pessoais. Considerando que os fundamentos se pautam com fulcro nos princípios que regem a proteção de dados, buscando promover a tutela dos direitos de personalidade. Por esse artifício, é imprescindível abarcar os princípios que estão estabelecidos no artigo 6º da LGPD, quais sejam:

"Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas."

O princípio da finalidade preceitua que a finalidade no tratamento de dados seja informada. Ou seja, exige a anuência do indivíduo no fornecimento dos seus dados, para que a partir dessa lógica, seja possível analisar se o tratamento de dados está de acordo com a finalidade previamente instituída, a boa-fé e o interesse público.

O princípio anterior possui correlação com dois outros princípios positivados na LGPD, sendo os princípios da adequação e da necessidade. Desta forma, o princípio da adequação exige que exista uma compatibilidade de tratamento de dados em acessão as finalidades informadas, com o intuito de não gerar a ilegitimidade do tratamento realizado. Por sua vez, o princípio da necessidade estipula que os dados coletados sejam limitados ao necessário para cumprimento da finalidade informada. Nesta senda, é significativo dizer que os princípios da finalidade, adequação e necessidade, são basilares, ou seja, direcionam a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados.

A Lei também traz em seu texto legal, o princípio do livre acesso, que oferece aos titulares de dados informações de seu interesse. Dessa forma, esse princípio constrói a regulamentação de dados, por meio da possibilidade de requisição de informações pessoais.

Já o princípio da qualidade de dados intenciona que os dados sejam claros, atualizados e objetivos. Pois volta-se a impedir a propagação de informações desatualizadas, buscando assegurar a correção de informações ludibriosas.

O princípio da transparência exprime que o titular de dados pessoais, mediante requisição, detenha o direito de ser informado de forma clara e transparente.

Os princípios da segurança, da prevenção e da responsabilidade, ou prestação de contas, são coexistentes, haja vista que o princípio da segurança tem a finalidade de manter o banco de dados

em segurança, em outros termos, evita ilicitudes no tratamento de dados, ao passo que o princípio da prevenção e da responsabilidade ou prestação de contas, baseiam-se em evitar danos aos titulares, em decorrência do tratamento de dados inapropriados. Sendo assim, delibera que o controlador ou operador de dados revele medidas inteligentes que corroborem a real eficiência e eficácia da LGPD.

Por fim, o princípio da não discriminação detém o zelo de identificar informações que podem de alguma forma induzir à discriminação do titular de dados haja vista que a discriminação pode desenvolver-se em relação a etnia, orientação sexual, política, aparência e etc.

Portanto, através da compreensão dos princípios apresentados, percebe-se que a Lei Geral de Proteção de Dados deteve o papel de consolidar em apenas uma legislação, a proteção que antes era exercida por meio de leis esparsas, trazendo um sentido de organização para o tratamento de dados. Neste seguimento, o professor Anderson Schreiber dispõe que:

"[...] a principiologia da Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222) revela-se mais equilibrada, apresentando, em posição de igualdade, os múltiplos interesses constitucionalmente relevantes, de caráter individual e transindividual, que atuam na esfera da proteção de dados: (a) o respeito à privacidade; (b) a autodeterminação informativa; (c) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; (d) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; (e) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; (f) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e (g) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º). Reforça-se, com isso, a constante necessidade de ponderação entre esses interesses, aspecto que, conforme já se ressaltou, assume relevância central no processo de interpretação do direito ao esquecimento."[13]

Nesse assente, externa-se que o propósito da LGPD é estabelecer uma proteção aos direitos fundamentais, relacionados à vida privada, que com a origem da internet e o grande tráfego de informações, necessita ser preservado. Por essa ótica, na ocorrência de colisão de interesses, será aplicada a técnica de ponderação, com a finalidade de sopesar direitos, conforme suscitado preteritamente.

Todavia, apesar do direito ao esquecimento ser um desdobramento do direito à privacidade, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não parece fazer referência ao direito ao esquecimento. Basta ver que em seu texto legal há apenas a possibilidade da eliminação de dados pessoais, o que não é propriamente um sinônimo do direito ao esquecimento e se distancia do seu raciocínio, conforme veremos adiante.

4.3. Direito à eliminação de dados em contraste ao direito ao esquecimento

Consoante destacado no tópico 3.1, o GDPR estabelece em seu artigo 17, o direito ao apagamento de dados, qual seja, o direito de ser esquecido. Esta norma infere ao titular de dados a possibilidade de alcançar o apagamento de dados pessoais desatualizados ou que não se destinam a nenhuma função social, e ainda na hipótese de revogação do seu consentimento. Observa-se, assim, que as hipóteses de eliminação de dados instituídas no regulamento europeu não se referem apenas a exclusão de dados, em razão de tais informações serem sinônimos de dor e sofrimento ao titular de dados, mas sim, a uma dinâmica mais abrangente da proteção de dados.

Neste seguimento, é necessário compreender que o direito ao esquecimento retém natureza de direito material ou substancial, tendo em vista que alude sobre os bens da vida, ou seja, os bens jurídicos tutelados por uma pessoa, como exemplo, os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, quais sejam: o direito à informação e o direito à privacidade. Assim, o direito à eliminação de dados contém natureza processual, uma vez que institui o processo como meio de proteção do direito material.

Destarte, devemos então suscitar a seguinte problemática norteadora deste artigo: o legislador, ao editar a Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222) regulamentou o Direito ao Esquecimento como mecanismo de proteção aos Direitos Humanos? Deste modo, para responder tal questionamento, destaca-se o entendimento do Professor Anderson Schreiber, que suscita:

"A lei brasileira – tal qual o regulamento europeu, em que pese a nomenclatura empregada neste último – não trata, a rigor do direito ao esquecimento, entendido, repita-se, como o direito do

indivíduo de se opor à recordação pública e opressiva de fatos que já não mais refletem sua identidade pessoal. O que nossa lei e o regulamento europeu contemplam é o direito à eliminação de dados, que, embora também inspirado na proteção da dignidade da pessoa humana, distancia-se do direito ao esquecimento, quer no tocante ao seu conteúdo, quer no que se refere aos seus fins mais imediatos. Isso não impede, contudo, que o intérprete valore o silêncio do legislador brasileiro sobre a matéria."[14]

Diante do exposto, compreende-se que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ao introduzir em seu artigo 18 a possibilidade de eliminar dados, não se referiu ao direito ao esquecimento. Uma vez que o direito à eliminação permite apenas que um indivíduo apague dados pessoais, ou seja, admite meramente que titulares de dados realizem o controle das suas próprias informações. Diferentemente do direito ao esquecimento, que pode ser visto como o direito de um indivíduo não ser obrigado a recordar sobre determinados acontecimentos da sua vida, que lhe possam causar constrangimento, sofrimento ou dor. Dessa forma, é possível concluir que o direito à eliminação de dados não é consentâneo ao direito de ser esquecido.

Portanto, em virtude da falta de um diploma legal que regulamente o direito ao esquecimento, a doutrina tem se dividido entre dois entendimentos. Desta forma, existem aqueles que dispõem que em razão da omissão do legislador sobre esse instituto, inexiste a possibilidade do reconhecimento de tal direito. No entanto, alguns doutrinadores entendem que a Lei Geral de Proteção de Dados, tende ao reconhecimento do direito ao esquecimento, pelo fato da sua semelhança a GDPR, ficando então a critério do intérprete a valoração do silêncio do legislador.

5. O direito ao esquecimento

5.1. Evolução histórica do direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento não é algo recente no mundo: há anos já é assunto discutido nos Estados Unidos, bem como na Europa. Um exemplo curioso é uma importante decisão de 1983, julgada em Paris, conforme cita François Ost, em que o direito foi garantido nos seguintes termos:

"(...) qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimento público pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente ser beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagam sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela".[15]

Contudo, é importante frisar que esta não é a única decisão, existindo diversas outras. O fato mais conhecido é o intitulado como "caso de Lebach" (Soldalenmord Von Lebach), sentenciado pelo Tribunal Constitucional Alemão. É o breve resumo dos fatos: quatro soldados alemães foram assassinados em uma cidade na Alemanha conhecida como Lebach. Isso ocorreu em 1969. Ao final, três réus foram condenados, sendo que: dois foram punidos com prisão perpétua e o terceiro a seis anos de reclusão. Ocorre que, esse último cumpriu sua pena, porém, dias antes de sair da carceragem ficou sabendo que um programa de televisão exibiria fatos sobre o crime, ocasião em que seriam reveladas fotos dos culpados e uma insinuação de que estes eram homossexuais.

Ante o exposto, o terceiro réu ajuizou uma ação inibitória com a intenção de obstar a apresentação do programa. Tal situação chegou ao Tribunal Constitucional, o qual julgou que a proteção dos direitos de personalidade não permitiria que a mídia explorasse, por tempo indeterminado, da vida íntima ou mesmo do crime cometido pela pessoa do criminoso. Sendo assim, prevaleceu, neste caso concreto, o princípio da proteção da personalidade, visto que não haveria relevância na notícia daquele caso, uma vez que a situação já havia sido julgada e solucionada há um tempo. Além do mais, tais informações causariam, ao réu, prejuízos irreparáveis, posto que o mesmo já havia cumprido sua pena, e além do mais, necessitava de condições para ressocialização, o qual seria difícil com uma nova exibição dos fatos. Deste modo, o programa de televisão foi proibido de repassar o documentário do caso.

É importante frisar que para alguns doutrinadores, o caso Lebach não pode ser usado como exemplo de utilização do direito ao esquecimento, visto que houve na Alemanha alguns julgados autorizando a exibição do documentário, contudo, para uma parcela majoritária da doutrina brasileira o fato

sempre será um caso de direito ao esquecimento.

Ante o exposto, é importante também conceituar o direito ao esquecimento, porém, antes de tudo é interessante dizer que, conforme mencionado anteriormente, esses não são os únicos casos de aplicação do direito ao esquecimento no mundo.

5.2. Conceito

O direito ao esquecimento constitui-se no propósito de certa pessoa ter o direito de que determinado acontecimento, situação ocorrida em sua vida ou mesmo uma data específica, não tenha exposição aos outros ao longo do tempo. Em outras palavras, seria o direito de ser deixado em paz ou de não ser lembrando contra sua escolha.

Para Márcio André: "O direito ao esquecimento é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos."[16]

Para Sarlet, o direito ao esquecimento é um típico direito fundamental implícito na Constituição Federal, que possui fundamentação em outras normas, como exemplo, a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, em especial, equilibrar ou mesmo regular publicação de algumas informações que são de caráter pessoal do ser humano. Vejamos:

"A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento diz com a pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social".[17]

O direito ao esquecimento, também é conhecido como "o direito de ser deixado em paz" ou o "direito de estar sozinho" nos Estados Unidos, é entendido como the right to be let alone e, na Europa, ou melhor dizendo, em nações em que predominam o espanhol, é chamado de derecho al olvido.

5.3. Aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, o direito ao esquecimento é fruto do direito à vida íntima, à honra, bem como à vida privada, ou seja, a privacidade, sendo tais direitos assegurados na Constituição Federal. Uma parcela de doutrinadores acredita que o direito ao esquecimento é consequência da dignidade da pessoa humana.

É importante frisar que, no Brasil, o direito ao esquecimento recebeu impulso com a recente citação do tema na VI jornada de Direito Civil propiciada pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal, o qual promoveu a aprovação do Enunciado 531. O qual aduz que:

"Enunciado 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil (LGL\2002\400) Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados."

Não obstante, sabe-se que os enunciados da Justiça Federal não possuem força normativa, portanto, funcionam apenas como fonte confiável de interpretação para a jurisprudência e doutrina brasileira, possuindo, neste quadro, elevadíssima importância, uma vez que declara que todas as pessoas possuem o direito de serem deixadas para trás, ou seja, serem esquecidas.

No âmbito penal, em 1994, Sidnei Agostinho Beneti, começou a mencionar sobre o direito ao esquecimento em detrimento de delitos praticados em corolário da prescrição. Em 2002, Têmis Limberger, intercedeu para a aplicação do direito ao esquecimento em detrimento de dado bancários, observando que os dados de um determinado cliente não devem ser utilizados para

sempre por determinada instituição bancária, em outras palavras, existe um prazo limite para a sua guarda. Segundo Rodrigues Júnior:

"(...) em 2004, Carlos Affonso Pereira de Souza, em menção à Lei de Imprensa, declarada não recepcionada pela CF/88 (LGL\1988\3) pelo STF, apontou o dever do jornalista de atentar-se para o direito ao esquecimento quando da cobertura de um fato imputado como criminoso, a fim de garantir ao apenado uma ressocialização mais adequada após o cumprimento da pena."[18]

No que concerne aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, o direito ao esquecimento, foi debatido em 2013, sob análise do Recurso Especial – Resp 1.335.153/RJ, fato ocorrido com Aida Curi, bem como o Resp 1.334.097/RJ, relacionado ao caso da Chacina de Candelária, ambos os Recursos possuíram por relator o Ministro Luis Felipe Salomão.

No caso Aida Curi, ela foi brutalmente assassinada por dois homens, que após estuprá-la, lançaram-na de forma cruel do último andar de um prédio situado em Copacabana, Rio de Janeiro, na noite do dia 14 de julho, do ano de 1958. Ocorre que, cinquenta anos após o crime, um programa denominado "Linha Direta-Justiça", da emissora Globo, fez uma reportagem sobre o caso. Descontentes, os irmãos da vítima ajuizaram uma ação de reparação por danos morais, materiais e à imagem contra a emissora de televisão. O argumento foi o de que a reportagem, na época, desencadeou a reabertura de várias feridas e que a exibição do crime foi ilícita, uma vez que além do pedido para que não colocassem ao ar o programa, a globo beneficiou-se do enriquecimento ilícito, pois obteve lucros com a exibição daquele programa.

O magistrado de primeira instância julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, sendo assim, foi interposto recurso de apelação, o qual o Tribunal manteve a sentença. Por derradeiro, propuseram recurso especial e recurso extraordinário, sendo que o último só foi admitido em face de interposição de agravo em recurso especial sob o número 15.007/RJ.

Nesta mesma época, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito ao esquecimento, afirmando que o mesmo nada mais é do que não expor alguém a lembranças de acontecimentos passados que provocam feridas. Porém, no caso em tela, julgaram impossível apresentar programa sem mencionar o caso de Aida. Sendo assim, não havia caracterizada abusividade da mídia.

Contudo, no caso conhecido como a Chacina da Candelária, fato acontecido em julho de 1993, no Estado do Rio de Janeiro, cerca de mais de 40 adolescentes e crianças dormiam ao redor da igreja Candelária quando homens, que posteriormente foram reconhecidos como policiais, atiraram ocasionando a morte de oito pessoas que, na época tinham entre 11 a 19 anos de idade. O julgamento daquele crime ocasionou na condenação de três policiais, bem como na absolvição de dois.

Em 2006, no mês de julho, foi ao ar o programa "Linha Direta-Justiça", ocasionando o reconhecimento de Jurandir Gomes de França como um dos réus absolvidos. Oportunidade em que Jurandir ajuizou ação de reparação por danos morais em face do programa, requerendo, portanto, a quantia de 300 salários mínimos. Naquele momento informou que a ré o havia procurado para que fornecesse uma entrevista sobre o caso, mas que além de recusar, pediu para que não expusessem sua imagem. Ainda de acordo com o autor, o programa trouxe para a população a ideia de que ele era um chacinador, situação em que a comunidade levantou um sentimento de ódio, gerando assim, muitas complicações: o autor foi forçado a mudar de casa para manter-se a salvo, além da proteção para sua família. Além do mais, segundo Jurandir, teria sido infringido seu direito à paz, à privacidade e ao anonimato.

O magistrado, em sede de primeiro grau de jurisdição, julgou improcedente os pedidos da inicial. Em sede de recurso de apelação, o Tribunal reformou a sentença reconhecendo, portanto, o direito ao esquecimento do autor, condenando, portanto, a ré ao pagamento de indenização. Já no Superior Tribunal de Justiça, a quarta turma decidiu pela condenação de 50 mil reais, portanto, manteve a decisão. De acordo com Silvestre e Benevides:

"(...) Apesar de aparentemente se tratar de matéria de cunho eminentemente civilista, foi no Direito Penal em que o direito ao esquecimento encontrou terreno fértil para se desenvolver. É o caso em que um apenado, ao cumprir a pena a ele imposta, adquire o direito a ver desvinculado a sua pessoa da memória do crime, a fim de auferir uma efetiva ressocialização."[19]

Neste sentido, o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal dispõe sobre a vedação das penas de caráter perpétuo.

Outro caso emblemático acerca do tema direito ao esquecimento foi o fato ocorrido com a apresentadora Xuxa Meneghel contra a Google Seach. O conflito de interesses foi basicamente o seguinte: Xuxa propôs uma ação em desfavor da empresa Google Brasil Internet Ltda., com o objetivo que fosse abolido do site Google Search todo e qualquer resultado de busca relacionado ao termo “Xuxa pedófila”, assim como qualquer expressão que obtivesse vinculo com o nome da mesma ou a essa prática criminosa, ou seja, de fato ocorrido por crime de pedofilia.

A ação se fundou pelo fato de que Xuxa atuou como atriz em um filme por título “Amor, Estranho Amor”, no ano de 1982, sendo que atuou em uma cena de sexo com um garoto menor de idade. Ocorre que, como é sabido, anos depois do lançamento desse filme, a apresentadora Xuxa ficou conhecida pelo Brasil, passando inclusive a apresentar programas de cunho infantil na televisão. Isto posto, por anos ela tentou de toda forma retirar a circulação desse filme, uma vez que seu público alvo agora eram as crianças, tal informação é tão verdade que ela é conhecida como a rainha dos baixinhos.

Contudo, com a popularização do uso da internet, impedir ou proibir a circulação ou divulgação de informações acabou sendo impossível. Então, o nome de Xuxa passou a ser diversas vezes mencionado como pedófila, sendo totalmente contrário ao que sua figura pública de rainha dos baixinhos. Em primeiro grau de jurisdição, o magistrado acolheu o pedido de tutela antecipada, impossibilitando ao Google de exibir todo e qualquer resultado em relação as palavras “Xuxa”, “Xuxa Meneghel” “Pedófila/ pedofilia”, bem como resultados semelhantes a isso.

O processo passou por diversos recursos, o TJ/RJ, por decidir pelo provimento parcial, por fim, a questão foi solucionada em sede de Recurso Especial, cujo número foi 1.316.921- RJ, cujo julgado ocorreu no Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. O recurso foi julgado pela Terceira Turma do Tribunal, decidiram por unanimidade, todos os ministros acompanharam a relatora, dando provimento ao recurso em favor da ré, no caso, o Google. Acordaram, portanto, que os serviços de internet são submissos às normas impostas pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, tal situação é relação de consumo e utilizam de características constitutivas do negócio jurídico.

Salientaram ainda que a prestação de serviços gratuitos por parte do provedor de busca não deturpa a relação de consumo, devendo, portanto, ser concedida interpretação ampla ao sentido “mediante remuneração” atrelado no § 2º, do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo assim, há um ganho mesmo que indireto e este deve ser integrado. Neste seguimento, cumpre destacar o fato de que o Google proporciona espaço de vendas publicitárias e de preferências realizados por seus usuários.

Isto posto, cabe a análise do teor da decisão do Recurso Especial 1.316.921, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, conforme mencionado anteriormente.

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ORKUT. REMOÇÃO DE CONTEÚDO REPUTADO OFENSIVO. POSSIBILIDADE. MONITORAMENTO PRÉVIO DE PUBLICAÇÕES NA REDE SOCIAL. FORNECIMENTO DE DADOS PESSOAIS. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PRESENÇA. ASTREINTES. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. AFASTAMENTO.- Ação ajuizada em 12.09.2008. Recurso especial interposto em 06.03.2012 e distribuído a este gabinete em 26.08.2016.- Não subsiste a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/1973 (LGL\1973\5), pois o tribunal de origem enfrentou as questões postas, não havendo no aresto recorrido omissão, contradição ou obscuridade.- Esta Corte fixou entendimento de que “(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso”. Precedentes.- Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que

corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.- Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento segundo o qual não constitui julgamento extra petita a decisão do Tribunal de origem que aprecia o pleito inicial interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo.- Na hipótese, contudo, há julgamento extra petita se a autora requer a remoção e guarda de conteúdo on-line por seis meses e o Juízo obriga a recorrente a manter um "monitoramento prévio", pelo mesmo período, de determinado usuário de aplicação de internet. Há violação ao art. 461 do CPC/73 (LGL\1973\5) a imposição de multa cominatória para obrigação de fazer que se afigura impossível de ser cumprida, o que enseja o afastamento das astreintes. – Recurso especial conhecido e provido."

É importante mencionar também o avanço tecnológico e a popularização da internet para a população mundial. Sendo assim, facilita o compartilhamento de dados, consequentemente dados ofensivos podem ser rapidamente reproduzidos.

Diante disso, é importante frisar que estes não foram os únicos casos julgados no Brasil relacionado ao tema direito ao esquecimento, talvez, sejam os mais emblemáticos. O tema é objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.010.606, cujo relator é o Ministro Dias Toffoli. O caso é o da Aida Curi, discutido também no Superior Tribunal de Justiça anos atrás.

O Julgamento do RE 1.010.606 chegou ao fim após longos anos de discussão e o STF considerou que o direito do esquecimento não possui guarita no ordenamento jurídico pátrio. Tendo em vista a ementa da decisão:

"EMENTA Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça. 2. Os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como droit a l'oubli ou right to be let alone, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na internet. 3. Em que pese a existência de vertentes diversas que atribuem significados distintos à expressão direito ao esquecimento, é possível identificar elementos essenciais nas diversas invocações, a partir dos quais se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante. 4. O ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, de modo que eventuais notícias sobre esses sujeitos – publicadas ao tempo em que os dados e as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, licitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito. 5. A previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, licitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial. 6. O caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos

verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aida Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao presente recurso. Não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Recurso extraordinário não provido. 8. Fixa-se a seguinte tese: "É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível". (RE 1.010.606, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 11.02.2021, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-096, Divulg 19.05.2021, p. 20.05.2021).

Desta pesquisa comparativa podemos resumir que: 1) o direito ao esquecimento é um direito fundamental ligado à pessoa humana; 2) o direito ao esquecimento não é um direito absoluto e, assim como outros direitos fundamentais, deverá buscar um equilíbrio em cada caso concreto; 3) a historicidade do fato apresenta-se como uma exceção que deverá ser ponderada para a aplicabilidade ou não do direito ao esquecimento.

6. Conclusão

O objetivo inicial desta pesquisa era compreender a aplicabilidade da proteção de dados pessoais como mecanismo de proteção dos direitos humanos, de maneira a entender como o sujeito poderá ser protegido pelas regras jurídicas, visto que há um conflito importante entre a informação e o sigilo, dois princípios norteadores da Constituição e dos Direitos Humanos.

O questionamento inicial era se o legislador, ao editar a Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222), regulamentou o Direito ao Esquecimento como mecanismo de proteção aos Direitos Humanos. Antecipa-se que, o direito à eliminação de dados não é condizente ao direito de ser esquecido, uma vez que o direito a suprimir os dados pessoais permite apenas que determinado indivíduo exclua dados pessoais, isto é, permite que só alguns dos seus titulares de dados realizem uma espécie de controle das suas informações. Já o direito ao esquecimento é o direito de uma determinada pessoa de não ser obrigada a recordar sobre um determinado acontecimento de sua vida, situação essa que pode causar algum tipo de constrangimento, sofrimento ou dor.

Diante disso, o presente trabalho foi – dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo explanou os princípios e garantias fundamentais, definindo apenas alguns, como exemplo, a dignidade da pessoa humana, e conforme mencionado anteriormente, é de suma importância, visto que, é a base para o direito ao esquecimento. No segundo capítulo, discutiu-se acerca da colisão entre os direitos fundamentais, direito à privacidade e o direito à informação, oportunidade que se chegou à conclusão que, caso haja a inviabilidade de fixar qual princípio deverá prevalecer em detrimento de outro, deve-se realizar um sopesamento de direitos, de acordo com as circunstâncias do caso em concreto, para definir qual princípio deverá prevalecer em detrimento ao outro, visto que estes não possuem caráter absoluto. Neste contexto, o magistrado, ao julgar um caso em concreto, deverá ponderar os princípios em conformidade com as peculiaridades de cada caso, com a finalidade de reconhecer o direito ao esquecimento quando for possível, neste caso, prevaleceria o direito à privacidade em face do direito à informação. No terceiro capítulo, examinou-se a respeito à Lei de Proteção de Dados, com foco no direito à eliminação de dados em contraste ao direito ao esquecimento. Diante disso, concluiu-se que a LGPD não regula de forma expressa o direito ao esquecimento, logo, o direito à eliminação de dados positivado na legislação não condiz com o direito de ser esquecido, previsto no GDPR, haja vista que o direito de eliminação de dados permite apenas à sua exclusão e não o esquecimento de dados indesejados da internet. Por fim, o quarto capítulo, abordou-se o conceito de direito ao esquecimento, bem como, alguns casos concretos, com foco em definir se: a historicidade do fato apresenta-se como uma exceção que deverá ser ponderada para a aplicabilidade ou não do direito ao esquecimento. Oportunidade em que se concluiu que: o direito ao esquecimento é um direito fundamental ligado à pessoa humana e não é um direito absoluto e, assim como outros direitos fundamentais, deverá buscar um equilíbrio em cada caso concreto.

Ante o exposto, infere-se que os objetivos iniciais foram alcançados, uma vez que evidenciou-se que a Lei Geral de Proteção de Dados não traz proteção expressa ao direito ao esquecimento, e que o direito ao esquecimento não possui um caráter absoluto, devendo o magistrado, ao analisar um caso concreto, usar o critério da ponderação. Isto posto, as referências bibliográficas demonstraram-se suficientes para a presente pesquisa.

7. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Constitucional Descomplicado. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello. (reimp.). Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BIONE, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais a função e os limites do consentimento. 2. ed. São Paulo: Ed. Forense, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra. 135. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania, vol. 4, n. 1, 2013.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Direito ao esquecimento. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: [www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html#more]. Acesso em: 15.10.2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. Jusnavegandi. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/3682/a-resolucao-das-colisoes-entre-principios-constitucionais/2]. Acesso em: 27.09.2020.

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais, 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2019.

GOMES, Heloisa dos Santos. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Uma análise dos impactos na cultura e tratamento de dados no Brasil. Disponível em: [www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/10056/Lei%20Geral%20de%20Protec%cc%a7a%cc%83o%20de%20Dad
Acesso em: 14.10.2020.

KÖHN, Edgar Peter Josef. A colisão de princípios e sua solução no exemplo do direito à imagem e à liberdade de imprensa. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: [https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7586/4341]. Acesso em: 27.09.2020.

LEAL, Guilherme Bridi. Colisão de Princípios Fundamentais. Jusnavegandi. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/61151/colisao-de-principios-fundamentais]. Acesso em: 29.09.2020.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. Âmbito jurídico. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribun
Acesso em: 02.10.2020.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Diálogos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 200-218.

MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 53-83.

OST, François. O tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

POLIDO, Fabrício B. Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos e outros. Instituto de Referência em Internet e Sociedade GDPR e suas repercussões no direito brasileiro, primeiras impressões de análise comparativa. Disponível em: [http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/GDPR-e-suas-repercuss%C3%B5es-no-direito-brasileiro-Primeiras-in
Acesso em: 10.10.2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. Consultório Jurídico, Direito Comparado, 27.11.2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990#_ftn2_7015].
Acesso em: 15.10.2020.

SARLET, Ingo Wolfgang e MOLINARO, Alberto Carlos. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Brasília: Revista da AGU, ano XIII, n. 42, p.30, 2014. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11403/2/Direito_a_768_Informac_807_a_771_o_e_Direito_de_Ac
Acesso em: 02.10.2020.

SARLET, Ingo Wolfgang e MOLINARO, Alberto Carlos. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Brasília. In. Conjur. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet].
Acesso em: 15.10.2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222): distinções e potenciais convergências. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 367-384.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento: análise comparativa entre Brasil e Europa. Revista de Direito Privado, São Paulo: ano 17, v. 70, out. 2016, p. 99-122.

Jurisprudência

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.736.803/RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855169081/recurso-especial-resp-1736803-rj-2017-0026727-9/inteiro-teor-85
Acesso em: 01.10.2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1.010.606, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 11.02.2021, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-096, Divulg 19.05.2021, p. 20.05.2021.

---

1 .SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 28.

2 .BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello (reimp.) Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 63.

3 .SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

4 .MATOS, Ana Carla Harmatiuk e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Diálogos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 200-218, 2019, p. 202.

5 .DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2019.

6 .CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra. 135. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania, v.4, n. 1, 2013, p. 135.

7 .MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61.

8 .BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 91.

9 .BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 120.

10 .BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 125.

11 .MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 385.

12 .DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2019, p. 144.

13 .SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 367-384.

14 .SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 367-384.

15 .OST, François. O tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005, p. 161.

16 .CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Direito ao esquecimento. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: [www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html#more]. Acesso em: 15.10.2020.

17 .SARLET, Ingo Wolfgang e MOLINARO, Alberto Carlos. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Brasília. Conjur. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet]. Acesso em: 15.10.2020.

18 .RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. Consultório Jurídico, Direito Comparado, 27.11.2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990#_ftn2_7015]. Acesso em: 15.10.2020.

19 .SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento: análise comparativa entre Brasil e Europa. Revista de Direito Privado, São Paulo: ano 17, v. 70, p. 99-122, out. 2016, p. 105.